

**BIBLIOGRAFIA  
Y  
RECENSIONES**

DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA, *Estatuto Jurídico de la Regionalización*. Ediciones Jurídicas de América. Santiago, 1978.

Sin duda, dentro de la Reforma Administrativa que se está impulsando y para la cual se ha creado un organismo rector (Comisión Nacional de Reforma Administrativa CONARA), la implantación y luego la secuencia del proceso de regionalización constituyen un cambio profundo y progresivo en los aspectos estructurales y funcionales de la administración del Estado.

Desde que —hace más de una década— se pensó en la regionalización como un medio importante para alcanzar el desarrollo nacional, fueron señalados como sus principales objetivos: la obtención de un equilibrio entre el aprovechamiento de los recursos naturales, la distribución geográfica de la población y las consideraciones de la seguridad nacional; el brindar a la población un nivel adecuado en la igualdad de oportunidades para acceder a los beneficios del proceso de desarrollo, y, en fin, facilitar el establecimiento y progreso de una administración descentralizada en las decisiones y manejo de recursos de la región, sin perjuicio de la debida coordinación con el gobierno central.

Ahora bien, poner en marcha un nuevo sistema nacional de regiones para los efectos del gobierno y la administración del Estado, de modo que aquellos objetivos se fuesen cumpliendo en orden a la planificación del desarrollo, ha implicado ingentes esfuerzos y estudios técnicos; pero, por su naturaleza, el proceso obligaba a la dictación de una normatividad jurídica que diera cabida al sistema en la institucionalidad del Estado.—

En este sentido puede decirse que la regionalización partió con la dictación de los DL 573 y 575, de 1974. El primero es el “Estatuto de Gobierno y Administración Interiores del Estado”, cuyas normas son en realidad constitucionales, puesto que han venido a reemplazar las que sobre la materia se contenían en los capítulos VIII y IX de la Constitución de 1925. El segundo es la ley que desarrolla aquellas normas.

Estos textos han consagrado, fundamentalmente, un sistema de regionalización que comprende, en lo geográfico, la división en regiones, provincias y comunas, y, en lo estructural y orgánico, tres niveles: jerárquico (Presidente de la República, Ministerio del Interior, Inten-

dentos Regionales, Gobernadores Provinciales, Alcaldes), técnico (Oficina de Planificación Nacional, Secretaría Regional de Planificación y Desarrollo, Secretaría Comunal de Planificación y Desarrollo), y de participación (Consejo Regional de Desarrollo, Consejo Comunal de Desarrollo). Hay que añadir que estas disposiciones crearon también las Secretarías Regionales Ministeriales y ordenaron la desconcentración territorial de los servicios públicos mediante Direcciones Regionales, proceso que parcialmente se ha realizado.

Como es fácil comprender, tanto más cuanto que se trata de un proceso gradual, las normas fundamentales de los DL 573 y 575 han originado numerosas disposiciones de índole legal, reglamentaria y jerárquica, para complementar la regulación del sistema e instruir a los agentes públicos sobre los métodos o procedimientos más aconsejables que deberían aplicar en el contexto de aplicación de la reforma. Por su profusión y dispersión es tarea muy compleja la de llegar a conocerlas y correlacionarlas cabalmente.

El trabajo del profesor Hernández es un loable esfuerzo de sistematización, coordinación y divulgación de todas estas normas, que resulta no sólo útil sino indispensable para todos los que deban orientarse en el manejo del "estatuto jurídico de la regionalización".

El método que el autor ha seguido es muy adecuado a los propósitos previstos. Describe, en primer término, el sistema jurídico general que, partiendo del Acta Constitucional Nº 2, en cuanto formula el principio de la administración funcional y territorialmente "desconcentrada", incluye los DL 573 y 575, de 1974, y sus modificaciones, las normas legales y reglamentarias y las instrucciones relacionadas con las Secretarías Regionales de Planificación y Coordinación y luego las que se refieren a los Consejos Regionales de Desarrollo y al Comité Coordinador de Desarrollo Regional.

En esta parte sobre "Estatuto General" se insertan también las normas sobre régimen financieros y presupuestario (DL 1263, de 1975, 1603 y 1367), y las instrucciones presidenciales para la reestructuración de la Administración Pública, de 13.11.76.

En un "Apartado" se agrega el DFL 22, de 19.11.1959, sobre ley orgánica del Servicio de Gobierno Interior, que deba aplicarse a los Intendentes Regionales y a los Gobernadores Provinciales según mandato del DL 1439, de 1976, que asimismo se incluye, y diversas normas sobre facultades especiales relativas a esos funcionarios.

Bajo la denominación de “Estatutos Territoriales”, una segunda parte de esta recopilación contiene los textos sobre regímenes especiales de fomento regional, es decir, las normas sobre Zonas y Depósitos Francos y sobre Régimen Aduanero, Tributario y de Incentivos de determinadas regiones.

Culmina el trabajo con los “Estatutos Sectoriales” y que, referidos al Poder Judicial, a la Contraloría General de la República y a la Administración Central y Descentralizada, funcional y territorialmente, compilan las disposiciones que han iniciado la desconcentración de Ministerios y Servicios Públicos, de acuerdo con el mandato del DL 575, de 1974.

Todos los textos se hallan actualizados y concordados al 21 de mayo de 1977.

El trabajo del profesor Hernández Emparanza es, como puede apreciarse con sólo reseñar su contenido, una guía —repetimos— no solamente útil sino imprescindible para todo aquel que esté vinculado con el proceso de regionalización: autoridades, docentes, estudiantes y, en fin, cualquier vecino o administrado que desee conocer las normas que le afectan en sus relaciones con las autoridades y servicios públicos de su región.

MANUEL DANIEL A.

JAIME EYZAGUIRRE. *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1977.

La historia de nuestro país, vista desde su cima temporal y espiritual, demuestra que Chile ha sido, y sigue siendo, el país de mayor continuidad y de línea más coherente de todo el hemisferio latinoamericano. Jaime Eyzaguirre se empeñó en demostrar en sus obras que teníamos “una fisonomía”, un rostro cuyas facciones lo diferenciaban de todos los demás y le imprimían un carácter señero e inconfundible.

Como toda nación consciente de su ser y de sus destinos, encerraba la tensión de dos fuerzas que hasta ahora han continuado luchando por imprimirle rumbos; una errática, dispuesta a poner la teoría y el ensueño ideológico sobre la realidad, y otra concreta, sensata y cierta de que nada nos es dado gratuitamente sino que debemos ganarlo y conquistarlo minuto a minuto. Hay, pues, en su seno una

fuerza centrífuga, que lo empuja a salirse de las circunstancias inmediatas, y otra centripeta que lo adhiere a los hechos y a sus proyecciones sobre el futuro forjado por ellos.

Desde las primeras páginas de la *Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile*, que acaba de reeditar la Editorial Universitaria, en su Colección "Cormorán", queda subrayada la índole paradójica y erizada de contrastes, que van desde el paisaje y la naturaleza hasta el hombre dispar que habita en ellos.

La herencia hispánica, en sus etapas de los Austrias y los Borbones, modeló definitivamente nuestra alma, y es privilegio y honor de Jaime Eyzaguirre el haberlo acentuado, aliándola con la originalidad de una nación que tomó de ella lo esencial y lo adoptó a su propia e insoportable índole. De los Austrias recibiríamos el sentido independiente, la convicción de que el soberano está limitado por la justicia y el respeto al pueblo, ya que el poder emana de Dios, se infunde y difunde en la comunidad y desde ésta va a concretarse en el titular que ella designa para que la rija. Los Borbones nos comunicarán su sentido administrativo y centralizador, su frío concepto autoritario.

Pero sus esfuerzos por destruir el regionalismo para crear una monarquía ritual y centralizada se estrellan contra el sentido lugareño (de "patria chica") que anima al criollo y lo insta a pretender los más altos cargos y la asunción de la totalidad del poder local.

La independencia, duramente ganada, nos lleva a un régimen que tiene más de la milicia que del salón, y en O'Higgins nos dota de un jefe enérgico, reacio a los ensayos caóticos y a las copias librescas de regímenes extraños. Tras un breve período de desórdenes, llegaremos a los gobiernos de Prieto, Bulnes y Montt, marcados por la presencia de un Portales genialmente conocedor del carácter chileno y de las necesidades nacionales. La casa es puesta en orden, la hacienda es financiada, los revoltosos y soñadores desaparecen y se crea un sistema que combina la libertad con la disciplina, el imperio de la norma general sobre el interés o el privilegio personales. Portales es la ley más la espada: con la primera fija las bases del sistema constitucional y jurídico y con la segunda lo hace prosperar y ser respetado.

Todo esto dura, como sintetizan estas notas de clases de Jaime Eyzaguirre, recogidas en un escueto breviario, hasta que abandonamos la herencia tradicional y nos lanzamos a campo traviesa a la aventura

de los molinos de viento del liberalismo, del parlamentarismo, de la sujeción del poder a la presión popular y del halago de ésta por los partidos políticos. La autoridad cede, el Parlamento recorta facultades al Ejecutivo y desearía verlo domesticado y sometido a sus designios. La Guerra del Pacífico la gana el viejo Chile, que aún conserva sus egregias virtudes. La revolución de 1891 la desencadenan los desórdenes parlamentarios, a los que contribuyera también en su hora el propio Balmaceda. Cuando éste cae, se consolida la era de los partidos, el turno y la rotativa de los ministerios, con la consiguiente pérdida de los objetivos comunes y el desmadejamiento de un país que deja de tener dirección en los momentos precisos en que las transformaciones industriales, la educación generalizada, la aparición de una clase media fuerte y deseosa de llegar al poder, sumada al obrero y a los sindicatos, reclaman con urgencia autoridad avizora y enérgica y adaptación de las libertades básicas a nuevos hechos económicos y sociales. Arturo Alessandri lo vio claramente, pero la aristocracia y los políticos lo ignoraron. Chile tendrá que pasar por alternativas de fuerza y de restauraciones democráticas, hasta lograr la normalidad, pero la erosión había sido tan grande que el marxismo se valió de ella para llegar al gobierno.

La obra de Eyzaguirre ilumina todo este trayecto con su habitual finura y penetración, manteniendo un hilo conductor que enlaza y explica por reflejo los acontecimientos. Chile ama la libertad y detesta el caos, por lo que siempre sus desórdenes son breves y episódicos. Fuimos la primera nación americana mientras nos unieron un ideal y un sentido de empresa común. Hoy estamos tratando de regresar a una etapa análoga. Jaime Eyzaguirre señala el camino y nos deja este legado como su postrera lección.

FERNANDO DURÁN

CARLOS DUCCI CLARO. *Interpretación Jurídica (en general y en la dogmática chilena)*. Edit. Jurídica de Chile (2ª ed.). Santiago de Chile. 1977.

Un importante presupuesto de la existencia de la sociedad es nuestra capacidad para comprender lo que otros nos comunican, especial-

mente mediante el lenguaje. Gracias a esta aptitud se han acumulado las experiencias y valoraciones que conforman la cultura, se han generado formas de vida comunes a muchas personas y ha sido posible la organización inteligente de grupos de los tamaños más diversos.

