

Rolando Pantoja Bauzá\*

# La Aparición del Derecho Público Administrativo en la Escena Jurídica

## 1. Los estudios superiores en el siglo XVIII recaían sobre los cánones y las leyes; su finalidad: consolidar el estatus religioso político de la época

### A. Los estudios superiores

Las Universidades del Imperio Español centran sus estudios en los cánones y en las leyes, esto es, en el Derecho Canónico y en el Derecho Romano o Derecho Civil, como se le llamaba también en aquella época, los que se realizaba conforme a los textos autorizados por la autoridad real para enseñar esas materias. El contenido de esos textos, según los historiadores, no buscaban formar determinado tipo de profesional o de persona, sino que se orientaban a mantener la fidelidad de los súbditos a las Dos Majestades que regían la vida de los pueblos: Dios y el Rey, la Iglesia y la Monarquía.

“Tanto en el Seminario como en la Universidad de San Felipe y en el colegio de San Carlos –hace ver en este sentido don DOMINGO AMUNÁTEGUI SOLAR<sup>1</sup>, refiriéndose a los establecimientos educacionales de Santiago a fines del siglo XVIII–, los estudios se hallaban impregnados del espíritu escolástico más atrasado y más lleno de preocupaciones. El latín y la teología constituían la base principal de la enseñanza”.

En palabras del rector del Colegio de Nobles de San Carlos, don PEDRO TOMÁS DE LA TORRE, que recuerda el mismo autor, el plan de estudios de ese colegio exigía que desde la mañana se llamara la atención de los alumnos hacia la piedad: “la campana los llama al templo, donde hacen oración a Dios”. “Antes y después de la santa misa, el estudio del idioma latino, teología dogmática y moral, leyes y cánones... Así como el día empieza con el ejercicio de la piedad, así también se cierra y termina en la noche. Las confesiones y comuniones cada mes y los ejercicios espirituales una vez al año, no se dispensan.”

<sup>1</sup> Amunátegui Solar, Domingo, *Los primeros años del Instituto Nacional (1818–1835)*, Imprenta Cervantes, 1889, págs. 2–3 y 157.

\* Profesor de  
Derecho  
Administrativo.  
Presidente del  
Instituto Chileno  
de Derecho  
Administrativo.  
Vicepresidente de la  
Asociación  
Iberoamericana de  
Derecho  
Administrativo.

La Real Universidad de San Felipe, que se fundó por real cédula de 28 de julio de 1738, y sus estatutos, al igual que los que le habían servido de modelo, establecían que su enseñanza debía ser “estricta e irreprochablemente católica”, lo que revelaba que estaba “expresamente calculada para afianzar la veneración al soberano de las Españas y de las Indias”.

Esta tradición echó fuertes raíces en Chile, de modo que aun asentada la República y desaparecidos los establecimientos antes mencionados, y encontrándose en funcionamiento el Instituto Nacional, “el espíritu escolástico que se trataba de alejar de la enseñanza continuó reinando ... por muchos años”,<sup>2</sup> influenciado por la enseñanza impartida en esa Real Universidad.

Ello demuestra que la orientación pedagógica de la época hacía que la enseñanza “se hallara muy distante de propender a la educación de innovadores”, como acota don MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI, pudiendo confirmarse esta aseveración con aquel incidente que alcanzó caracteres de escándalo en agosto de 1790, al no refutarse por parte de los catedráticos de turno, como era de su deber, “una objeción fuerte –formulada– contra el origen divino de los reyes” por uno de los educandos en una intervención de clases, provocando incluso que la autoridad máxima del reino, que lo era el Presidente–Gobernador don AMBROSIO O’HIGGINS DE VALLENAR, condenara oficialmente ese hecho como “grave y reprehensible”.<sup>3</sup>

### *B. El sistema monárquico*

Las Universidades del siglo dieciocho respondían al sistema monárquico dominante en Europa desde el siglo XIV, el cual se caracterizaba por reconocer al rey como el depositario natural de un poder absoluto y perpetuo, indiscutido e indiscutible, titular de una *plenitudo potestas*, de una *summa potestas*, que le hacía ser fuente exclusiva y excluyente de todo Derecho y de toda Justicia, con origen en Dios y de cuyo ejercicio sólo a él respondía el monarca.

Empleando términos justineanos, los juristas monárquicos afirmarán que *A deo rex, a rege lex*, de Dios procede el rey, del rey la ley; *Quod principi placuit, legem habet vigorem*: los deseos del rey tienen fuerza de ley; que el rey era *Lex animata in terris* o que *Rex legibus solutus est*, esto es, que el rey era la ley en la tierra y el legislador absoluto en el reino; que *Rex non potest peccare*, que el rey no puede equivocarse.

La posición monárquica fue legitimada por toda una importante teoría del absolutismo, cuyo primer expositor habría de ser BODIN o BODINO, conocido hasta el día de hoy por sus notables “Los seis libros de la República”, de 1576, y en cuyas páginas se halla el fundamento de la institución real, partiendo de la soberanía, término por él

<sup>2</sup> Así, en 1852, por ejemplo, al separarse en el Instituto Nacional los estudios secundarios de los universitarios, de acuerdo con lo dispuesto en el decreto de 22 de diciembre de 1847, la libertad de cátedra que por él se consagraba para impartir los estudios superiores, contenía la “precisa condición... de respetar los dogmas católicos y las buenas costumbres”. Véase, Galdames, Luis, *La Universidad de Chile, 1843–1934*, Prensas de la Universidad de Chile, 1934, pág. 49.

