

ADVERSUS HAERESSES (1)

EDUARDO SOTO KLOSS¹

INTRODUCCIÓN

De tiempo no tan antiguo, al comienzo del despertar del pensamiento iluminista (para colocar algún hito temporal, siempre impreciso), nos viene la idea de la pretendida unidad del Derecho, quien sabe si por un mal

entendimiento del llamado *ius commune* (que incluía lo público y lo privado) frente al denominado *ius proprium*.

Hoy por una soberbia acometida iusprivatista se pretende por civilistas que ciertas instituciones del Estado se rijan por el derecho privado, sin dejar de mencionar que tal vez –insisto, tal vez- tal pretensión pueda tener ciertos visos de intencionalidad política de tipo liberal o, más bien, individualista, hablando con más propiedad, que olvida que el Estado, lo público (lo que corresponde al “populus”) y al bien común (no lo privado, sino lo común, comunidad) tienen un contenido y una finalidad diversa, dado lo necesario que es ocuparse del todo para que sus miembros puedan compartir una “vida buena”, virtuosa, como enseñaba el sabio estagirita (2).

I. UN ERROR DE FUNDAMENTO

Un error en el principio lleva finalmente a una conclusión errada. Este principio de la lógica clásica lo vemos con claridad en el planteamiento de algunos que pretenden aplicar soluciones civilistas, normas del código civil, a problemas y asuntos que son típicamente de Derecho Público, que inciden no en el bien particular de los individuos, sino en el bien de la comunidad toda.

¿Es posible aplicar al Estado y a los organismos que lo componen normas que son propias de los particulares en sus relaciones entre sí?

Hace exactamente 34 años planteaba esto mismo en una exposición en un Congreso Internacional de Derecho Administrativo realizado en Argentina (3) sobre la “Contratación Administrativa”, y en dicho ámbito concluía que tal pretensión de aplicar el código civil era “una puñalada en el corazón del Derecho”, puesto que ello llevaba a hacer primar el interés particular por sobre los de la comunidad (4).

¿Por qué digo esto? ¿Es algo que nace de una meditación puramente académica, surgida en la tranquilidad y sosiego de un cubículo universitario?

No precisamente, y rotundamente no. Hace 50 años tomé contacto con el Derecho Administrativo como ciencia en el curso del 5° año de Derecho en la Universidad de Chile, en la cátedra del profesor don Enrique Silva Cimma, que era a la sazón subcontralor de la Contraloría General de la República. Y desde esa época ha sido la disciplina a la que me he dedicado en la cátedra (5), en el ejercicio profesional (6), en la judicatura (7) y con numerosas publicaciones referentes a esta rama y al derecho público en general, tanto de doctrina como comentarios de jurisprudencia (8).

Cuanto digo es, pues, fruto de estudio y práctica, desde que el Derecho es una ciencia práctica dirigida al obrar justo de las personas y autoridades, además de un arte de decir el Derecho, esto es decir lo que es justo en cada caso concreto.

El error que se advierte en la postura que hemos referido parte de desconocer que *el Derecho es justicia*, que es el instrumento o medio más perfeccionado que los hombres han ideado para tener entre ellos una

1 Profesor de derecho administrativo Facultad de Derecho – Universidad Católica de Chile

convivencia en paz. Dada la naturaleza social del hombre es propio de él vivir en comunidad, con otros, ya en la familia, en la escuela, en el vecindario, en la ciudad, en el país, etc. Es ineludible e insoslayable esta condición social y sociable, que está dada por su propia naturaleza humana.

Si es así –como ocurre realmente en la vida de todo hombre y desde los tiempos más remotos- los hombres se necesitan unos a otros para satisfacer las necesidades, desde las más básicas hasta las más inmateriales, y en ello habrá, obviamente, intercambios de bienes y servicios, los cuales han de tener por base la justicia, esa armónica relación de igualdad entre lo que uno da y lo que uno recibe. Y es que sin justicia es imposible que haya paz, puesto que la paz es obra de la justicia, al menos la paz social en la comunidad política (9). Y es así por cuanto lo justo significa lo que se ajusta, lo que se iguala, lo que equivale, lo que armoniza una cosa con otra. De allí que al contemplar la vida de los hombres es posible advertir que tienen relaciones unos con otros y relaciones con quienes constituyen autoridad en la comunidad, con aquellos que la rigen, la gobiernan, la administran, y juzgan las disputas que se promuevan en la vida de la ciudad.