También el derecho debe su existencia a esa capacidad de comunicación y de comprensión de las creaciones espirituales de otras personas. El jurista maneja, ante todo, textos expresivos de normas. Su tarea consiste en desentrañar el contenido normativo de actos legislativos, administrativos o contractuales, esto es, en comprender expresiones del espíritu emanadas de personas que actúan como legisladores, gobernantes, funcionarios o contratantes.

Por eso, el tema de la interpretación es uno de los más importantes que puede afrontar un jurista: incide en una cuestión que trasciende al propio derecho positivo, en tanto nuestra capacidad para interpretar textos expresivos de normas es la condición misma de su existencia.

Esta dimensión del problema de la interpretación ha pasado generalmente desapercibida entre nuestros juristas. La circunstancia de que el Código Civil contenga reglas de interpretación, positivadas en los artículos 19 y siguientes, ha hecho pensar a muchos que los problemas hermenéuticos no diferían en lo fundamental de los otros tratados en el Título Preliminar. Nada más errado: la adopción de una determinada doctrina en materia de interpretación marca todo el orden jurídico y determina, en buena parte, el rumbo de su desarrollo futuro. En efecto, es ese el punto en que se define la naturaleza misma de nuestra labor de juristas, tanto en la práctica como en la doctrina, marcando la dimensión espiritual en que ella se ha de desarrollar.

El primero, y más general, de los méritos de la obra que reseñamos consiste en haber rescatado el problema de la interpretación del horizonte inimaginativo del mero técnico. Tras un largo período de estancamiento de nuestra dogmática civil viene un estímulo que afecta el punto más neurálgico: *Ducci* plantea un horizonte mucho más rico para la comprensión de los institutos jurídicos al insinuar a los juristas la dimensión espiritual que debe alcanzar su trabajo con textos.

La obra de *Ducci* está dominada por un interés práctico. Su perspectiva es la del jurista neto que aborda el tema de la interpretación

con el ánimo de mostrar directivas concretas para el trabajo de jueces y abogados, pero también para la dogmática. Ya al principio de la investigación queda delimitado su ámbito. Siguiendo a Betti, son distinguidas tres formas de interpretación: la cognoscitiva, cuyo interés se agota en la comprensión del texto; la reproductiva, que persigue, además, transmitir a otros la experiencia ganada, como en el caso de una traducción o de una interpretación musical y la normativa, finalmente, que se caracteriza por ser comprensión orientada por el interés práctico de regular la conducta.

Para el jurista es sólo esta última significativa, en tanto su quehacer no es jamás uno meramente teórico. Y esto no vale solamente para los jueces, sino también para la doctrina: en el derecho "no basta, respecto a los textos, la mera exigencia teórica de que ellos sean entendidos, sino también una exigencia práctica de que ellos sean observados". Y un texto es observado en tanto es aplicado. Son los problemas que plantea el tráfico jurídico los que dirigen la interpretación jurídica; de ahí que ella carezca de sentido cuando se la desprende del interés práctico que debe dominarla.

Todo esto conduce a una revisión muy fundamental de muchos dogmas arraigados entre los juristas, cuyo origen se remonta a convicciones racionalistas, que, desde hace ya mucho rato, han perdido toda dignidad epistemológica.

El primero y más fuerte de dichos dogmas es aquel que define la aplicación del derecho como una mera subsunción lógica de los hechos bajo las hipótesis normativas. El derecho consistiría en un arsenal de normas generales, listas para ser aplicadas. La interpretación sería una actividad excepcional, legítima sólo en el caso de que el precepto legal no permitiera la subsunción directa. Dicho en un lenguaje más gráfico: el juez no diferiría en lo substancial de una computadora que es alimentada con fórmulas y que, interrogada, da respuestas coherentes para todas las situaciones previstas.

Ese es el ideal racionalista de un código cerrado, ya terminado, para el cual la historia no existe. Todo el material normativo queda estabilizado al momento de la promulgación. No es, en definitiva, la ley la que debe ser repensada cuando surgen problemas que la jurisprudencia o la doctrina han desconocido hasta entonces, sino, al revés, son los problemas los que deben ser conceptualizados, sea

como sea, de acuerdo al tenor literal de la ley o a los conceptos dogmáticos ya existentes.

El espíritu rector de esta concepción es el intento de producir la neutralización de la judicatura. Así, se pensaba, era posible realizar el postulado de Montesquieu: "los jueces han de ser un poder neutral, casi nulo".

A esta concepción formalista que, seguida consecuentemente, termina por destruir la tradición humanística y la dimensión ética de la labor de los juristas, opone *Ducci* una idea de la interpretación que se vincula a algunas de las corrientes más modernas de la hermenéutica general.

Dos principios, me parece, dirigen su teoría de la interpretación: ante todo, el acto interpretativo tiene por objeto el sentido normativo de un texto válido, cuyo significado objetivo no coincide necesariamente con los motivos concretos del legislador histórico; en seguida, el acto interpretativo es uno e indivisible y tiene por objeto determinar el sentido de un texto normativo, de modo que los diversos elementos de interpretación convergen en un intento unitario que realiza el intérprete de dar con el sentido de dicho texto. En suma: *Ducci* propone, por un lado, una interpretación objetiva, que supone que la ley adquiere, una vez publicada, vida propia, independiente de sus autores; por otro lado, postula una inteligencia de las reglas del Código Civil que sea acorde con la naturaleza indivisible de nuestros actos comprensivos, oponiéndose a la tesis, tan irreflexivamente adoptada, del orden jerárquico de los diversos elementos interpretativos.

En consecuencia, y contra la opinión dominante de la jurisprudencia y la doctrina, el tenor literal no puede agotar jamás la interpretación. Clave de toda interpretación, también y muy especialmente en el artículo 19 del Código Civil, es el sentido de un texto, de modo que la claridad a que alude ese artículo no puede ser otra que "una claridad de sentido, de contenido, de alcance jurídico y no su claridad gramatical". Y el sentido es claro cuando se ha realizado la labor espiritual completa, consistente en descubrir las valoraciones o preferencias que se expresan en el texto. La claridad de sentido que exige el artículo 19 para dar por terminada la interpretación, ha

sido confundida con la claridad de las expresiones, que, aisladas, carecen de valor\*.

La sumisión a la ley, prerrequisito esencial de toda interpretación, ha sido mal entendida como sumisión a la letra, produciéndose un déficit de reflexión en las profesiones jurídicas, que, muy probablemente, es culpable de buena parte de las vicisitudes por las que ha pasado nuestro orden jurídico. La interpretación no puede sino estar regida por la lógica de lo razonable, donde el argumento susceptible de ser consentido por otros reemplaza a la demostración forzada, pseudo-lógica, heredada del esquema de pensamiento de las disciplinas técnicas y de las ciencias explicativas.

El culto a la letra permite la manipulación del derecho, porque implica la pérdida de responsabilidad del intérprete. No se decide; se "aplica". Esto es especialmente grave tratándose del derecho moderno, caracterizado por la hipertrofia legislativa, donde las leyes inspiradas en criterios de mera oportunidad dominan casi sin contrapeso. De todas ellas puede hacerse en un momento dado un uso abusivo, si se permanece amarrado a la idea de que el tenor literal es de tal modo prevalente que puede ser legítimo que el intérprete recurra sólo a él, esquivando su deber de fundamentar normativamente una decisión.

La obra analizada desenmascara la ilusión de un juez aplicador, que no es responsable de sus decisiones, en tanto ellas son directamente imputables a un texto legal. Tal concepción no se compadece con la naturaleza del derecho, ni con la peculiaridad de la función judicial. Se funda en una fictiva separación de poderes que puede acarrear funestas consecuencias. El juez debe ser el soporte institucional de todo el derecho y su responsabilidad radica en preservar y desarrollar las instituciones jurídicas.

Todo sistema requiere de bases estables. La Constitución y los Códigos fundamentales deben soportar, en lo fundamental, el embate

\*La tesis sustentada por Ducci es del todo coherente con uno de los postulados fundamentales de la hermenéutica filosófica: la comprensión de un texto es eminentemente circular. Por un lado, no se puede comprender el todo sin consideración de las partes y, por otro, las expresiones aisladas sólo adquieren sentido en consideración del texto total y de las condiciones de su enunciación. Los diversos elementos de interpretación aparecen, desde esta perspectiva, como elementos inseparables de un acto comprensivo necesariamente circular.

de los tiempos. En ellos debe mantenerse acumulada la experiencia de generaciones. De ahí que constituciones y códigos no difieran fundamentalmente entre sí y que formalmente posean textos muy análogos. Lo que varía es la vida que ellos prácticamente han alcanzado. Por esa vía se estabilizan y, lentamente, se perfeccionan. Nada más erróneo que someter todas las instituciones a la presión del cambio permanente, propio de la legislación que diariamente es promulgada siguiendo criterios de mera oportunidad.

El más seguro medio de evitar tanto el anquilosamiento de institutos estables (como los del Código Civil), como la esquizofrenia de la legislación inspirada en criterios meramente técnicos, es una sólida teoría del método jurídico, esto es, una idea de la interpretación que muestre al juez y a la doctrina la función valoradora y no meramente buracrática del derecho.

Que este problema no es uno abstracto, estrictamente filosófico, queda mostrado por *Carlos Ducci* en su obra. Ella no plantea ninguna revolución desde el punto de vista epistemológico. Se recogen verdades altamente discutidas y probadas en el ámbito de la teoría del conocimiento o de la ciencia. El gran aporte consiste en mostrarnos a los juristas, con lenguaje de jurista, la miopía con que hemos definido nuestra tarea. La renovación metódica que la obra plantea podría producir un cambio más fundamental que muchas reformas legislativas: se trata de remecer el espíritu mismo de nuestros juristas.

ENRIQUE BARROS BOURIE

AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI, *Derecho, desobediencia y justicia*. Ediciones Edeval. Valparaíso. 1977.

En el libro el autor pretende a mi juicio con sobrado acierto exponer los puntos fundamentales de la teoría pura del derecho cuya paternidad corresponde, como se sabe, al jurista vienés Hans Kelsen y, a la vez, busca hacerse cargo de las principales críticas que, desde diversos sectores se hacen a esta teoría. En este aspecto del contenido de la obra es donde pueden hacerse algunas observaciones, pues es mi parecer que ciertos puntos controvertidos no quedan suficientemente aclarados.

Según nuestro autor, la teoría pura del derecho pretende dar una

visión global de lo jurídico sobre la base de los tres aspectos que ese tipo de fenómeno siempre ofrece: la norma, el hecho social y el valor que con el ordenamiento jurídico se pretende cautelar o alcanzar. Sin embargo, la perspectiva en la que se sitúa la teoría pura no da a estos tres aspectos el mismo tratamiento. Ella se preocupa fundamentalmente de analizar la norma y sus condiciones “formales” de validez. El hecho social que le interesa dice relación con el acatamiento por parte de los súbditos o el cumplimiento de la norma que los tribunales imperan; es decir, a la teoría pura le interesa la “eficacia” de la norma, aunque no le reconoce un papel de causa de su validez —como sostienen algunas teorías extremas— sino como condición de la mantención de la validez. De los valores se preocupa no para hacer una teoría general o para pronunciarse acerca de cuáles son los verdaderos o los errados, sino tan sólo en la medida que todo ordenamiento jurídico implica ciertos valores que el legislador quiere proteger o procurar, cualesquiera fueren ellos.