<sup>3</sup> Amunátegui, Miguel Luis, *La Crónica de 1810*, tomo tercero, 1899, págs. 86–87.

instituido como atributo del gobernante y expresión de un poder absoluto, exclusivo y perpetuo, caracterizador de su posición en la sociedad.

Desde aquel año, la soberanía habría de incorporarse al vocabulario normal de los análisis políticos como expresión sinónima de *plenitudo potestas* ejercida en un determinado territorio.

BOSSUET, el obispo de París, en su célebre obra titulada “La política sacada de las Sagradas Escrituras”, de 1679, es el otro autor destacado por la ciencia política como constructor teórico de la monarquía. Él llevará al pueblo católico la convicción de que las sociedades no pueden estar gobernadas sino por un rey, al igual como los cielos lo están por Dios, destacando sus atributos de supremacía incuestionable.

Sobre la base de estas justificaciones, el absolutismo de la Europa continental reconocerá que el poder público estaba radicado en su integridad en el rey, en el monarca, en el princeps, quien ejercía, por esta causa, una *summa potestas* sobre el territorio y las poblaciones que se encontraban bajo su autoridad, un poder absoluto sobre personas y bienes,<sup>4</sup> en aras de la seguridad pública.

## 2. El Estado moderno constitucional

La primera función del Estado que se independizó de la única fuente de Derecho y de Justicia que era la autoridad real, fue el poder judicial.

Ello no ocurrió por razones de política institucional, sino por motivos prácticos. Desde fines del siglo XIII, con Felipe el Hermoso, se generalizó en Francia y se extendió enseguida a otros países occidentales, el sistema de provisión de los cargos judiciales por la vía de la compraventa, una de las formas ideadas por aquellos tiempos para allegar fondos al erario real. Dado el título de adquisición de estos empleos: una compraventa, sus adquirentes pasaban a ser dueños de las respectivas magistraturas, ejerciendo sobre ellas, por consiguiente, un derecho de propiedad en los mismos términos en que podían hacerlo respecto de cualquier bien comerciable por ellos adquirido, lo que importó habilitarlos para disponer de estas dignidades a título propio, al margen y con independencia de la voluntad real.

No sucedió lo mismo, sin embargo, con los poderes legislativo y ejecutivo, que en Europa se mantuvieron concentrados en la esfera real hasta 1789, fecha en que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamó la separación de los poderes del Estado como única manera de entender que un país tenía *constitución*, esto es, gozar de una organización conformada de acuerdo con los principios del mundo civilizado, criterio que luego haría suyo toda Europa.

<sup>4</sup> Se ha recordado en más de una ocasión que Luis XIV decía en sus “Memorias” que “los reyes son señores absolutos y tienen naturalmente la libre disposición de los bienes de sus súbditos”.

**Artículo 16.** Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, carece de constitución.

De aquí que contrastando los tiempos, OTTO MAYER manifestara que la Administración Pública del *Rechtsstaat*, del Estado constitucional, se distingue justamente de su antecesora del *Polizeistaat*, del Estado de policía, por el hecho de que en la etapa constitucional, por contraste con lo que ocurría en el período anterior, la potestad del Estado “se reviste a sí misma de formas y rasgos característicos del derecho y donde el derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición a la del derecho civil, no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público que se aplica a la administración al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles, y que debe considerarse respecto del Estado como el derecho común que en la duda le es aplicable”.<sup>5</sup>

Con anterioridad a la Revolución, “La Administración era el instrumento de la voluntad del soberano, la cual no se hallaba vinculada en sus manifestaciones a ninguna forma especial”.<sup>6</sup>

“Sólo después de la Revolución francesa, una vez consolidado el principio de la separación de los poderes del Estado y la completa sumisión del poder ejecutivo a las normas establecidas por el poder legislativo —confirma el profesor GUIDO ZANOBINI, que lo fuera de la Universidad de Roma—, fue posible que todas las leyes referentes a la organización y a la actividad administrativa de los órganos administrativos cobraran eficacia ostensiblemente obligatoria y se convirtieran en fuente de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos”.<sup>7</sup>

La existencia del Derecho Administrativo, agrega ALDO SANDULLI, estuvo condicionada a “la división de poderes, conquista inestimable y piedra angular de la democracia moderna, y no le es menos esencial, asimismo, la concurrencia de ese presupuesto que es el Estado de derecho. Tal concepto implica la superación de la fórmula del soberano *legibus solutus* y la sujeción del mismo Estado, como institución y como ente, a las normas de derecho establecidas por el ordenamiento jurídico”.<sup>8</sup>

El Derecho Administrativo toma un lugar en las ciencias jurídicas, acota FRITZ FLEINER, cuando “el Estado atiende los asuntos administrativos en calidad de poder superior, de soberano, pues en estos casos se hace inaplicable a su respecto el derecho privado. El derecho administrativo se caracteriza por la disposición unilateral y el poder coercitivo implícitamente contenido en ella”.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 68.