Y en esta diversidad de relaciones humanas es necesario sólo abrir los ojos para ver que en las relaciones entre los hombres entre sí se dan relaciones entre personas que están en el mismo pie de igualdad, puesto que ninguna se encuentra en una posición supraordenadora y al ser todas iguales, esos intercambios de bienes y servicios son de equivalencia, de una igualdad de conmutación –“aritmética”, diría Aristóteles- justicia conmutativa, regulación entre iguales, derecho civil, *ius privatum* –como dice la sentencia de Ulpiano que se refiere al inicio del Digesto- el cual mira a la utilidad privada, particular, propia de los individuos que como tales conforman la comunidad.

Pero también los miembros de la comunidad política tienen relaciones con la autoridad que la gobierna, que rige los destinos de ella como un todo y, dado que la misión de la autoridad es el bien de ella, el “bien común”, este bien ha de ser atribuido, repartido, distribuido, en la comunidad por esa autoridad. Es para ello, entonces, que a la autoridad se le atribuye, se le confiere, poderes de supraordenación a fin de poder realizar esa misión de distribución o reparto, sin los cuales difícilmente podría cumplir su misión. Pues bien, esa relación distributiva, de reparto, también ha de ser regida por el Derecho, por lo que es justo, pero ya no hay allí una relación entre iguales, desde que la autoridad está dotada de poderes de supraordenación respecto de los miembros de la comunidad, por lo cual no será la justicia conmutativa la que regirá esa relación (igualdad de equivalencia) sino la llamada justicia distributiva, que es la propia que ha de regir a la autoridad respecto a su misión de atribuir, repartir o distribuir ese “bien común”, justicia/igualdad que será no aritmética sino de “proporción”, según sean la calidad, la situación, el lugar, etc., de los miembros de esa comunidad.

Y esto de lo “justo distributivo” es lo que la sentencia de Ulpiano llama “*ius publicum*”, esto es aquel Derecho que mira a la “utilidad común”, la utilidad de la comunidad, del conjunto de personas que la configuran y forman, que le dan vida, y en la cual ellas han de alcanzar su mayor perfección en cuanto personas, a través de esa vida buena o virtuosa de que hablaba el filósofo (10).

El jurisprudente romano que, al parecer..., algo sabía de Derecho, advertía lúcidamente –no sólo porque eran herederos de la filosofía griega sino por su gran sentido práctico al atender a la realidad de las cosas y a la naturaleza de las personas- que si el Derecho es lo justo (*ius suum cuique tribuere/ius sive iustum*) hay un “lo justo”/Derecho para regir la utilidad privada de los particulares y otro “lo justo”/Derecho para regir la “utilidad común”, desde que hay relaciones de naturaleza distinta y de finalidades diferentes. Saber es distinguir, diferenciar y el Derecho, de suyo, es distinción, diferencias, clasificación, a fin de dar a cada uno lo que le corresponde, lo suyo (el *suum*), según su propia situación (*status*).

Y los romanos “sabían”, por lo cual lo que ha transmitido el *Digesto* según lo refiere Ulpiano, en una tradición (*tradere*) varias veces secular, es reflejo de la realidad: uno es el Derecho/Justicia que rige las relaciones equiordenadas entre personas que están en igual posición jurídica, que son iguales en sus posiciones ante el Derecho, y es el derecho de los “cives”, de los ciudadanos, en aquella terminología romana, de las personas privadas diríamos hoy, es decir el derecho privado, sobre la base del llamado derecho civil, derecho común de los privados. Pero otro, distinto y bien diferente, por su origen y finalidad, es el que regula las relaciones que existen y se dan cotidianamente entre las personas privadas o particulares “con” la autoridad que rige la comunidad en el ejercicio por parte de ésta de su función de bien común, de distribuirlo, repartirlo o

atribuirlo para el bien de los miembros de dicha comunidad en tanto miembros de ella, y este es el derecho público, Derecho/Justicia del “publicum”, del “populus”, de la “comunidad”.

De allí que las instituciones que se han ido configurando a través del tiempo tanto en uno como en otro Derecho –basado en la justicia (sin la cual el Derecho se transforma en pura fuerza o dominación de unos sobre otros)- han tenido como finalidad atender a esta diversa naturaleza de las relaciones, y aun cuando en el propio código civil aparezcan algunas normas que pretenden ser aplicadas al Estado y a la autoridad pública, ellas no encajan ni tienden a ser obra de justicia, ya que la naturaleza de la autoridad con poderes supraordenadores y con una misión intrínseca de bien común/servicialidad (art. 1º inciso 4º de la Constitución) se resisten a tal aplicación, por su incoherencia e inadaptación a la propia naturaleza de la autoridad en razón de su misión de servicio.