Por eso, en resumen, su análisis pone el acento en el aspecto normativo, estudiando la eficacia y la “justicia” del ordenamiento sólo en relación con el primer aspecto.

\* \* \*

Antes que nada, nuestro autor se encarga de separar —para efectos de análisis— las normas jurídicas de las que no lo son. En este sentido sostiene que lo que fundamentalmente diferencia a la norma jurídica de las demás, es su carácter coactivo: el hecho de que su cumplimiento puede obtenerse forzosamente por los órganos estatales si el sujeto imperado se niega a cumplir *motu proprio* lo mandado: “El Derecho es una organización de la fuerza que se define prioritariamente por su carácter coactivo” (p. 91).

Respecto de la validez de este tipo de normas, nuestro autor expone que para la teoría pura ella depende, única y exclusivamente, del hecho de que en su dictación se hayan cumplido los requisitos establecidos por el propio ordenamiento jurídico para la creación de la misma: “Si la norma ha sido creada por la autoridad competente y si se han observado a su respecto las formalidades que para cada tipo o jerarquía de normas se establecen también por el propio ordenamiento, diremos entonces que la norma en cuestión es válida,

que existe, y que por lo tanto es obligatoria. Así, identificamos una ley como válida, esto es, como existente y obligatoria, desde el momento en que agotados los trámites de su proceso de formación, es finalmente promulgada por la autoridad correspondiente y publicada en la forma que el mismo ordenamiento establece". (p. 15 y 16 de la Introducción).

Es decir, la teoría pura circunscribe sólo, al menos en principio, sus reflexiones al ámbito exclusivo del derecho "positivo", del derecho que "es", no al ámbito del derecho que "debe ser". Desde esta perspectiva es que concluye que una norma es válida en la medida que derive de una norma superior según el procedimiento que esta misma establece. De este modo, las normas jurídicas se van escalonando desde la más inferior —la sentencia— hasta la más alta que es la Constitución y que constituye, según términos de nuestro autor, la primera grada fundante de todo el sistema jurídico "puesto" por el legislador.

Sin embargo, se plantea un problema: ¿de qué depende la validez de esta Constitución, si sobre ella no hay ninguna otra norma que le sirva de fundamento? A esto responde la teoría Pura —según señala Squella— que es cierto que no hay otra norma jurídica superior, pero sí hay lo que se denomina la "norma básica" que no es "puesta" por el legislador sino "presupuesta"; es por ello "metajurídica". Pero no se crea que en esta norma básica están contenidos los principios y fines que se propone realizar el legislador a través del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución y terminando con la sentencia, sino que ella manda sólo obedecer al legislador que ha resultado eficaz, es decir, que logra imponer su voluntad y es capaz de respaldar sus mandatos con la fuerza coactiva: "La norma básica, cualquiera sea el ordenamiento jurídico de que se trate, cualquiera sea el contenido del mismo y cualquiera sean los fines que quiere realizar y el acto histórico-político que se sitúe como su antecedente, resulta ser siempre, y en todo caso, la presuposición de obediencia al legislador que ha sido eficaz, esto es, la suposición de que el sentido objetivo de los actos del legislador, así como de las restantes autoridades u órganos a los cuales el legislador autoriza para crear normas jurídicas, consiste precisamente, en ser normas válidas de manera objetiva. Así, la norma básica es siempre la misma, en el sentido en que su contenido prescriptivo —supuestamente prescriptivo— es invariable-

mente el de que se debe obediencia al legislador que consigue ser eficaz, aunque, desde luego, vaya cambiando la referencia concreta al legislador histórico que consiga dicha eficacia. La norma básica resulta así una fórmula general común no sólo a los varios ordenamientos que pueden ir sucediéndose al interior de una misma comunidad por obra de revoluciones o de golpes de estado triunfantes, sino común a todo ordenamiento jurídico existente” (p. 172).

En lo que a la eficacia de la norma jurídica se refiere, la Teoría Pura —siempre según el profesor Squella— le niega el carácter de causa de ese tipo de normas, como sostienen algunas teorías “realistas” que postulan que el derecho no debe ser más que una codificación de lo que se estila hacer en un momento dado en una sociedad. En esto parece tener la razón, pues para que pueda apreciarse si una norma jurídica es eficaz o no —es decir, si los súbditos la acatan o si los Tribunales les imperan efectivamente su cumplimiento y esta labor son secundados por las fuerzas de orden— primero es preciso que esa norma sea, es decir, que exista, y una norma jurídica es existente en la medida que es válida, según ya lo hemos señalado. Sin embargo, esto no significa que la teoría pura se despreocupe totalmente del problema de la eficacia, como muchas escuelas sociologistas lo han reprochado.

Ella se preocupa de este tema en la medida que, si bien la eficacia no es *causa* de la validez, sí que es *condición* para que esa validez se mantenga, tanto respecto de una norma en particular como del ordenamiento jurídico en general. Por eso, concluye nuestro autor, cuando una norma, sin haber sido derogada explícitamente, cae en desuso porque los súbditos no la cumplen y los tribunales no sancionan su incumplimiento, ella deja de ser válida: “...la solución que brinda la teoría pura al problema en análisis —el de la relación validez-eficacia— consiste en estimar a la eficacia como condición de la validez, en el sentido de que toda norma jurídica no necesita ser eficaz para llegar a ser válida, o puesto de otro modo, toda norma jurídica no es válida por ser eficaz, pero conserva su validez —descontando el elemento de su derogación formal— sólo en la medida en que consigue ser eficaz” (p. 219). Es lo que sucede, a su juicio, con la disposición del código civil que establece la indisolubilidad del matrimonio, puesto que ni los que lo contraen, o muchos de ellos, no la respetan o, porque llamados los tribunales o hacerla aplicar, evaden su cumpli-

miento a través de subterfugios legales. No es que deje de ser “valiosa”, sino que, al margen de juicios de valor, ella no tiene aplicación efectiva y, por lo tanto, pierde su validez “positiva”.

Sobre el problema de los valores, en principio —aunque, como veremos más adelante, no únicamente— la teoría pura se limita a verificar que todo ordenamiento jurídico tiene por objeto cautelar o alcanzar determinados fines o valores, pero no entra a pronunciarse acerca de si ellos son o no verdaderamente tales.

Por eso, los únicos juicios que a la teoría pura le interesan, habida cuenta de la perspectiva en que ella se pone, son los que Kelsen llama los “juicios jurídicos de valor”, que resultan de comparar la conducta efectiva de los súbditos con el ordenamiento jurídico positivo que los rige. En otras palabras, “la teoría pura del Derecho no ve en el Derecho una pura forma vacía de contenido, sino que, cosa distinta, resuelve que tales contenidos, así como el juicio que puedan merecer desde una determinada perspectiva de los valores, es indiferente cuando se trata de acordar o no validez, esto es, existencia y obligatoriedad jurídicas, a un determinado ordenamiento...”.

“...El Derecho no es lo mismo que la justicia. El carácter *jurídico* de un ordenamiento, esto es, la existencia o validez de un ordenamiento jurídico en cuanto tal, depende de ciertos datos o interreferencias normativas por completo verificables al margen de cuál sea la idea de justicia a partir de la cual se lo califique luego de “justo” o “injusto”. Es más: está operación que da como resultado la “justicia” o “injusticia” de un ordenamiento jurídico positivo supone necesariamente que la entidad misma de “ordenamiento jurídico positivo” tiene que depender de factores distintos de aquellos que le añaden la cualidad de ser “justo” o “injusto”. Caso contrario, no existiría el “objeto” del cual se predica su “justicia” o “injusticia” (p. 388).

Por último, a la teoría pura le interesan los valores en cuanto es necesario que el ordenamiento jurídico de algún modo tenga consonancia con las valoraciones socialmente dominantes, pues de lo contrario le costará ser eficaz y, por ende, mantener su originaria validez.

En resumen, desde este triple ángulo —aunque no tratados en forma igual— la teoría pura del Derecho trata de dar una visión completa del fenómeno jurídico que *es*, sin plantearse —al menos en principio— el problema del derecho que *debe ser*. Esto —a primera vista— signi-

fica que ella autolimita su investigación a las notas universales y comunes de todo ordenamiento jurídico positivo, sin que esto implique que esta teoría canoniza como justo todo orden jurídico por el solo hecho de existir. La existencia es demostrativa de validez, no de justicia, la cual habrá de ser medida por otros cánones.

\* \* \*

Ahora bien, si la teoría pura circunscribiera su análisis —como lo declara en principio— al sólo derecho positivo “con la más completa neutralidad axiológica” (p. 390), describiéndolo de la manera que ella lo hace, podría, tal vez aceptarse, salvadas, eso sí, algunas cuestiones.

Es evidente, por ejemplo, que un abogado que ejerce la profesión tiene que ejercerla de acuerdo al ordenamiento jurídico que efectivamente “es” aunque en su fuero interno no lo encuentre “justo”. Muchos no estarán de acuerdo con las maniobras para anular con perjurio los matrimonios, pero tendrán que hacer saber esta realidad a un cliente que los consulta acerca de su indisolubilidad.

Por eso, me parece que, en lo que a la sola norma positiva se refiere, lo que la Teoría Pura sostiene es sustancialmente cierto y creo que, fuera de algunas doctrinas sociologistas extremas, son muy pocos los que no participarían de mi juicio. Lo único que cabría reprocharle es el bajo concepto que tiene del término “ciencia”. Para esta teoría, la ciencia no tiene otro objeto que *describir* lo que es empíricamente verificable, lo cual, en el hecho, no pasa de ser una “fenomenología”. Para Aristóteles, sin embargo —y con él para la gran mayoría de la gente, que en este punto lo sigue— la ciencia tiene a la experiencia como punto de partida pero desde luego, no se agota ahí. Ella parte de la experiencia, pero su objeto consiste en *explicarla* a la luz de sus causas. Es aquí donde entra a tallar la inteligencia humana —*intus legere*: leer dentro— que penetra la experiencia y busca conocer la esencia de las cosas por sus causas.

Pero, al margen de este problema, lo demás, referente al análisis de las notas comunes a todos los ordenamientos jurídicos que de hecho son, es aceptable. Por este motivo llama la atención la inmensa polvareda y polémica que la teoría kelseniana ha suscitado, pues los aspectos que hemos descrito hasta ahora no son, ni remotamente,

causa suficiente de tal fenómeno. Es que, a pesar de lo que reiteradamente señala Kelsen y repite Squella el campo de estudio de la teoría pura *no es* sólo el conjunto de características generales y comunes a todo derecho que “es”, sino que y *fundamentalmente* la teoría pura es una teoría muy precisa y contundente acerca de los valores y de los fines del derecho, cuyas afirmaciones en este campo —a la inversa de las ya analizadas— son enteramente discutibles y polémicas. Ellas vienen a consagrar realmente la tesis marxista —y en general, la de todo estado totalitario— de que el derecho no es más que un instrumento de opresión para que las clases dominantes impongan su interés en desmedro de las demás clases de la sociedad.