<sup>6</sup> Forsthoft, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 46.

<sup>7</sup> Zanobini, Guido, *op. cit.*, págs. 56 y 57.

<sup>8</sup> Sandulli, Aldo, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6ª edizione, Casa Editrice Dott. Napoli, 1960, pág. 11.

<sup>9</sup> Fleiner, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933, págs. 40, 41 y 51.

En análogo sentido se ha pronunciado en Chile el profesor MANUEL JARA CRISTI, para quien el Derecho administrativo “Nace a la vida jurídica una vez que se afirma el Estado moderno y cuando los principios filosóficos inspiran las normas reguladoras de las sociedades políticas y de las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos, realizándose la diferenciación de las diversas funciones del poder público”.<sup>10</sup>

### 3. La Administración del Estado o Administración Pública Como Objeto del Derecho Administrativo

Por esta razón, la tesis mayoritariamente aceptada por los *ius* administrativistas habrá de sostener que la Administración del Estado o Administración Pública<sup>11</sup> ha de analizarse en el campo del Derecho como una construcción de Derecho Público, refiriendo su estudio, por consiguiente, sólo a la *administración juridizada*, no a cualquiera administración de que se sirva un gobierno para alcanzar sus objetivos; esto es, únicamente a una Administración sometida al Derecho, tanto en su organización como en su acción, fenómeno sociopolítico que sólo se da en el mundo occidental con la institucionalización del Estado constitucional, del *Rechtsstaat*.

El *Rechtsstaat*, el Estado de derecho, en efecto, sucedió y superó en la civilización occidental al *Polizeistaat*, al Estado de Policía, en términos alemanes, que se hallaba sujeto sólo al variable *ius politiae*, como se denomina al conjunto de disposiciones emanadas del poder real, en tanto y en cuanto el Estado constitucional objetivó su Derecho a través de las normas del *ius publicum* emanado de las asambleas legislativas, lo que le dio caracteres de alternidad y fijeza que eran desconocidos para el *ius politiae*, y una vigencia permanente, al margen de toda *voluntas regis* que pudiera modificarlo o abrogarlo según condiciones de oportunidad o conveniencia confiadas al *bon plaisir* del gobernante administrador.

La administración así juridizada fue el objeto temático de esta nueva disciplina jurídica que fue el Derecho Administrativo.

<sup>10</sup> Jara Cristi, Manuel, *Derecho Administrativo*, Imprenta Artes y Letras, 1943, pág. 9.

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional, en autos Rol N° 39, de 1986, ha considerado sinónimas ambas expresiones. “A juicio del Tribunal Constitucional –dice–, el artículo 38 de la Carta Fundamental emplea ambas expresiones como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de solo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”.

#### 4. El Estudio Jurídico de la Administración del Estado en Chile: La Primera Obra, La Primera Cátedra

La identidad entre Gobernante y Derecho que se dio durante la monarquía absoluta acentuaba la aceptación de ser el rey la fuente de todo Derecho y de toda Justicia, y tuvo una fuerte repercusión en la forma de entender el poder público en el Estado monárquico, explicando, asimismo, las reacciones contrarias que buscó consagrar el Estado constitucional, pues importó, desde luego, establecer que todo ejercicio de la potestad pública por parte de personas naturales llamadas a ejercerla no era, por sí mismo, más que producto de la permisividad real, de la delegación se dirá más tarde, por lo mismo esencialmente revocable, que fue lo que buscó abolirse a partir de 1789.

De aquí, pues, que la *plenitudo potestas*, la *summa potestas*, la potestad absoluta radicada en el monarca le habilitara para ejercer a su voluntad, a su *bon plaisir*, el poder legislativo, y disponer, en los mismos términos, de la administración interna del reino y de los elementos constitutivos de la organización real: personal, bienes y finanzas.

“Sólo después de la Revolución francesa, una vez consolidado el principio de la separación de los poderes del Estado y la completa sumisión del poder ejecutivo a las normas establecidas por el poder legislativo —confirma el profesor GUIDO ZANOBINI, que lo fuera de la Universidad de Roma—, fue posible que todas las leyes referentes a la organización y a la actividad administrativa de los órganos administrativos cobraran eficacia ostensiblemente obligatoria y se convirtieran en fuente de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos”.<sup>12</sup>

Por eso, bien puede afirmarse que sólo al impulso de las ideas constitucionales impuestas por las Revoluciones Libertarias de 1776 y 1789, pudo hablarse de Derecho Público y de Derecho Administrativo<sup>13</sup>, esto es, al surgir en Occidente el Estado constitucional de fondo liberal individualista, que en Chile habría de estructurarse desde 1810 en adelante, por asimilación de las ideas europeas.

En “la Historia de Chile”, lo corrobora don BENJAMÍN VICUÑA SUBERCASEAUX, “Es claro y sencillo el diagrama de las ideas políticas. Nace, i provoca la independencia, un liberalismo ardiente i utópico, hijo del filosofismo del siglo XVIII, reflejo de la revolución de 1789. Este liberalismo, al cual se debe nuestra República, impera, en medio de accidentes debidos a su inexperiencia i empirismo, hasta 1830. En esa época (1830) se encontró desprestigiado, i tuvo ajuje la reacción conservadora encabezada por Portales. La República democrática cae en manos de los conservadores, quienes la conducen i la afirman por medio de la autoridad.”<sup>14</sup> duran-

<sup>12</sup> Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, págs. 56 y 57.