No en vano Ulpiano señalaba que en el ius/Derecho hay dos “*positiones*”, dos perspectivas, dos pivotes o pilares –si pudiera así traducirse-, dos pies; se asienta él sobre dos pies o bases, ambos fundamentales para poder caminar en forma normal y airosa, pero distintos, diferentes y con finalidades diversas, a saber el *ius privatum*/utilidad de los particulares, y el *ius publicum*/utilidad común, como lo indica el propio vocablo *publicum* (*publicus, poplicum, populusque, populus*), que se refiere a pueblo, a comunidad, y a comunidad política.

Este recorrido por las fuentes y orígenes, con referencia a los fundamentos, resulta básico en el Derecho, por cuanto nos conduce a las fuentes de donde surgen, nacen y desarrollan las ideas e instituciones que hoy nos rigen. El olvidar esto es la causa del por qué se incurre en errores que suelen siempre incidir en el avasallamiento de los derechos de las personas, como también pasar por alto los deberes que a éstas cumple observar para el bien común.

El derecho privado no es apto para regir a los entes públicos, a la autoridad pública, cuya misión –dada su naturaleza y función consecencial de autoridad- resulta incompatible con ellas, porque tal derecho privado no está hecho para regir relaciones de distribución de un bien que favorece y pertenece al todo, a la comunidad y a cada uno de sus integrantes en cuanto miembros de ella. Sus normas y las instituciones que se han ido configurando a su alero responden a otros objetivos, a otras finalidades, desde que su misión en hacer posible lo justo conmutativo, lo justo en igualdad de equivalencia, ya que se trata de relaciones entre iguales y dirigido “a la utilidad de esos particulares” en sus intercambios para satisfacción de sus propias necesidades como particulares.

II. UNAS MUESTRAS DE ELLO

Lo dicho, sin embargo, no parece estar muy asentado en las coordenadas jurídicas de ciertos jueces, al menos cuando –quien sabe si más bien por intereses fiscalistas o financieros que propiamente jurídicos- adoptan soluciones privatistas a temas que son intrínsecamente públicos, como la nulidad de los actos de la Administración del Estado, sea la general, de origen constitucional (art. 7º de la Constitución), sean las específicas de origen legal que abundan en nuestro ordenamiento. Ciertamente es que después de algunas muestras de servilismo al código civil, la Corte Suprema se alineó de modo definitivo en su carácter publicístico, especialmente en su carácter de nulidad de derecho público imprescriptible, que fue el aspecto más duro que vencer (11).

Sin embargo, para no dar su brazo a torcer enteramente, sacó la Corte Suprema (*Aedo Torres*) (12) la peregrina teoría de que el daño producido por la dictación y ejecución de actos administrativos nulos (nulidad de derecho público) se rige por el derecho privado, por tratarse de derechos patrimoniales y éstos tienen su regulación en el código civil (sic) y, por ende, están sujetos a prescripción. Se advierte muy claramente la incoherencia de tal postura ya que según ésta la causa está regulada por el derecho público (la nulidad del acto administrativo), pero el efecto jurídico de esta nulidad judicialmente declarada, en cuanto al daño producido por dicho acto de la autoridad estatal, estaría regulado por el derecho privado y, en consecuencia, sujeta a prescripción; de este modo, se olvida, o más bien no se quiere reconocer, que la propiedad está primeramente regida por la Constitución, y es en conformidad a ella que se regulará con posterioridad ciertos aspectos de la propiedad de los privados (13)

Más recientemente, si bien esporádicamente, la Corte Suprema ha decidido aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado y nada menos que en casos de daños producidos por el Ejército en su actividad de formación castrense a los reclutas que hacen su servicio militar, esto es a una actividad que jamás podría ser en nuestro ordenamiento realizada por los particulares, ni regida por el código civil, pues compete a una atribución específica, exclusiva y propia del Estado/Fuerzas Armadas. En igual sentido se ha pretendido aplicar el código civil a la responsabilidad del Estado/Fisco por daños producidos por personal de Gendarmería de Chile, cuya actividad es también propísima del Estado y no de los particulares (14).

Así es como se comprueba una vez más aquello que los clásicos enseñaban: “un error en el principio corrompe toda conclusión”. Ciertamente “errar es humano”, pero persistir en el error es diabólico.