Esta conclusión podrá parecer sorprendente, pero cualquiera que lea con algún detenimiento lo que expone la Teoría no podrá llegar a otro juicio que el ya expuesto. Veamos por qué.

Si, como decíamos más arriba, la Teoría que comentamos se mantuviera en un plano de análisis de sola norma positiva, no habría mayor problema en aceptar sus tesis, pues su aproximación al tema de los valores vendría dada por la verificación empírica de que todo ordenamiento jurídico pretende cautelar o alcanzar ciertos valores y nada más. Si, realmente esta fuera la única perspectiva de estudio, la teoría pura del Derecho debería afirmar que para ella, fuera de lo dicho, el problema de los valores no le interesa, sin perjuicio de que el tema sea de suyo interesante. Es decir, debería afirmar que ella, desde luego, no se compromete con ningún sistema de valores —cosa que dice —y que no se pronuncia acerca de si hay alguno que sea verdadero o no y, *ni siquiera*, acerca de la posibilidad de determinar si hay o no alguno que sea “el” verdadero.

Sin embargo, en este sentido la teoría pura abandona su proclama da neutralidad —que, a mi juicio, exige todo lo anterior— para afirmar con una decisión digna de mejor causa, que de *ninguna manera* puede conocerse y afirmarse que un determinado valor sea verdadero o falso. Es decir, el relativismo de esta teoría no es puramente para efectos metodológicos, sino que implica una toma de posición fundamental respecto del problema de los valores sobre la base de negar, en términos por lo demás dogmáticos, la existencia y vigencia de algunos de ellos al margen de lo que a la gente le guste en un momento dado: “En esto consiste, precisamente el relativismo axiológico de la teoría pura del Derecho, a resultas del cual esta doctrina

no sólo admite que los distintos ordenamientos jurídicos positivos pueden intentar realizar valores diversos y aún contradictorios entre sí, sin que, además, *estima imposible la elección racional de uno de los múltiples valores o sistemas de valores de justicia a partir de los cuales puede ser juzgada la actividad de los órganos creadores del Derecho y, en particular, el contenido prescriptivo de la normatividad jurídica* que es producto de esa actividad, o sea, la afirmación de que pueden existir, y de hecho existen, muy diversos criterios de "legitimidad justa" (p. 299) (subrayado nuestro).

Me parece que es en este momento cuando llegamos al "quid" de la cuestión: sin duda alguna lo transcrito viene a constituir el meollo de esta teoría y aquello que ha suscitado más discusión. Pero, como cualquiera podrá observar, en este punto la teoría pura se sale de su hipótesis de trabajo, abandonando el campo de lo que ella llama la ciencia del derecho para pasar al de —siguiendo su nomenclatura— la filosofía de derecho, porque una afirmación como la transcrita es una afirmación referente al fondo del problema de los valores.

Desde luego, si fuera cierta su afirmación de que en este plano no cabe discurso racional ni demostración de que una proposición es verdadera o falsa, ¿con qué razón afirma como verdad absoluta que los valores no pueden ser sino siempre relativos? Si fuésemos fieles a la premisa deberíamos decir respecto de la conclusión del profesor Squella, y con él de la teoría pura, que ella no es más que una apreciación subjetiva de sus sostenedores y que por lo tanto no tiene más valor que otras apreciaciones subjetivas de otros pensadores. Aún más, tendríamos que reconocer y aceptar que la afirmación de que en este campo sólo existen apreciaciones subjetivas sin fundamentos en la realidad, no es más que una apreciación subjetiva de quien la afirma, y así sucesivamente, etc... Por eso es que, en definitiva, posturas como las del profesor Squella y de la teoría pura son pseudo-relativistas, pues en su base hay un fortísimo dogmatismo que, como cualquiera podrá advertir, hace de estas afirmaciones unas puras y simples contradicciones en los términos.

Pero, dejando de lado este problema lógico, parece que el fundamento sobre el cual la teoría pura avanza esta afirmación consiste en el hecho de poder observar, en la realidad de la historia, que los diversos ordenamientos jurídico-positivos tienden a cautelar o realizar

valores de muy distinta índole y aún contradictorios entre sí. Por ejemplo, en los países donde se autoriza el aborto es indudable que prima el valor comodidad y desenvolvimiento de la mujer sobre la vida de otros seres, que es lo que cautelan los ordenamientos que condenan tal tipo de homicidio. Mas, esta verificación no demuestra otra cosa que lo que ve: que muchos ordenamientos presentan valores contradictorios entre sí: pero no verifica, ni mucho menos, que por tal motivo no hay nada verdadero en esta materia. Por eso es que conclusiones como la que comentamos no sólo me parecen contradictorias con las premisas sobre las que dicen sustentarse, sino que además, extremadamente aventuradas.

Similares comentarios pueden hacerse a los ataques que tanto la teoría pura como el profesor Squella realizan contra las diversas doctrinas iusnaturalistas. No, por supuesto, porque estas estén o no de acuerdo con las tesis que sobre la norma positiva en sí emite tal teoría, sino porque de alguna manera se pronuncian de modo diferente acerca de los contenidos valorativos de la legislación positiva apelando con mayor o menor éxito a la "naturaleza humana" como medida de justicia de tales contenidos.

Sin embargo, es preciso hacer en esta oportunidad una distinción de singular importancia. Ella se refiere a los distintos tipos de iusnaturalismo; porque, en definitiva, bajo un mismo nombre se esconde tesis absoluta y rigurosamente contradictorias.

De la impresión de que nuestro autor se refiere más bien al iusnaturalismo racionalista que emanó de la reforma protestante. Es así, como ataca (p. 305) las pretensiones de Rousseau, Pufendorf, Hobbes, Cumberland, Thomasius, Locke, Filmer, Grocio, etc..., representantes todos, cual más cual menos, de esa corriente de fundamentar en la "naturaleza" la determinación del contenido que el derecho positivo "debe" tener. Lo que sucede en este caso es que el término "naturaleza" está usado más bien como un recurso —así como ahora todos los regímenes políticos que se ofrecen se autotitulan "democráticos"— para pasar de contrabando todo tipo de tesis que nada tiene que ver con la naturaleza humana. Como decía, todos ellos son representantes del llamado iusnaturalismo racionalista, que pretende establecer en un *postulado* el fundamento del derecho. Con ello resulta que lo "natural" es lo que se adecúa a la razón, es decir

a ese postulado que, para algunos es voluntad real (absolutismo), la voluntad general, el pacto social, etc.

Respecto de todas las doctrinas que emanan de esta corriente, no cabe duda de que la teoría pura tiene razón, puesto que si lo natural se mide por su adecuación a "la razón", y como cada uno tiene la suya, es imposible que haya valores objetivamente verdaderos, puesto que su validez no depende, en esta hipótesis, de la conformidad con la realidad, sino con la subjetividad de quien lo sostiene. Por lo demás, estas doctrinas son herederas del antropocentrismo renacentista que tiene como premisa moral fundamental el considerar que cada hombre es para sí mismo la más alta causa a la que puede servir; es decir, todas ellas hacen del hombre el centro y del fin del universo. Como ello es generador de anarquía, esos pensadores se dieron a la tarea de encontrar o inventar una solución que explique la realidad y necesidad de la sociedad y el poder de la autoridad. Es así como todos, más o menos, presentan a la sociedad como algo conveniente al interés individual de cada uno y por eso "explican" por qué cada uno tiene que obedecer. La verdad de esta cuestión es que, en definitiva, "el hombre" que se hace centro del universo, es el más poderoso; por eso es que, por principio, estas tesis convierten la vida humana en una carrera por el poder, generándose así una serie de conductas que posteriormente darían la razón, por lo menos respecto de esa época, a Marx y a sus tesis sobre la lucha de clases como constitutivo esencial de la vida social.

Muy distinta es la postura de lo que podríamos llamar el iusnaturalismo tradicional, cuyo más alto exponente es Santo Tomás de Aquino. Para él, de la naturaleza humana fluye una serie de preceptos válidos para regular la vida social y cuya validez no depende de su adecuación a algún postulado, sino de su adecuación a la realidad humana, a la cual —y esto es importante recalcar— le compete ser *conocida* por la razón y no *inventada* por ella.

Es que, si se trata de organizar mediante el derecho la convivencia humana, de manera de generar cuerpos sociales perfectos, y de ese modo participar activa y conscientemente en la obra divina de la creación, nuestra inteligencia tiene el papel de conocer en nuestra naturaleza cuál es el uso óptimo que de ella podemos hacer para alcanzar tal fin.

Este uso óptimo es el que se expresa en preceptos de derecho man-

dando hacer tal cosa y evitar otras de modo que, cumpliéndolos, sea posible la construcción del cuerpo social. Este es, por tanto, una obra común y no, como se desprende del iusnaturalismo racionalista, una "olla común" de la cual sólo cabe preocuparse de la estricta medida de la conveniencia individual.

Se pregunta el profesor Squella quién es el lector de esta naturaleza para conocer los preceptos en ella escritos. A lo que contestamos que nuestra inteligencia. Como veíamos, para eso la tenemos, para "intus legere", para leer dentro de la naturaleza de los cuerpos y de los seres.

Cualquier obra exige, para su perfección, el respeto integral de lo que preceptúa la naturaleza de los elementos que usa. Por eso es por lo que para construir esta obra máxima que es el cuerpo político es menester el respeto integral de lo que perceptúa nuestra naturaleza. Así, por ejemplo, ¿dónde, sino en nuestra naturaleza, lee el legislador que, para conseguir la perfección del cuerpo social, es decir, el bien común, es menester preservar la salud de los miembros? Ello es lo que, entre otras cosas, exige que en materia de construcción de edificios de gran concurrencia, como cines, deben observarse ciertas normas acerca de baños y de volúmenes mínimos de aire. ¿Dónde, sino en la naturaleza se lee que para la consecución de este fin es preciso cautelar la vida de sus miembros y así se debe condenar el homicidio o, en otra línea de problemas, se debe preservar la institución familiar como el único ámbito social conveniente para que se produzca la reproducción humana y la consiguiente educación?

Es una lástima —es cierto— que entre muchos hombres no haya acuerdo sobre el tema. Pero ello, como señalábamos, no es indicio de que en esta materia no se pueda acceder a la verdad usando la inteligencia. En este campo, como en todos los demás, el criterio de verdad no es la subjetividad de alguien, sino la realidad —en este caso la humana—, cuya entidad es la que es al margen de nuestros personales gustos. Por otra parte, no está demás recalcar que para conocer la realidad hay que aplicarse a ello —lo que no es tan fácil—, y que para que una determinada afirmación sea intelectualmente aceptada por otros es preciso que ella demuestre lo que afirma, pero también que, quien la recibe, esté abierto a la verdad. Si no, no hay caso de que se llegue a acuerdo.