<sup>13</sup> La proclama del Senado de la República, de 1819, recordaba que en la época colonial se mostraba como ciencia “un fárrago de opiniones absurdas, falsas ideas, palabras vanas, preocupaciones y errores”, y se prohibía el estudio de “las cátedras de matemáticas y de química, y de derecho público”.

<sup>14</sup> Vicuña Subercaseaux, B., *Gobernantes i Literatos*, Sociedad Imprenta i Litografía Universo, 1907, pág. 182.

te los tres primeros Decenios (1831–1861), con los Presidentes PRIETO, BULNES y MONTT, en la etapa llamada de los Gobiernos pelucones o autoritarios.

De este modo, el Derecho Público en Chile, en general, y el Derecho Administrativo, en particular, sólo encontrarán un ambiente jurídico favorable a su nacimiento y desarrollo desde 1810 en adelante, dándose las condiciones propicias para su desarrollo sólo una vez estabilizada la República con la Constitución Política de 1833, bajo el sistema constitucional proclamado por Francia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por perfilarse desde entonces con claridad las funciones legislativa, administrativa y judicial, sujetas a la Constitución y a la ley.

Quien primero habló de Derecho Público en Chile fue un ardiente defensor de la libertad, el fraile de la Buena Muerte CAMILO HENRÍQUEZ, quien propuso crear un colegio de carácter universal, que denominó “Instituto”, el que dos años después habría de abrirse en Santiago con el nombre de Instituto Nacional, y cuyo plan general de estudios –según la sugerencia que elevó al Gobierno en 1811– consultaba, justamente, el estudio del “Derecho Constitucional”.

En efecto, en el segundo de los tres grupos de materias de que constaba el plan presentado por CAMILO HENRÍQUEZ, “se ocupa de la enseñanza de lo que él llama Ciencias Morales o Sociales, y estima que debe constar de las siguientes materias: la Ciencia Social, el Derecho Constitucional, los principios de Moral de la Legislación, la Economía Política, la Historia de las Leyes, revoluciones, engrandecimientos y decadencia de las naciones, y el Derecho Natural y de Gentes”.

“Esta clase, dice CAMILO HENRÍQUEZ, desenvuelve los principios que deben servir de apoyo a la Constitución de Chile; establece los derechos de la patria; fija el gran principio del pacto social; y sobre el derecho de naturaleza y de gentes, establece las obligaciones y prerrogativas del hombre en todos los estados y bajo todos los respectos.”

“Se propondrá el profesor inspirar a los alumnos, por el conocimiento de sus extensos derechos, grandeza de alma, ideas liberales y el heroico sentimiento de su dignidad”, y “Se esforzará en hacer a los discípulos, humanos y compasivos para con todos los hombres. Les inspirará el gusto de la historia que es la mejor escuela de la moral y de la ciencia del gobierno.”<sup>15</sup>

Don JUAN EGAÑA se inclinara en el mismo sentido en su informe al Gobierno de 8 de diciembre de 1826 sobre la marcha del Instituto Nacional, al criticar el contenido de la Cátedra de Leyes y Cánones, en la cual, expresó, sólo “se estudian las Partidas, pero no el derecho constitucional, que debía ser la cartilla de todo chileno.”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Baeza Marambio, Mario, *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Colección de Estudios y Documentos para la Historia del Derecho Chileno, Seminario de Derecho Público, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago de la Universidad de Chile, 1944, págs. 47–48.

<sup>16</sup> Baeza Marambio, Mario, op. cit., pág. 55.

Con todo, la primera cátedra de Derecho Constitucional sólo se abrió en 1828, en el Liceo de Chile, por don JOSÉ JOAQUÍN DE MORA, el ilustre hombre público español que ese mismo año redactó una Constitución Política para el país, celebrada por su madura asimilación del constitucionalismo y de las ideas liberales que dominaban el mundo europeo.

En el primero de los tres años de su curso de Derecho, el profesor DE MORA consultó las cátedras de “Derecho Natural, de Gentes, Constitucional y Romano”, las cuales enseñaría siguiendo “las obras de Burlamaqui y Vattel”<sup>17</sup>, labor que proseguiría brillantemente en 1843, en el Instituto Nacional, don JOSÉ VICTORINO LASTARRIA, al suceder a don ANDRÉS BELLO en la cátedra de Legislación y Derecho de Gentes, imprimiéndole una nueva orientación, que incluyó el Derecho Constitucional, valiéndole el honor de constituirse en el primer profesor del ramo en Chile.

Como él mismo lo recuerda: “dejando a la enseñanza del derecho natural la exposición de los fundamentos del derecho civil, comenzamos entonces a arreglar para nuestro curso dos textos separados, el uno de derecho constitucional y el otro de la teoría del derecho penal”, en la convicción de que la forma de explicar ese curso, tal como se estaba haciendo, “no bastaba para dar una idea completa de la ciencia constitucional”.<sup>18</sup>

Don JOSÉ VICTORINO LASTARRIA también se ocupó del Derecho Administrativo, destacándolo como una disciplina autónoma de estudio en los niveles de la enseñanza jurídica del país, aunque no llegó a impartir la cátedra.