Notas

1 Tomo el título de la célebre obra de San Ireneo de Lyon, teólogo insigne del siglo II, que estuvo en contacto directo con los llamados Padres Apostólicos (con San Policarpo, discípulo del evangelista San Juan); nacido en Asia Menor (tal vez en Esmirna) entre los años 140 y 160 después de Cristo, se radicó en las Galias y fue obispo de Lyon, dedicando su obra (*Adversus haereses*, en la traducción latina) a combatir las herejías gnósticas. En realidad, el título original en griego de esta famosa obra es “Desenmascarando y derrotando la pretendida falsa gnosis”. La frase del epígrafe es una respetuosa paráfrasis de aquella hermosa sentencia suya: *Gloria Dei homo vivens*, que se encuentra en dicha obra IV, 20,7 (en *Sources chrétiennes*. Du Cerf, vol 100/1965, II, 180, p.648).

2 Aristóteles, *Política*, I.1.

3 “Contratos de la Administración. Características y diferencias”, en *Contratos Públicos*. Universidades Nacional de Cuyo y de Mendoza. Mendoza 1980, 55-65. la cita en 65; ahora en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2a.ed.). LegalPublishing-Abeledo. Santiago de Chile. 2010, 485-497, la cita en 497.

Ciertamente no me refiero a aquellos preceptos que “están” en el código civil pero que son principios generales del Derecho, como diríamos hoy; pienso,

v.gr., aquello de “todo daño deber ser indemnizado por aquel que lo ha producido” (art. 2314), el cual es copia de un texto de los “Prolegomena” de su *De iure belli*, que a su vez viene del derecho romano, del “*damnum iniuria datum*” y que se encuentra en todos los pueblos, también en el *Deuteronomio*, la segunda ley, esa verdadera “constitución” del pueblo hebreo del Antiguo Testamento.

4 No digo del “Estado” sino de la “comunidad” que el Estado representa, claro está que en la medida que de verdad la represente y no sea que represente sólo los de la coalición o concertación gobernante... como tan a menudo, por desgracia, sucede en la realidad.

5 Como Ayudante ad honores desde abril 1962 en el Seminario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ayudante rentado desde septiembre 1968, Profesor Auxiliar suplente en 1970, Profesor Agregado 1971(segundo semestre), y Profesor titular por evaluación académica en 1985 en dicha Universidad; y Profesor titular por concurso público en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile desde agosto 1973.

6 A través de informes en Derecho.

7 Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (1989) y abogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2003).

8 Un listado hasta mediados de l año 2009 puede verse en *La primacía de la persona* (Editores J. L. Martínez Estay-J. Arancibia Mattar). LegalPublishing-Abeledo. Santiago de Chile, 2009, 9-34.

9 La afirmación es ya del siglo octavo antes de Cristo; vid. *Isaías*, 33, 17, y sin que –tal vez- Aristóteles haya conocido al gran profeta de Israel, lo afirma en su *Ética a Nicómaco* V, 1.

10 Vid. nota 2 supra. Valga recordar que ya las *Instituciones* de Justiniano (1.1.4) señalaba que el derecho público es el derecho que “conciene al estado de la cosa pública” / “*quod ad statum rei romana spectat*”.

11 Vid. sobre el tema y su evolución mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (nota 3 supra), 469-483. Es reconfortante saber que nuestra Corte Suprema tenía una visión mucho más acertada al respecto si se recuerda el fallo *Portales y otros con Fisco* (RDJ t.6/1908) 2. 1, 74, de 3.1.1907, en el cual se sostiene expresa y muy claramente que la responsabilidad del Estado –incluso por los daños producidos a los particulares por los beligerantes de la guerra civil de 1891- es imprescriptible.

12 *Aedo Torres c/Fisco* en Gaceta Jurídica (en adelante GJ)245/2000, 17-27 y 248/2001, 250-253; comentario nuestro en La Semana Jurídica 7 (25.12.2000/1º.1.2001), 13-15.

13 Valga señalar que la Constitución de 1833 contenía en su artículo 12 N° 5 el principio fundamental de su inviolabilidad, y el código civil vendría a regir recién en 1856, más de dos décadas después.

14 Vid. para el primer caso, entre otros, *Caro Silva c/Fisco*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia (en adelante RDJ) t.102/2005, 2.5, 1081-1084, en GJ 304/2005, 70-83; *Bustos Riquelme c/Fisco*, Corte Suprema/4a. Sala, 26.1.2005, rol 3354-03, en Ius Publicum 25/2010, 108-111, con comentario nuestro; *Seguel Cares c/Fisco*, Corte Suprema/3a.Sala, 30.7.2009,rol 371-08, comentario en Ius Publicum 25 cit.,111-112, nota 27 y en Revista de Derecho Público 71/2009, comentarios de J. M. Valdivia y C. Román.