Mucho se puede hablar sobre este tema, pero, desde luego, no

ahora. Lo único que queremos dejar en claro es que no pueden confundirse los dos sistemas llamados Iusnaturalistas, que de común sólo tienen el nombre; en lo sustancial, ellos son expresiones jurídicas de esas dos únicas posturas posibles frente a la vida que San Agustín simbolizaba en sus famosas tesis de las dos ciudades, y que obviamente se excluyen de modo absoluto entre sí.

Este mismo relativismo de que hace gala la teoría pura, es el que nos permite impugnar otra de sus afirmaciones fundamentales según lo señala nuestro autor: que de ninguna manera puede concluirse, de lo dicho por tal teoría, que ella sostenga que todo derecho positivo, por el sólo hecho de ser tal, es justo.

Desgraciadamente es así, puesto que si niega rotundamente la posibilidad de conocer racionalmente cuál debe ser el contenido valorativo mínimo del derecho y afirma, por el contrario que, de suyo, todos los sistemas éticos están en un mismo plano, no puede concluirse sino que todo Derecho es justo de acuerdo a aquel sistema de valores que quiere cautelar y es, a la vez, injusto respecto de los demás.

Por último, es este mismo relativismo básico el que deja sin sentido la "opción" que elige el profesor Kelsen y que nuestro autor exhibe como prueba máxima para refutar las críticas que recibe su maestro al respecto. Así, al terminar la obra que comentamos, cita sus palabras: "En verdad, no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo pues, darme por satisfecho con una justicia relativa y decir qué es para mí la justicia. Puesto que mi vocación es la ciencia, y por consiguiente, lo más importante de mi vida, me refiero a esa justicia bajo cuya protección la ciencia y con ella la verdad y la sinceridad, puedan florecer. Me refiero a la justicia de la libertad, a la justicia de la paz, a la justicia de la democracia, a la justicia de la tolerancia".

Sin duda muy hermosas palabras pero que, mientras no nos diga Kelsen qué entiende por tal tipo de justicia, no podremos considerarlas sino como carentes de contenido.

Desde luego, hablar de la justicia de la tolerancia es algo muy difícil de entender. En verdad, ello no significa una decisión en el plano de los valores, porque no se puede tener por tal la simple y pura tolerancia. Para tolerar hay que tener una posición, desde la

cual se está dispuesto a tolerar o no a los demás; pero la tolerancia por la tolerancia no tiene ningún sentido.

Lo mismo puede decirse de la justicia de la democracia. La democracia no es una definición, sino una forma de definirse. La democracia —en su sentido liberal— es un campo al cual concurren las diversas ideas a ofrecerse a la elección del cuerpo ciudadano. ¿Cuáles son las que postula Kelsen? Nuevamente, la conclusión es la misma: ser demócrata por serlo no tiene sentido. La democracia es un camino que nos puede llevar a cualquier término; por eso, lo que interesa entonces, es conocer cuál es el término al que, democráticamente, alguien nos quiere llevar. Esto es lo que no nos dice Kelsen y lo que hace que el texto que comentamos quede por desgracia, en un plano de excesiva ambigüedad.

\* \* \*

En este sentido es difícil no ver en las tesis kelsenianas la pretensión de colocarse un poco sobre la lucha del bien y del mal. A Kelsen no le interesa tanto el estudio de un aspecto del fenómeno jurídico, sino como hemos visto, el impedir el estudio racional de los contenidos valorativos del derecho y, por ende, negar la posibilidad de conocer principios morales que por su objetividad estén más allá de los gustos personales y a los cuales debe sujetarse, en su formulación, el derecho positivo. Con muy buenas palabras, la teoría pura es el nuevo nombre que reviste la vieja tendencia de tratar de organizar la vida humana al margen del orden que ha sido fijado por el Creador e impreso por Él en nuestra naturaleza. Y en esta tendencia la teoría que comentamos va a terminar donde han terminado todas las intenciones que, con igual objetivo, la han precedido: a consagrar el predominio del más fuerte.

Mucho alegan los kelsenianos contra el afán de sus detractores de imputarles este cargo, pero es que, en realidad, no hay ninguna posibilidad de llegar a otra conclusión.

Es aquí cuando uno percibe la trascendencia y gravedad implícita en la doctrina de la "norma básica". Como se recordará, ella contiene el precepto de que hay que obedecer al legislador que ha demostrado ser eficaz, es decir, al que tiene la fuerza. Esta fórmula no tendría mayor peligrosidad si ella se tratara sólo de una afirmación

emitida en el análisis exclusivo del ordenamiento jurídico positivo. Pero cuando, como en este caso, esa fórmula va acompañada de la afirmación de que no hay ninguna posibilidad de conocimiento racional de valores y principios que deben necesariamente informar tal ordenamiento para que adquiera la categoría de "derecho", entonces no queda lugar sino a la fuerza pura y simple, a la fuerza bruta desprovista de toda razón, porque a ésta de antemano se le ha negado toda intervención en este ámbito. Y ello, aunque los sujetos que ejerzan esa fuerza estén movidos por las mejores intenciones: si no cabe demostrar racionalmente la bondad o maldad de lo que se pretende, el único argumento que queda para convencer es la fuerza.

Mucho alegrará Kelsen contra el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII, XVIII y XIX, pero su fórmula de la norma básica viene a ser el postulado primario de todas esas doctrinas. Ellas partieron negando, como Kelsen, la existencia —a nivel de principios— de un orden *real* por el cual debía encauzarse nuestra conducta, y respecto del cual nuestra primera obligación era conocerlo y aplicarlo; después, dedicaron todos sus afanes a encontrar el postulado que sirviera de base al nuevo orden que querían implantar. Como lo hemos señalado, este afán se convirtió a poco andar en hacer de centro del universo al más fuerte. Por eso, todas las fórmulas ensayadas ceden en eficacia, realismo y veracidad ante la kelseniana, que viene a constituir la expresión más cabal de ese afán.

Por eso es que —como decíamos— esta tesis viene a ser la confirmación más acabada, desde que el mundo político quiere organizarse sobre bases antropocéntricas, de que Marx tiene toda la razón cuando afirma que tanto el derecho como la moral no tienen otro objeto que servir de instrumentos de dominio y de sujeción a los intereses de las clases y sujetos dominantes. En verdad es difícil encontrar una expresión más plena de las teorías marxistas y totalitarias que la exposición de Kelsen.

Gracias a Dios, en este punto, que me parece ser el fundamental, Kelsen no tiene la razón. Por eso su teoría, que en otros aspectos tal vez pudiera significar algún aporte al estudio del Derecho, no puede ser aceptada.

Desde luego, como ya lo dije, no es este el momento de hacer una exposición de los principios fundamentales que debe contener todo derecho si quiere ser tal, y de las *razones* que los avalan y demuestran.

Lo que me interesa destacar en esta oportunidad es que, si bien para efectos analíticos puede separarse el aspecto formal del Derecho de su contenido valorativo, no es menos cierto que la validez integral de aquél depende de ambos aspectos y, en especial del segundo, pues la forma, siendo muy importante, tiene valor en cuanto lo es de una determinada sustancia valorativa que exprese precisamente, en forma de preceptos, los medios necesarios para que los hombres cumplamos con nuestro fin.

El derecho es regulación de conducta libre y toda regulación es un medio para que lo regulado cumpla con una determinada finalidad. Por eso, llamamos Derecho a aquel orden cuyo acatamiento nos permite cumplir con la finalidad para la cual hemos sido hechos y dotados de una determinada naturaleza. Todo otro ordenamiento es, en verdad, desorden y el tratar de imponerlo por la fuerza de las armas o del número, un acto totalitario y tiránico.

Es el conocimiento de estos dos aspectos —por último— a lo que debe tender la formación jurídica de los futuros abogados. Reducir como pretende la teoría pura, la formación jurídica al ámbito de lo meramente formal, hará de nuestros alumnos unos meros técnicos en aplicar, en una forma muy pura, los caprichos del más fuerte. El jurista, en cambio, es el que tiene, antes que nada y por sobre todo, un criterio de justicia, que debe ser adquirido tanto por la práctica constante de la virtud correspondiente en el ejercicio de su profesión, como también, por el estudio cabal de los fines y principios del derecho. Esta es, por lo demás, la verdadera ciencia del derecho, cuyo conocimiento permitirá a nuestras Facultades la formación de hombres capaces de influir rectamente en la marcha de la sociedad, y no meros espectadores de lo que otros hacen que es lo que, por desgracia, sucede hoy con mucha frecuencia.

GONZALO IBÁÑEZ S. M.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA — T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo* (tomo I, 2ª ed.). Editorial Civitas. Madrid. 1975.

En cuatro grandes títulos dividen los autores el enjundioso contenido de este *curso*: Introducción, el ordenamiento jurídico administrativo,

la posición jurídica de la Administración, y la actuación administrativa.

La Introducción contiene al capítulo 1 de la obra, sobre "La Administración Pública y el Derecho Administrativo". En él se postula que la Administración Pública es, ante todo, una persona jurídica —y no un simple conjunto de órganos ni una función abstracta— para el Derecho Administrativo, especialmente sobre la base del ordenamiento español<sup>1</sup>; que el Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos, constituyendo para éstos un verdadero Derecho Común, capaz de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes<sup>2</sup>; que así concebido, el Derecho Administrativo "está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías", estas últimas de carácter económico, como el derecho a indemnización por los daños ocasionados por la actividad de la Administración, o jurídico, como la exigencia de procedimiento, el sistema de recursos administrativos y el control sobre los actos de la Administración; que, con todo, es posible la utilización, con carácter instrumental, del Derecho Privado por las Administraciones Públicas, limitándose las posibilidades de fricción entre uno y otro Derecho a una zona intermedia: una parte del Derecho a la Organización (forma de sociedades anónimas para empresas públicas, contrato de trabajo para su personal) y el Derecho patrimonial; que siempre hay un núcleo que pertenece al Derecho Público,

<sup>1</sup>En el Derecho Español, "La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única" (art. 1 de Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Para los efectos de la jurisdicción contencioso-administrativa se entiende como Administración Pública: a) La Administración del Estado en sus diversos grados; b) Las Entidades que integran la Administración Local, y c) Las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local" (art. 1º Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

<sup>2</sup>En nuestro ordenamiento la Administración del Estado está también compuesta de personas jurídicas. La Administración Centralizada, si bien no es ella, con independencia de los órganos legislativo y judicial, una persona jurídica, actúa bajo la personalidad del Fisco; y la Administración Descentralizada del Estado (en los términos del art. 45 de la Constitución Política) se compone de diversos tipos de personas jurídicas públicas, como las instituciones y las empresas.

perfectamente separable del bloque negocial en cuanto a su tratamiento, aún en las materias que aparentemente son sólo objeto del Derecho Privado.

El Título Segundo, sobre "El Ordenamiento Jurídico Administrativo", se desarrolla en los Capítulos II, III y IV que, respectivamente, versan sobre "El Ordenamiento Jurídico Administrativo. La Ley y sus equivalentes", "El Reglamento" y "Las Relaciones entre la ley y el Reglamento. En particular, la Legislación Delegada".