Al exponer el “Objeto i Plan de esta Obra”, en las primeras páginas de sus “Elementos de Derecho Público Constitucional arreglados y adaptados a la enseñanza de la juventud americana”, que tuvo dos ediciones en la década 1840–1850, el señor LASTARRIA explica las razones que le movieron a modificar el curso de Legislación que desde 1837 pasó a desempeñar “en los colegios de esta capital” y las modificaciones que incorporó a la forma en que en ese momento se estaba enseñando esa disciplina en la capital. Asimismo, precisa en esa parte introductoria de su obra, que ya en 1840, en respuesta a la circular que dirigiera a los profesores el Decano de la Facultad de Leyes de la Universidad invitándoles a dar su opinión sobre el plan de estudios del Curso de Derecho, había tenido oportunidad de expresar sus puntos de vista sobre la materia y de formular algunas proposiciones en ese sentido, entre las cuales se contaba la de que durante “el segundo año se cursase el derecho de jentes como principal, i en calidad de accesorios, durante la primera mitad del año, el derecho público penal, i después, el derecho público administrativo”, consignando así la primera mención que se hace en

<sup>17</sup> Baeza Marambio, Mario, op. cit., pág. 59: por medio de este plan, “se estatúa por primera vez en nuestro país, la enseñanza del Derecho Público en cátedra independiente”.

<sup>18</sup> Lastarria, José Victorino, “*Recuerdos literarios*”, pág. 241.

la República a la enseñanza del Derecho Administrativo como una de las ramas constitutivas del cuadro general del Derecho.<sup>19</sup>

A esta iniciativa se uniría la voz del rector de la Universidad de Chile, don ANDRÉS BELLO. En la sesión del 10 de agosto de 1850, del Consejo Universitario, el ilustre rector instó por la conveniencia de crear un curso de “estudios administrativos” en la Facultad de Leyes, en el cual “a más de darse nociones jenerales sobre la materia, se enseñe el mecanismo de todas las oficinas públicas i sus atribuciones”.<sup>20</sup>

Con todo, el estudio jurídico de la Administración del Estado de Chile habría de iniciarse más tarde<sup>21</sup>, en 1859, con los “Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional”, obra publicada en forma anónima, aunque con justicia atribuida a un distinguido profesor de Derecho de Gentes, primero, y de Derecho Comercial, después, de ese Instituto, en el cual incluso desempeñó el cargo de Rector, don SANTIAGO PRADO.<sup>22-23</sup>

El señor PRADO era un intelectual altamente respetado en los círculos universitarios de su tiempo. Tuvo, además, una destacada actuación pública. Ya antes de recibir su Grado en Leyes en 1853, reemplazó a don JOSÉ VICTORINO LASTARRIA en la cátedra de Legislación y Derecho de Gentes, y al año 1856 se le encuentra ocupando el rectorado del Instituto Nacional.

Los “Principios Elementales” constituyen, en efecto, la primera obra chilena de Derecho Administrativo y según la autorizada palabra del catedrático argentino don BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, de América Latina: “La primera expresión del derecho administrativo en América Latina –dice él– corresponde a Chile. En 1859 se publicó en Santiago el libro: “Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional”. Esta obra se atribuye a don Santiago Prado.”<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Lastarria, José Victorino, *Elementos de Derecho Público Constitucional arreglados y adaptados a la enseñanza de la juventud americana*, 2ª edición, Imprenta Chilena, 1848, págs. VII – XI.

<sup>20</sup> *Anales de la Universidad de Chile*, 1850.

<sup>21</sup> Desde luego, el Supremo Gobierno le impidió al señor Lastarria continuar impartiendo su cátedra, ya que por decreto de 24 de abril de 1851 lo destituyó de su cargo de “profesor de Legislación y Derecho de Gentes”, por su participación, dice el segundo considerando de ese decreto, “en actos públicos de tendencias subversivas”, conducta que haría inaceptable tolerar “por más tiempo que siguiera a cargo de la educación de los jóvenes del Instituto”. Fue desterrado a Lima.

<sup>22</sup> Véase: Pantoja Bauzá, Rolando, *El entronque hispánico de la doctrina chilena de Derecho Administrativo*, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, noviembre–diciembre 1960, págs. 166 y sgts.

<sup>23</sup> El anonimato obedeció a la honradez intelectual del señor Prado, quien al anticipar en la “Advertencia” que precede al texto de la obra que “el plan y la mayor parte de las doctrinas que no llevan cita especial indicando las fuentes de donde han sido tomadas, pertenecen a la obra titulada: Derecho Administrativo Español, de don Manuel Colmeiro”, dejaba ya constancia que el libro no era para él enteramente original, lo que le inhibiría de atribuirse su autoría.

<sup>24</sup> Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, tomo I, Tipográfica Editora Argentina, 1949, pág. 49, nota 7.

Dos hechos contribuyeron a despertar este interés por el Derecho Administrativo en el país: por una parte, la circunstancia de que en la reforma del plan de estudios del Curso de Leyes de la Sección Universitaria del Instituto Nacional del año 1853, el ramo apareció consultado como asignatura de sexto año, como Derecho Público y Administrativo; por la otra, el haberse conocido en Chile la célebre obra del profesor español MANUEL COLMEIRO: “Derecho Administrativo Español”, cuya “primera edición se publicó en 1850 simultáneamente en Madrid, Santiago y Lima”<sup>25</sup>, la que ofreció a los estudiosos del Derecho Público en la América Hispana una sólida estructura teórica de la disciplina, y que le permitió a don SANTIAGO PRADO realizar el detallado y destacado estudio de la Administración chilena de mediados del siglo XIX que se contiene en sus “Principios Elementales”.

En todo caso, la enseñanza del Derecho Administrativo no habría de impartirse sino hasta fines de siglo, ya que su impulsor, don JOSÉ VICTORINO LASTARRIA, fue desterrado a Lima por el último de los Gobiernos pelucones, lo que bloqueó su intención de escribir un texto de Derecho Público Administrativo, como era su intención, y su sucesor en la cátedra, que lo fue don JORGE HUNEEUS desde el año 1861 y hasta fines de siglo, por inclinación personal prescindió del estudio de lo administrativo para dedicarse sólo al análisis del Derecho Constitucional, lo que hizo en forma brillante hasta 1889, fecha de su fallecimiento.

Por eso, en estricto rigor, el Derecho Administrativo sólo vino a estudiarse como cátedra universitaria a partir de 1888, al asumir don VALENTÍN LETELIER la asignatura que con este nombre se había creado en el Curso de Leyes del Instituto Nacional por decreto de 10 de diciembre de 1887. “En la clase inaugural explicó a sus alumnos la finalidad, el contenido y el método de la nueva cátedra. Empezaba por rendir homenaje a Lastarria, quien, por allá por 1847, había propuesto la creación de la asignatura de Derecho Público Administrativo. Su insinuación fue atendida, pero sólo parcialmente, seis años más tarde. En el plan de la Escuela de Leyes de 1853 esa cátedra fue incluida en la de Derecho Público, que comprendía también el Constitucional, a cuyas explicaciones se daba preferencia. Con el tiempo y en la práctica, el profesor no enseñó nada más que el Derecho Constitucional; de modo que la separación de ambas ramas del Derecho Público, acordada en 1887, equivale a crear la asignatura de Derecho Administrativo, conforme al antiguo proyecto de Lastarria.”<sup>26</sup>

A su vez, en 2 de junio de 1893, se creó una segunda cátedra de la disciplina, que fue servida por don JOSÉ DOMINGO AMUNÁTEGUI RIVERA, autor, en 1894, de los “Estudios sobre Administración”, y quien habría de editar en Montevideo, en 1900, su “Resumen de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile”, y luego en esa misma capital, en 1907, el texto ampliado y actualizado de esa obra con

<sup>25</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, parte general, volumen I, undécima edición, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 137.

<sup>26</sup> Galdames, Luis, *Valentín Letelier y su obra, 1852-1919*, Imprenta Universitaria, 1937, págs. 133-134.

el título de “Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile”.<sup>27</sup>

## 5. El legado de don Valentín Letelier: La administración del Estado se rige por las normas del derecho público

Además de desempeñar la primera cátedra de Derecho Administrativo, don VALENTÍN LETELIER ejerció durante veintiséis años, desde diciembre de 1891 hasta septiembre de 1918, el cargo de Fiscal del Tribunal de Cuentas. “De esta dedicación dan fe 27 gruesos volúmenes en que se conservan los borradores de sus vistas a la Corte de Cuentas, escritos de su puño y letra, en duro papel de oficio”<sup>28</sup>, y de los cuales se extrajeron los informes que por disposición del Supremo Gobierno se publicaron en 1923 bajo el título “Dictámenes de don Valentín Letelier, Fiscal del Tribunal de Cuentas, 1891–1918”, que corresponden a una quinta parte del total de los por él emitidos durante su cuarto de siglo de Fiscal del Tribunal.

Estos “Dictámenes” recogen el pensamiento del maestro y testimonian la labor democrática republicana que cumplió el señor LETELIER en el Derecho chileno, ya que junto con demostrar en ellos su profundo conocimiento de la *res publica* del país, dan fe también de los esfuerzos que realizó por dar adecuadas soluciones jurídicas a los problemas *ius* administrativos, liberando el análisis de la Administración del Estado de las visiones privatistas desde las cuales se la examinaba por aquel entonces, para rescatar la necesidad de examinar las situaciones y relaciones jurídicas que se producen con motivo del actuar de la Administración, conforme a las normas y principios del Derecho Administrativo, compatibilizando así el régimen jurídico con el régimen político que regía al país.

¿Puede un funcionario permutar su cargo con el de otro empleado de la Administración?

“En tiempos anteriores, bajo el imperio de la legislación española, fueron muy frecuentes en América Latina, fuéronlo mucho más en la madre patria, las permutas de ciertos empleos subalternos, especialmente aquellos que la ley denominaba oficios de pluma”, por simple voluntad de los interesados, dado el régimen de venalidad que los regía, en el cual “La propiedad de los empleos públicos se parecía mucho ...a la propiedad de las cosas privadas”.