En el Capítulo II se parte del principio de que el Derecho Administrativo es un ordenamiento jurídico, un ordenamiento jurídico-administrativo que es parte del ordenamiento jurídico general. El ordenamiento jurídico no es un agregado de normas, sino, como lo precisara Santi Romano, sustancialmente una organización, una estructura, una posición de un ente social como tal ente y entre sus miembros (*ubi societas ibi ius*). La aplicación de la teoría ordinal al Derecho Administrativo hace necesario precisar que la Administración es una organización integrada en otra más amplia, "a la que llamamos, con cierto convencionalismo —dicen los autores—, ...Estado".

El ordenamiento o Derecho Administrativo sería la expresión jurídica de esa organización. Pero el ordenamiento resulta ser una unidad con vida propia, independiente de la de las propias normas, que son tales, precisamente, en cuanto se integran en él; y se expresa en un conjunto de "principios estructurales". Es así una realidad dinámica, producto de múltiples fuerzas, formalizadas e informales, autoritarias y libertarias, racionales e irracionales, de presiones y resistencias, y no una creación abstracta y racional. Hay, pues, una pluralidad de fuentes del Derecho que coexisten en el ordenamiento y que constituyen su sistema unitario, aun cuando históricamente se haya pretendido "estatalizar" rigurosamente la creación del Derecho, eliminando las fuentes que no proceden del propio Estado. Al lado de las fuentes reflexivas, escritas y autoritarias (la Ley y el Reglamento, en particular), juegan un papel importante otras que no se publican en las "Gacetas": la costumbre, la jurisprudencia y, en especial, los principios generales del Derecho.

Se señalan luego algunos caracteres especiales del ordenamiento jurídico-administrativo. En primer lugar, su estructura jerarquizada; en seguida, la importancia en él de la costumbre; luego, la contin-

gencia y variabilidad del sistema normativo escrito del Derecho Administrativo (al punto que el concepto clásico de la ley como delimitadora de un orden abstracto de justicia, con vocación de permanencia, cede muchas veces el paso a las leyes que resuelven un problema concreto y singular o “leyes medidas” o “massnahmegesetz”, como las llama la doctrina alemana), que ha hecho decir a Von Kirchmann: “Tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”; y, por último, el contenido capital que tienen en el ordenamiento los principios generales del derecho. Muy particularmente el Derecho Administrativo debe constituirse “sobre un sistema de principios generales del Derecho que no sólo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a éstas todo su sentido y presiden toda su interpretación... Esos principios generales no proceden por deducción de primeras verdades morales, sino que son principios técnicos, que articulan sobre todo el mecanismo básico del Derecho, que son las instituciones; y su desarrollo y perfección es un fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelencia de la jurisprudencia y de la doctrina, actuando en recíproca interrelación”.

Dentro de este capítulo los autores se ocupan también de la aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo en el espacio, en el tiempo, y desde el punto de vista de su interpretación. Singularmente interesante es el tema de la aplicación del ordenamiento en el tiempo, lo que implica esclarecer el problema de la retroactividad de las normas jurídicas y de los actos administrativos. En cuanto a las leyes en el Derecho Español existe la norma del Código Civil que dispone que “no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”, y en cuanto a los actos de la Administración, el art. 15 de la ley de procedimiento administrativo establece que serán válidos “y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, si bien excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y asimismo cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”<sup>3</sup>. Aunque el Reglamento es, según los autores, sustancial-

<sup>3</sup>Del art. 9º del C. C. Chileno se infiere igualmente que el principio es la irretroactividad de la ley, pero otra ley puede ordenar lo contrario

mente distinto del acto administrativo, ambos son producto de la voluntad administrativa, que es una voluntad secundaria y subordinada en todo caso, sea cual sea su forma de manifestarse, por lo que los argumentos que justifican la irretroactividad de los actos administrativos son trasladables a los Reglamentos, con mayor razón aún, ya que los efectos de éstos son generales. Lo que se pretende, en realidad, es impedir que la Administración, con la retroactividad, se entrometa en la esfera privativa de los particulares y agrave su situación, permitiéndose esos efectos en lo favorable al interesado.

El tema de la retroactividad de las normas jurídicas "hace obligada referencia a los derechos adquiridos", que se invocan a menudo abusivamente como arma dialéctica, rodeando de equívocos el tratamiento del asunto. Siguiendo a Duguít, se distingue entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Las primeras, legales y reglamentarias, son generales y configuran *status* jurídicos de todas las personas a que se refieren y no son el efecto de un acto eventualmente existente, que no es más que una condición de la aplicación de la ley misma (por ejemplo, las relativas al estado y capacidad de las personas, a la nacionalidad, a la situación de los funcionarios). La ley que las modifique no será retroactiva porque lo hará para el futuro, y no perjudicará derechos preexistentes porque la situación, nacida de la ley, queda sujeta a las vicisitudes de ésta, frente a la que no cabe esgrimir derecho alguno (por ejemplo, un funcionario no puede exigir que se mantenga invariable el horario de trabajo bajo el cual ingresó al servicio). Para que pueda hablarse de derechos adquiridos propiamente tales, es necesario que se trate de situaciones subjetivas, es decir, individuales, especiales y temporales, cuyos alcances y extensión son determinados por un acto o negocio jurídico, no directamente por la ley, que se limita a hacer posible ese acto o negocio (un contrato, por ejemplo). Este negocio individual no puede ser afectado por la norma posterior. Si confluyen situaciones de los dos tipos han de deslindarse cuidadosamente y aplicarse después las reglas expuestas. Tal el caso del funcionario que ha ejercido derechos derivados de su situación, como la percepción de su

---

(respetando, sí, los límites constitucionales). Aunque no hay norma expresa sobre la irretroactividad de los actos administrativos, cabe afirmar el principio general; las excepciones del texto español podrían ser, asimismo, admitidas. El Reglamento es, en Chile, un acto administrativo.

suelo: la ley podría modificar los montos o sistemas de remuneración, pero no sería modificable el derecho ya devengado.

Por lo que hace a la interpretación del ordenamiento jurídico-administrativo, se insiste en la singular relevancia que alcanzan los principios generales del derecho, muchos de los cuales aparecen positivados, como el principio de igualdad ante la Ley, de igualdad de acceso a las funciones públicas, de igualdad ante las cargas públicas, etc., y se añade que, dentro del ordenamiento administrativo, hay que conceder al principio del interés público un especial papel, en cuanto que dicho interés ha de ser la idea rectora básica de la actuación de la Administración.

En este capítulo II sobre el ordenamiento jurídico se trata también de la ley y sus equivalentes. La ley como norma escrita superior entre todas, que prevalece frente a cualquier otra fuente normativa porque concreta un mandato soberano. La ley, en este sentido, es la expresión de la voluntad de la propia comunidad. En virtud de la fuerza de la ley, ningún órgano puede resistirse a sus mandatos, pues en ella tiene basada su competencia. Sólo el control de constitucionalidad podrá erigirse en su límite jurídico; de allí que el carácter supremo de la ley habrá que referirlo a la ley que es conforme a la Constitución. Esta concepción, que es tributaria de la formulación de Rousseau (la ley es la expresión de la voluntad general), fue funcionalizada por la Revolución Francesa y en ella se basa lo que se llama el poder legislativo. Con estas bases se llega a la definición de la ley como "el acto publicado como tal en el Boletín Oficial del Estado"; concepto formal que expresa un mandato normativo de los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior.

Se entra después a la consideración del ordenamiento español, en cuanto se refiere a los órganos titulares del poder legislativo, a la promulgación y publicación de la ley, a su contenido y a las diversas clases de leyes que pueden darse en dicho ordenamiento: leyes fundamentales, leyes ordinarias (de prerrogativa, de Cortes, refrendadas), los decretos leyes (normas con rango de ley que emanan, por vía de excepción, de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de Ministros, y que, por tanto, no son los que en Chile se denominan de la misma manera), las medidas excepcionales adoptadas por el Jefe del Estado, los instrumentos de ratificación de tratados internacionales, las leyes delega-

das (cuyo estudio se realiza con la teoría del reglamento) y las leyes paccionadas (pactos entre el Estado y una entidad privada que actúa bajo el ordenamiento interno). Esta última especie equivale a lo que conocemos como "contrato-ley" y a su respecto la tesis que la obra sustenta es que el poder legislativo como tal no puede quedar vinculado por el pacto: la ley que unilateralmente lo modifique será válida, sólo que entrañará la obligación de indemnizar al contratante por los perjuicios que la modificación le irroque respecto del pacto originario.

El Capítulo III desarrolla la teoría del Reglamento y constituye en verdad un estudio completísimo de la materia, de tan singular importancia en el Derecho Administrativo. Se llama reglamento —se empieza afirmando— a toda norma escrita dictada por la Administración. La ley es también una norma escrita, pero es la voluntad de la comunidad y soberana en la creación del Derecho. El reglamento, en cambio, es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, obra de la Administración. Su sumisión a la ley es absoluta: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede dejar sin efecto preceptos legales o contradecirlos, ni suplir a la ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido. Se articula así "el orden jerárquico de normas".

Potestad reglamentaria es, por tanto, el poder en virtud del cual la Administración dicta reglamentos. De este modo la Administración participa en la formación del ordenamiento y, dentro de las limitaciones de esta potestad, es un sujeto de Derecho que no sólo se somete a un ordenamiento que se le impone externamente, sino que tiene la capacidad de formar en cierta medida el suyo.

La importancia que en la Administración tiene la potestad reglamentaria, cuyo uso se ha extendido y generalizado notablemente, induce a los autores a detenerse muy ilustrativamente en su justificación, desde los puntos de vista material y formal. Recuerdan cómo el origen del reconocimiento de este poder se encuentra "en el llamado 'principio monárquico', que buscó integrarse tras el fin del imperio napoleónico en los esquemas democráticos alumbrados por la Revolución". "La ley se aplicaría de manera preferente a las relaciones interprivadas, en tanto que el reglamento tendría su campo de acción más específico en las materias de gobierno y Adminis-

tración, por la tradición de la Administración como organización regia". Esta fórmula, de origen francés, consolidó el sistema en las monarquías continentales y, según él, el Ejecutivo dispone de un poder reglamentario general, no necesitado de habilitaciones legales específicas. El sistema anglosajón, en cambio, más fiel al principio de la división de poderes, ha tenido que arbitrar un poder normativo del Ejecutivo sustentado en la técnica de la delegación legislativa para suplir así la inexistencia de la potestad reglamentaria en la Constitución. Curiosamente, sin embargo, la Constitución francesa de 1958, por razones políticas y pragmáticas, ha abandonado su tradición para construir un poder reglamentario mucho más extenso, al que incluso independiza en buena parte de la ley, poniéndolo al nivel de ésta.

Pero cualesquiera sean el sistema y sus orígenes, se reconoce hoy, como necesidad absoluta, la existencia "de una potestad normativa de la Administración como una técnica inexcusable de gobierno humano en nuestra época".

Desde el punto de vista formal, el fundamento de la potestad reglamentaria —se concluye— no puede ser otro que una determinación constitucional. La Administración no puede ejercer más potestades que aquellas que efectivamente le han sido concedidas, y si detenta un poder reglamentario es porque se lo ha otorgado la Constitución.

Se distingue luego entre reglamentos y actos administrativos, con base en el ordenamiento español. El reglamento se dice no es ni una ley material ni un acto administrativo general; es, sin duda, un *quid novum* frente a esas dos instancias.

La distinción más obvia entre el reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo "ordenado". El acto administrativo se presenta con un destinatario concreto, en tanto que el reglamento es impersonal y abstracto. No pueden darse, como puede ocurrir en las leyes, reglamentos singulares, salvo en los "organizativos", que para los autores, y siempre que con ello no se atentare contra la regulación general de la ley, podrían tener singularización; pero éstos serían siempre reglamentos y no actos, porque la organización forma parte del ordenamiento.

De la distinción se extraen consecuencias prácticas. Así, la potestad reglamentaria no corresponde más que a los órganos a los cuales se la atribuye el ordenamiento; el poder de dictar actos administrativos es cualidad general de la Administración. El reglamento es revo-

cable por derogación, modificación o sustitución, en tanto que el acto administrativo está limitado en garantía de los derechos a que el acto haya podido dar lugar. La ilegalidad del reglamento implica nulidad de pleno derecho, en tanto que la del acto administrativo, sólo anulabilidad<sup>4</sup>.

El estudio de los requisitos de validez de los reglamentos se hace desde la perspectiva de sus límites, y éstos se clasifican en formales y sustanciales. Los primeros son la competencia para emitirlos, que debe ser específica, la jerarquía normativa (es decir, su sumisión a la ley, y, en el Derecho Español, el cumplimiento del art. 23 de L.R.A.E., que sanciona una jerarquía normativa interna entre las diversas normas reglamentarias administrativas), el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general<sup>5</sup>. Los límites sustanciales están configurados por aquellas reglas que, al margen de su conformidad a la ley y a otras normas de rango superior, debe respetar el reglamento para afirmar su validez; son ellos: el respeto a los principios generales del Derecho, las técnicas de control de la discrecionalidad, la materia reglamentaria y la irretroactividad (en donde se aplican las reglas de los actos administrativos).

Se reafirma más adelante el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, admitido expresamente en L.R.J.A.E.<sup>6</sup>. Al estar sometida la Administración —se dice con razón— a sus reglamentos y éstos no prever —por hipótesis— la posibilidad de su dispensa, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción del reglamento mismo. Sin ofensa del principio de la legalidad, no puede la Administración desconocer u olvidarse del reglamento en los casos concretos.

<sup>4</sup>Aun cuando las diferencias anotadas, salvo las que se refieren a la nulidad y anulabilidad (efectos que el respectivo ordenamiento ha de señalar), pueden ser también sostenidas en Chile, cabe observar que en el ordenamiento chileno es predominante, como en el caso de la ley, para la caracterización del acto administrativo, el aspecto formal, por lo que la Administración puede emitir tanto actos particulares o concretos, como generales o reglamentos.

<sup>5</sup>El procedimiento será el que cada ordenamiento señale. En Chile, en que los actos administrativos se traducen en decretos supremos o resoluciones, su elaboración general es común para los reglamentos y los actos singulares.

<sup>6</sup>Admitido también en Chile en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

Se examinan los diversos tipos de reglamentos y, en primer término, los reglamentos jurídicos (normativos) y los administrativos (de organización), clasificación originada en la doctrina alemana y desarrollada sobre la base de distinguir entre las relaciones de supremacía general del Estado sobre los ciudadanos y las de supremacía especial, que nace de un título específico, sobre administrados en posición determinada, como por ejemplo los internados en un hospital público, los funcionarios, etc. Los reglamentos jurídicos estarían dirigidos a la regulación de las relaciones de supremacía general, pero, para ello requerían de una ley habilitante; los reglamentos administrativos, que miran a la organización interna de la Administración, se producirían, en cambio, en el ámbito propio de la misma y, derivativamente, podrían arrastrar o afectar a aquellos administrados que estuvieren en situación de sujeción especial<sup>7</sup>.

Luego se analizan los reglamentos ejecutivos (que completan y desarrollan la ley en que se apoyan), los reglamentos "independientes" (que surgen al margen de toda ley de habilitación, admisibles sólo en materia de organización administrativa interna)<sup>8</sup>, los reglamentos de necesidad (contra legem), reconocidos para casos de emergencia en el sistema español, con los condicionamientos que exige<sup>9</sup>, y los reglamentos autonómicos (emanados de "otras Administraciones Públicas" o entes autónomos, que sólo pueden producirse en el ámbito propio del ente respectivo —funcional o territorial— y que se ordenan directamente a la ley en que se fundamentan).

En relación con los reglamentos ilegales, es decir, los que sobrepasan los límites formales y sustanciales, se estudian la sanción de

<sup>7</sup>Como se sostiene en la obra reseñada, todos los reglamentos son jurídicos y no sólo aquellos que se refieren a las relaciones de sujeción general. La clasificación no es aplicable en el régimen chileno.

<sup>8</sup>El Presidente de la República, en Chile, administra el Estado "con arreglo a la Constitución y a las leyes" (arts. 60 y 71 CP del E, DL 527, 1974). Su habilitación emana generalmente de la ley, pero puede derivar directamente de la Constitución (como para conceder indultos particulares), en cuyo caso, si no hay ley sobre la materia, el reglamento que el Presidente de la República dictare estaría ordenado directamente a la Constitución y en este sentido podría decirse que no es de ejecución de ley, pero no sería tampoco "independiente".

<sup>9</sup>Los rgto. de necesidad no están previstos en nuestro ordenamiento; sólo, para los casos de emergencia indicados, los decretos de pagos no autorizados por ley (art. 72 N° 10, CP).

nulidad de pleno derecho que para ellos establece la L.O.E. y L.P.A. y los medios técnicos de reacción frente a los reglamentos ilegales: la técnica general de inaplicación y sus fundamentos<sup>9b1s</sup>.

Asimismo, se estudian los remedios activos: declaración de oficio de la nulidad del reglamento ilegal por la Administración y acción de nulidad ante ésta, por el particular interesado; además, los recursos contencioso-administrativos y el llamado recurso de "contrafuero" introducido por la L.O.E.

El Capítulo IV del título II versa sobre "Las relaciones entre la ley y el reglamento. En particular, la legislación delegada".

Magistralmente reseñado el principio de la supremacía de la ley, se rebate muy fundadamente la supuesta reserva constitucional de un ámbito directo en favor del reglamento, que algunos juristas, influenciados por la Constitución francesa de 1958, han intentado sostener. "No hay ningún ámbito que pertenezca en exclusiva al Reglamento". "En efecto, la ley se reserva una serie de objetos sustanciales y en el resto permite la intervención del reglamento, aunque también sometido a su propia superioridad. No se trata, en modo alguno, de un reparto material del campo normativo; no se deduce en absoluto que las materias distintas de las reservadas a la ley serán materias propias y exclusivas del reglamento"<sup>10</sup>.

Se explica, en breve pero esclarecedora síntesis, la evolución seguida por el principio de reserva de la ley, tanto en Alemania como en Francia, en este último país mantenido hasta 1958 en que, "por un problema absolutamente peculiar de su evolución constitucional", ha sido transformado.

Consecuencia de tal principio es el de "la congelación del rango".

<sup>9b1s</sup>Los mismos sustancialmente, que han permitido a la jurisprudencia de los tribunales chilenos dejar sin aplicación, en los casos concretos de que conocen, los reglamentos contrarios a la ley; pero que no podrían en Chile justificar igual conducta de los funcionarios de la Administración, atendido que los reglamentos son sometidos al control previo de la Contraloría General de la República respecto de su legalidad. En el ordenamiento español, aun los funcionarios deberían abstenerse de aplicar un reglamento ilegal, según se afirma en esta obra, salvando sólo el caso de que fuesen obligados a su cumplimiento por una orden jerárquica.

<sup>10</sup>El principio es enteramente aplicable a Chile.

Esto quiere decir que, “regulada una determinada materia por la ley, el rango normativo queda “congelado” y sólo una ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material”. Porque, por *contrarius actus*, para dictar una norma nueva es preciso darle un rango normativo al menos igual al de las que sustituye o innova.

Se analiza más adelante la alteración de las relaciones entre la ley y el reglamento por las diversas clases de delegación legislativa, con referencia al ordenamiento español: la delegación recepticia (que se da en los textos refundidos, que sistematizan, y en las leyes de “bases”, que señalan directrices y límites demarcatorios de la delegación); la remisión normativa (en que, específica o genéricamente y para la ejecución de una ley, ésta reenvía a un reglamento la regulación de ciertos elementos complementarios); la deslegalización (técnica en virtud de la cual se abre sobre un tema regulado por ley anterior la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración)<sup>11</sup>.

El Título III, sobre “La posición jurídica de la Administración”, en donde se desarrollan los principios ya enunciados en la Introducción y en el Capítulo I, se presenta a la Administración en su carácter de persona jurídica, así reconocida expresamente en el Derecho Español, a través de la evolución que ha seguido la transpersonalización e institucionalización del poder desde el medioevo, con el Príncipe en quien se confundían el *dominium* y el *imperium*, más tarde con el concepto de la Corona, después con la teoría del Fisco, hasta llegar a la personalidad del Estado. Se recuerda que en los países de influencia francesa, como el español, los resultados son semejantes, aunque las ideas diferentes: el Rey no está vinculado a sus propias leyes, pero está sometido al Derecho Natural y al Derecho de Gentes.

En el Derecho Español se afirma hoy únicamente la personalidad de la Administración del Estado —“con una austeridad mental que es aquí elogiable”— sin incluir los órganos legislativos y judiciales y menos aún la colectividad en su conjunto.

<sup>11</sup>La delegación es posible en Chile (art. 44, N° 15 *CP* del E) sobre materias determinadas y por plazo no superior a un año. Se dictan entonces decretos con fuerza de ley. En otros casos el Presidente de la República sólo puede ejercer su potestad reglamentaria dentro del marco constitucional y legal. Las otras formas de delegación no tienen cabida.

Se indican los caracteres de la Administración estatal como persona jurídica: única, originaria, superior, al servicio del Estado como unidad política. No obstante ser el centro polar de toda la organización administrativa, se diversifica en una pluralidad de entes a los que se denominan en la obra "Administraciones Públicas", con capacidad jurídica y personalidad diferenciada, pero derivadas de otra Administración o de la ley. La tipología de estos entes la concretan en entes territoriales y no territoriales, y de base corporativa y de base fundacional o institucional. Se estudian las diversas clases de corporaciones, y, en particular, la teoría institucional. Además, la aplicación del derecho público y el derecho privado en las formas de personificación y en el régimen de las entidades públicas, así como la capacidad jurídica, de derecho público y de derecho privado, de los entes públicos.

El Capítulo VI se ocupa del principio de la legalidad de la Administración, explicando su sentido originario desde que la concepción del Estado de Derecho surgida de la Revolución Francesa hizo descansar el sistema en la justificación de toda actuación singular del poder por una ley previa, y refiriéndose luego a las construcciones tradicionales del mismo principio (la aplicación singular de la ley, la doctrina de la vinculación negativa) y, por último, al principio de la "positive Bindung", de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad, "que hoy, sin necesidad de partir de los dogmas kelsenianos, y sin perjuicio de ciertos matices o reservas, puede decirse que es ya universalmente aceptado"<sup>12</sup>.