<sup>27</sup> La tercera cátedra se creó en 1969 y pasó a ejercerla, por concurso público, el autor de estas líneas. En la respectiva Acta de Concurso para proveerla, de fecha 10 de noviembre de 1969, la Comisión dejó constancia de haber escuchado “la exposición oral del candidato, en la cual demostró sólida preparación”, proponiéndolo, por unanimidad, “para ser Profesor de Derecho Administrativo”. El nombramiento se extendió por Decreto Universitario N° 2.130, de 31 de marzo de 1970.

<sup>28</sup> Galdames, Luis, *Valentín Letelier y su obra, 1852–1919*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1937, págs. 631.

“En nuestra –actual– organización administrativa, la propiedad de los empleos públicos es una propiedad instituida en beneficio del Estado antes que en el del individuo, cada servicio público está sujeto a un régimen especial de provisión de los empleos, y por regla general, donde hay jerarquía de empleados, los inferiores se nombran a propuesta de los jefes respectivos.” Para mantener el orden jurídico administrativo y evitar “las corruptelas” nacidas “a la sombra de las permutas” –por el negocio en que se incurría con la venta de los cambios de destinos–, “Sólo es necesario respetar las atribuciones de los jefes de oficinas, dejando a cargo de éstos la calificación de la conveniencia de cada permuta” (dictamen de 16 de septiembre de 1893).

Ello ha de ser así, porque el sector público está sometido a un orden jurídico objetivo. “El simple cambio del personal gubernativo, sea que se opere por obra de la ley o de la revolución, no aumenta ni disminuye las obligaciones del Fisco, el cual permanece uno e inmutable a través de todos los cambios” (dictamen de 20 de diciembre de 1893).

Ese orden jurídico objetivo está constituido por el Derecho Público.

En el caso que se examina, dice el profesor VALENTÍN LETELIER, en su dictamen de 15 de abril de 1897, el Fiscal de la Corte de Apelaciones de Santiago “quería hacer prevalecer aquellas reglas del mandato y de la agencia oficiosa que fijan la responsabilidad del mandante por actos del mandatario y la del interesado por actos del agente” por sobre las normas que se aplican “a las relaciones de derecho público que median entre el Estado y los funcionarios”, no obstante tratarse de un asunto administrativo.

“Esta tendencia no es nueva –explica–; viene de aquellos siglos remotos en que por estar confundidas todas las ramas del derecho en un solo código, no se distinguía entre lo público y privado. Durante toda la edad media se aplicaron a las sucesiones dinásticas las reglas de las sucesiones de bienes, como lo acredita la ley sálica.”

“En el presente siglo –XIX– se ha dividido la legislación de cada Estado en ramas especiales y con cada una se ha formado un código igualmente especial. Mas, la exagerada preponderancia que por interés profesional se ha dado en todas partes a los estudios de derecho privado, es causa hasta hoy de que el criterio de los civilistas predomine contra el de los publicistas aun en las más genuinas gestiones de derecho público.”

“En dictamen del infrascripto, es esta una tendencia errada, anti-científica y peligrosa” (dictamen de 15 de abril de 1897), porque unas son las situaciones y relaciones de Derecho Público y otras las de Derecho Privado.

Para solucionar adecuadamente un problema de derecho, necesario es dar aplicación a las normas de Derecho que correspondan a la naturaleza del asunto y a los principios que rigen en cada una de esas grandes esferas jurídicas. “En el derecho público –v.gr.– no rige aquella disposición del derecho civil, según la cual no puede la autoridad desentenderse del tenor literal de las leyes para consultar preferentemente su espíritu. En el derecho privado, esta figura de la ley es una garantía salvadora para los intereses

particulares. Pero en la administración pública lo que permite dar flexibilidad al derecho, amoldarlo al desarrollo social, conformarlo con las más variadas situaciones es esta facultad inherente a gobierno, la de atender más al espíritu que a la letra de la ley. Si bajo el imperio de una misma legislación no es indiferente que gobiernen radicales o conservadores, es justamente porque unos la interpretan de una manera y los otros de otra. Filosóficamente aun esta facultad de atender al espíritu de las leyes es lo que da lugar a la política que es la parte discrecional o prudencial del gobierno de los Estados” (dictamen de 11 de julio de 1892).

Siendo así, una vez “Admitida esta doctrina, no hay sino preguntarse, para resolver casos genéricos que se ofrezcan a la administración, ¿qué es presumiblemente lo que el legislador habría dispuesto si hubiera tomado en cuenta todas las circunstancias que los caracterizan?; y en seguida, si se puede consultar la voluntad presunta del legislador sin violar la ley, hacerlo así en la inteligencia de que así se da más amplitud a la aplicación del derecho y mayor duración a las leyes” (dictamen de 11 de julio de 1892).<sup>29</sup>

La Corte Suprema de Justicia aceptó la bipolaridad de la estructura jurídica del Derecho chileno el año 1938, en el fallo recaído en los autos caratulados Mario Granja con Fisco, al rechazar en vía de casación de fondo la aplicación del Código Civil a una demanda de responsabilidad extracontractual enderezada con el Fisco de Chile, por la acción lesiva cometida por un carabinero de servicio en contra de un particular.