Viene a continuación explicado el principio de la legalidad "como técnica de atribución legal de potestades", dilucidándose aquí el concepto técnico de potestad, sus caracteres y sus clases, la singularidad de las potestades administrativas, las potestades y el poder público, las potestades y las situaciones activas de los súbditos, las potestades funcionales o fiduciarias. Dentro de la técnica de atribución de potestad, se distingue entre la "autoatribución" (reglamento), la atribución expresa y los llamados "poderes implícitos o inherentes", la atribución específica y las supuestas cláusulas generales de apoderamiento, la suspensión de la legalidad y sus límites.

<sup>12</sup>Así ocurre en nuestro ordenamiento (arts. 4, 60, 71, 72 N<sup>o</sup> 2, CPE; DL 527-74, arts. 3<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup>; Acta Constitucional N<sup>o</sup> 2).

De extraordinario interés es el párrafo dedicado a las potestades regladas y las potestades discrecionales, en el que se pone de manifiesto la esencia de la distinción y sus términos concretos, la relación entre discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, y se estudian las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad (la evolución de estas técnicas, el control de los elementos reglados, y, en especial, el control del fin y la desviación del poder; el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del derecho).

La evolución de estas técnicas hasta su estado actual son el resultado del "talante expansivo del ordenamiento jurídico (que) rechaza toda exención o inmunidad absoluta del enjuiciamiento como exigencia del principio de legalidad", según expresión del Tribunal Supremo de España que los autores citan muy oportunamente.

El capítulo termina con la explicación de "la dinámica del principio de la legalidad". Conforme a la sistematización aquí seguida, la actuación concreta de la Administración, dentro de las exigencias y limitaciones que tal principio impone, es sustancialmente de cinco clases: los reglamentos (estudiados antes), los actos administrativos *strictu sensu*, los contratos, el ejercicio de la coacción y la actividad técnica; y a las cuatro últimas se destina el Título iv, no sin antes, en el capítulo vii, y último del Título iii, detenerse en "Las relaciones entre Administración y Justicia y el Principio de Autotutela".

En efecto, al finalizar el Título sobre la posición jurídica de la Administración, se la confronta con los tribunales. De gran enjundia son las materias que sobre este tópico se desarrollan: i. La posición de la Administración con los Tribunales; ii. La explicación histórico-política de tal posición (tan diversa de la de los particulares): de la identidad subjetiva entre Administración y Tribunales al principio de separación: 1) la cuestión en el antiguo régimen; 2) la cuestión en el derecho anglosajón, sustancialmente diversa; 3) la formulación revolucionaria del principio de la separación entre Administración y Tribunales y sus consecuencias, y 4) la configuración del principio de separación en el derecho español; iii. La explicación dogmática: el principio de autotutela: 1) la insuficiencia de las explicaciones históricas y el principio de autotutela como explicación unitaria; 2) la singularidad de la autotutela administrativa respecto a la privada; 3) autotutela conservativa y autotutela agresiva (para resistir la pre-

tensión de un tercero, y para modificar un estado de cosas); 4) autotutela declarativa y presunción de legalidad de los actos administrativos; 5) autotutela ejecutiva; 6) la autotutela de segunda potencia (vía administrativa previa al acceso a los Tribunales, potestad sancionatoria ante incumplimiento de administrados, *solve et repete*); 7) los límites de la autotutela administrativa; 8) los abusos de la autotutela (su aplicación al campo de relaciones interprivados, sustituyendo al juez, su extensión al ámbito sancionatorio o represivo); 9) las consecuencias de la autotutela (aunque distintas por naturaleza, las potestades de autotutela administrativa y jurisdiccionales se acercan externamente en su ejercicio: procedimiento escrito y formal, motivación, decisiones declarativas con inmutabilidad similar pero no idéntica a la "cosa juzgada"), y 10) la articulación entre autotutela administrativa previa y tutela final jurisdiccional (el control jurisdiccional a posteriori no se opone a la autotutela administrativa previa e inicial); iv. El Sistema de Conflictos (mecanismo a través del cual se deciden las contiendas que pueden surgir entre la Administración y los Tribunales ordinarios y especiales).

El Título iv y último, contiene el estudio sistemático de la actuación administrativa y primeramente del acto administrativo, acerca de cuya teoría se realiza en verdad un esclarecedor y profundo análisis. Así, el concepto de acto administrativo, explicado en su evolución; su definición (como "declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria"), sobre la base de la formulación de Zanobini parcialmente corregida; los elementos (subjctivos: Administración, órgano, competencia, investidura del titular; objetivos: presupuestos de hecho, fin, causa, motivo, la declaración y su contenido, objeto) así como los elementos formales: el procedimiento y la forma de manifestación, son, a la luz de la doctrina y del derecho positivo español, descrito desde una perspectiva muy lúcida y original.

Se revisan luego las clases de actos administrativos: decisorios y no decisorios, resolutivos y de trámite, favorables y de gravamen, y otras distinciones funcionales, como entre actos singulares y generales, constitutivos y declarativos, etc.; asimismo, la cuestión de los actos políticos o de gobierno.

La eficacia de los actos administrativos: presunción de validez y

obligación de cumplimiento inmediato; las condiciones de eficacia, la notificación y la publicación; la retroactividad; la cesación de eficacia: la suspensión y sus clases; el silencio administrativo (negativo y positivo), son, todos ellos, aspectos cuya relevancia es superfluo destacar ya cuya dilucidación se destina el capítulo VII.

El capítulo IX continúa el estudio de los actos administrativos con validez e invalidez, revocación y anulación. La teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo, la nulidad absoluta o de pleno derecho, la anulabilidad, las irregularidades no invalidantes, la revocación y la anulación en vía de recurso, materias desarrolladas en especial desde el ángulo del ordenamiento español, son tratadas en este capítulo.

El Título IV prosigue con el capítulo X, sobre "Los contratos de la Administración. En especial, los contratos administrativos".

El problema doctrinario del contrato administrativo aparece tratado aquí de un modo singularmente claro y profundo, tanto en su planteo como en sus soluciones, dentro de un enfoque general y con referencia a la ley positiva española. Se destacan, desde luego, el enunciado de la figura del "concerto entre Administración y administrado" (como el que recae en la liquidación de cuotas de tributos) y el análisis de lo que se ha llamado "Administración concertada", en que se conviene con los particulares la aplicación de los poderes de la Administración a cambio de una colaboración más activa, especialmente en el campo económico.

La figura del contrato administrativo: su formación histórica y sentido actual; su teorización como contrato regido por el derecho público; la revisión de la doctrina sustantivadora del contrato administrativo; las modulaciones de esta institución contractual; la presencia subjetiva de la Administración como requisito *sine qua non* del contrato administrativo, son objeto de un interesante examen crítico.

El capítulo termina con la exposición del tema de los contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el ordenamiento vigente de España. Y en el capítulo XI se tratan los contratos administrativos nominados (de obras, servicios y suministros), también desde un ángulo positivo, aunque, obviamente, los principios generales sobre las prerrogativas de la Administración y las técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato son parte sustancial de su contenido.

Finalmente, el capítulo XII, que es también el último del Título IV, pone término al tomo I de este Curso. Se refiere a “La coacción administrativa. La actividad técnica de la Administración”.

“La coacción administrativa —se afirma— puede aplicarse, o bien a imponer la ejecución forzosa de los actos administrativos, o bien directa e inmediatamente sobre una situación de hecho con vista a producir su modificación, sin que se trate de imponer el cumplimiento de un acto administrativo previo declarativo”. Como una y otra de estas aplicaciones están circunscritas a un ámbito estricto de licitud, hay la posibilidad del uso *extra ordinem* de la coacción o “vía de hecho”. El capítulo se ocupa así de la ejecución forzosa, de la coacción directa y de la coacción legítima y vía de hecho.

Respecto de la actividad técnica de la Administración se precisa muy bien su relación con el Derecho, esto es, la teoría jurídica de esta actividad técnica. La Administración no sólo realiza actos jurídicos, se manifiesta también en actos materiales y técnicos, que no modifican situaciones jurídicas ni producen efectos jurídicos específicos ligados a su sola emanación. Por ejemplo, la policía no sólo produce actos jurídicos, sino que vigila, patrulla, inspecciona; la Administración construye carreteras, atiende a los enfermos, enseña a sus centros docentes, etc.

Sería erróneo pretender que como no es actividad jurídica sea “un indiferente jurídico” (objeto propio de la ciencia de la administración), puesto que el Derecho en todo caso la organizará, protegerá y, tratándose de la Administración, tendrá que habilitar para actuar; pero sería también erróneo no distinguir entre la actividad jurídica *strictu sensu* y la actividad técnica o material. La existencia de esta última es, justamente, “una notable peculiaridad de la Administración dentro de los poderes públicos”. “Mientras los poderes legislativo y judicial se agotan en sus producciones jurídicas y sus servicios auxiliares son puramente instrumentales, la Administración, en cambio, existe para ofrecer al público un sistema efectivo y práctico de servicios públicos, como actividad material de prestaciones, y si produce también normas y actos jurídicos, éstos normalmente no tienen una finalidad sustantiva, sino auxiliar de su objetivo más destacado”. “De este modo resulta claro que una cosa es la actividad jurídica estrictamente tal, cumplida por órganos administrativos *strictu sensu*, que imputan necesariamente sus manifestaciones..., a la Administración”.

y otra muy distinta la actividad técnica y material, cumplida por personas físicas, las cuales pueden actuar eventualmente como órganos (el médico cuando certifica, por ejemplo). La actividad técnica debe imputarse, pues, a las personas singulares de los agentes que la realizan; pero como es ordenada y dirigida por la Administración, que a la vez se apropia de sus frutos y resultados, que integra en su propia organización, “es evidente que la responsabilidad que pueda dimanar de la realización de dicha actividad será reprochable a la propia Administración”.

La sola enunciación de materias que en esta reseña nos hemos permitido poner a la vista, demuestra —nos parece— la notable envergadura de esta obra, que corresponde al volumen 1 del Curso de Derecho Administrativo profesado por los autores. Su lectura y estudio, que se hace fácil por la claridad de su estilo y el magistral poder de síntesis que ella revela, podrá contribuir en nuestro medio a desvanecer no pocos equívocos y sin duda, a iluminar los senderos de nuestra doctrina en la disciplina del Derecho Administrativo.

NR. Sobre este gran maestro que es Eduardo García de Enterría y Carande, que tanta influencia ha tenido no sólo en España sino también en Hispanoamérica, puede verse el Nº 84 (1977) de la Revista de Administración Pública (Madrid) dedicado en su homenaje por sus discípulos españoles con motivo de haber recibido el grado máximo académico —*Doctor honoris causa*— de la Universidad de París (Panthéon/Sorbonne). Que esta reseña sirva para asociarnos a tal homenaje. De Enterría ha publicado esta Revista (Nº 17 (1975) 81-96) *El control de los poderes discrecionales de la Administración*, y el Anuario de Derecho Administrativo (vol. 1 (1975/76) 67-89). *Sobre los derechos públicos subjetivos*.