En esta sentencia de casación, la Excm. Corte sostuvo, en efecto:

“5° Que el Estado es persona jurídica de derecho público que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes: y el Título XXXV del Libro IV del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasi delitos cometidos por sus funcionarios o agentes;

“6° Que a mayor abundamiento, el artículo 2320 del mismo Título XXXV hace responsables a terceras personas de los hechos de aquéllas que estuvieren a su cuidado; pero el carabinero no está al cuidado del Fisco ni se halla tampoco en el caso de una dependencia tan estrecha que permita estimar que aquél contaba con los medios de evitar al daño;

7° Que, por consiguiente, la responsabilidad de que habla el artículo 2320 no afecta al Estado, menos si se toma en cuenta que la disposición de dicho artículo es de derecho privado y no se aplica al vínculo del funcionario con el

<sup>29</sup> *Dictámenes de don Valentin Letelier, Fiscal del Tribunal de Cuentas, 1891-1918*, Recopilados por disposición del Supremo Gobierno y de orden del Presidente del Tribunal de Cuentas don Joaquín Aguirre Luco por los señores Eduardo Larráin Dueñas y Alberto Díaz León. Imprenta, Litografía y Encuadernación La Ilustración, Santiago de Chile, 1923. En esta obra, los dictámenes se publican por orden de fecha.

Fisco, el cual es de derecho público porque mira a las relaciones de los particulares con el Estado;

“8º Que, en consecuencia, no son aplicables en el presente juicio los artículos 2329, 2320 ni ninguno de los demás artículos del Código Civil que el recurso da por infringidos.”

Efectivamente, habría de argumentar la Corte Suprema de Justicia en los autos caratulados Klimpel, Pablo con Fisco, de 1981, el Estado puede actuar “como poder público, ejerciendo funciones que corresponden a los Poderes Públicos”, sujeto al Derecho Público, o hallarse en supuestos en que “no procede como Poder Público, sino que se desprende de su facultad potestativa para pasar a ser sujeto de derecho en iguales condiciones que su cocontratante”, “en la esfera del derecho privado”. En esos últimos casos, realiza “actos de gestión, que caen en el dominio de la igualdad de derechos entre las partes”.

Igual tesis hizo suya la Contraloría General de la República.<sup>30</sup> En su dictamen N° 13.592, de 1971, el Organismo Contralor manifestó qué, en su concepto, “en el derecho chileno se dan dos amplias esferas de derecho: la del derecho público y la del derecho privado; que las instituciones jurídicas del derecho privado no se aplican a la actuación de los entes públicos en cuanto a su organización, competencia y formalidades”; “que mientras las personas privadas se rigen por el derecho privado, particularmente el derecho civil, las personas públicas se rigen por leyes especiales, por leyes de derecho público”; lo que le lleva a afirmar, “respecto de la actuación de los entes públicos, que no son aplicables a estas actuaciones las normas del Código Civil, porque operan en otra esfera del derecho, que se fundamenta en otras razones, atiende a diversos contenidos, de otra naturaleza, y origina, por lo mismo, una sistemática distinta a la privada”, la sistemática pública administrativa.<sup>31</sup>

Es que en rigor de verdad, agregó el Organismo Contralor en su dictamen N° 22.683, de 1996, “los órganos del Estado son creados por la Constitución o por la ley para

<sup>30</sup> El artículo 6º de la ley orgánica de la Contraloría General de la República, N° 10.664, de 1964, confía a este organismo la facultad “de informar” sobre el alcance de las normas que rigen “el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización”, disponiendo en su inciso final que “sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa...”. Por eso, ha sostenido en diversas oportunidades que sus informes en derecho “son obligatorios para los servicios”, bajo pena de responsabilidad y sanción para los contravinentes. Así, v.gr., en los que llevan los Nos 2.638 y 39.086, de 1982, 14.448, de 1988, y 27.303, de 1992.

<sup>31</sup> Esta cosmovisión jurídica llevaría a diseñar al sector público como diferente del sector privado. “Puede decirse que los servicios públicos determinan el sector público frente al sector privado” (dictamen N° 23.379, de 1959). “Una sociedad anónima es particular, por más que en su constitución se hayan empleado fondos públicos” (dictamen N° 18.726, de 1973). “Si bien la personalidad del Estado es una, adopta, sin embargo, en el ejercicio de sus actividades dos formas, a saber, como administrador y como particular. Para designar al Estado en esta última forma se emplea la expresión Fisco, o sea, la persona jurídica de derecho público con capacidad patrimonial, titular del patrimonio fiscal” (C.S.J. 15 de diciembre de 1955).

Asimismo, en cuanto a la actividad, a distinguir entre los actos de autoridad y los actos de gestión.

cumplir con las funciones que justifican la existencia del Estado y pertenecen a la esencia del mismo, las cuales son de orden legislativo, jurisdiccional y administrativo. También es propio de todos ellos estar sujetos legalmente a un régimen jurídico de derecho público, que determina la organización, las funciones y la competencia del organismo estatal, es decir, el ámbito dentro del cual están autorizados para ejercer las atribuciones y los poderes jurídicos o potestades públicas de que están dotados para desarrollar su actividad y cumplir con sus fines”.