



LECCION CUARTA.

SUMARIO.

Continuacion de los actos del poder ejecutivo.—Instrucciones.—Oficios.—Circulares á los diversos agentes del poder ejecutivo.—Nombramientos de empleados civiles y militares.—De profesores.—*Fiat* de escribanos.—Expedicion de títulos y despachos.—Destitucion de empleos.—Revocaciones.—Retiros.—Y patentes.—Disciplina administrativa.—Militar.—Y judicial.

SEÑORES.

UNO de los caracteres esenciales de las funciones administrativas es la unidad, y esta no puede lograrse sin la dependencia gerárquica y gradual que los agentes de la administracion debén tener de la autoridad superior respectiva. Esta dependencia, ligada íntimamente con la responsabilidad ministerial, exige que el agente inferior obedezca al superior, y que si no le parece conveniente obedecer, haga luego su dimision. Para mantener esta union

y conseguir esta unidad en el órden administrativo, los agentes superiores se ven en la necesidad frecuente de ilustrar á sus subordinados, por medio de oficios, circulares é instrucciones. Estos oficios, circulares é instrucciones, no son actos administrativos, son actos de gobierno, propios del poder ejecutivo, y por lo mismo no pueden ser atacados por los ciudadanos.

Cuando el gobierno dicta las medidas que estima oportunas para las mejoras morales y materiales, en la direccion de los negocios públicos, no se ocupa *especialmente* de combinar los intereses y derechos de los particulares con el interes comun, y por lo mismo no *administra*; sus actos son puramente *gubernativos*. Mas para que sean de este carácter las circulares é instrucciones, es preciso que tengan el de generalidad, que sirve siempre para distinguir al poder ejecutivo, de la Administracion activa. Si las instrucciones no son generales, sino relativas á un negocio especial, pertenecen entonces á la Administracion activa, y pueden dar lugar á recursos, de que nos ocuparemos en el lugar oportuno.

Expedidos una vez los oficios, instrucciones y circulares, deben desde luego ser obedecidas y puestas en ejecucion por los respectivos agentes, á quienes se comuniquen. Que sin suspender la ejecucion de la medida ordenada, el funcionario público advierta á su superior inmediato de las consecuencias ó de los resultados de su ejecucion, es su deber;

mas nunca podrá declarar ni aun provisionalmente, que la medida es inoportuna, é ilegal; si tal hiciera cometeria una falta grave, subrogaria su voluntad en lugar de la del principal agente responsable, y volveria ilusoria la responsabilidad ministerial.

Por nuestras leyes de 16 de Noviembre de 1824, y 24 de Febrero de 1851, se permite á los ministros de la tesorería y comisarios de guerra que representen al gobierno, cuando este mandare hacer algun pago que no esté comprendido en el presupuesto; pero que si el gobierno insistiere en que se verifique cumplan con la órden, quedando de ella responsable únicamente el ministro respectivo.

Las dos observaciones muy importantes deben tenerse presentes, que encierran la materia que examinamos en sus verdaderos límites. Es la primera, que las instrucciones ministeriales no importan una decision, ni pueden producir el efecto de cosa juzgada, de manera que impidan á las partes interesadas el ocurrir á quien de derecho corresponda. Tales medidas son simples instrucciones á los subordinados; sacándolas del círculo dentro del cual ejerce su jurisdiccion el agente de quien dimanar, no pueden tener el carácter de decisiones, ni fuerza de cosa juzgada. Así, el ministro de hacienda expide una instruccion sobre la manera con que debe hacerse el asiento de las cuotas de una contribucion, asignadas individualmente, este reglamento no priva á los contribuyentes de reclamar ante

quien corresponda, las cuotas que crean no ser conformes á la ley.

La segunda observacion es, que no deben confundirse las circulares, ó instrucciones con la ejecucion de las mismas. Aquellas no pueden reclamarse; pero si en su ejecucion se han dictado medidas que ofenden los intereses, ó hieren los derechos de alguna persona, las vias de la reclamacion ó del recurso, le estarian siempre abiertas. Nadie puede reclamar contra la circular del ministro, en que manda formar el censo de la poblacion; pero si para ejecutar esta circular, se dictan medidas que perjudican á persona determinada, esta podrá quejarse contra el acto de ejecucion.

Los nombramientos de todos los empleados de la Administracion pública son tambien actos que están reservados al poder ejecutivo. Por nuestra constitucion (1) es facultad expresa del presidente de la república hacer estos nombramientos.

Los límites y condiciones impuestas al poder ejecutivo para el nombramiento de los diversos empleos públicos, deben estar trazados en las leyes y decretos, de manera que se verifique el que su eleccion sea libre y expedita, pero con sujecion á las leyes.

Una vez hecho el nombramiento del empleado por el poder ejecutivo, sin traspasar el límite de sus facultades, ningun individuo puede reclamar

(1) Art. 110, atrib. 6 y 7.

el acto de la autoridad, ni rehusarse la instalacion del funcionario por la incorporacion á que se destine; mas esto á condicion que el gobierno se haya arreglado al hacer el nombramiento á lo que prevengan las leyes, y no se haya excedido de sus atribuciones. Si así fuere, ningun recurso, ni contencioso-administrativo, ni judicial, puede admitirse contra el acto del poder ejecutivo. Lo que hace uno de los poderes dentro de la órbita de sus facultades, no puede sujetarse al exámen y aprobacion del otro. Si el poder legislativo ó el judicial, apreciase el nombramiento para anularlo, la separacion é independenciam de los poderes quedarian destruidas. Posible es que el ejecutivo se haya engañado en cuanto al derecho que el nombrado tenga al empleo, ó en cuanto á su capacidad para desempeñarlo; pero este error no puede jamas producir un caso de competencia judicial, ni prestar mérito para entablar recurso alguno. El ministro queda sin embargo sujeto á responder ante las cámaras, y dar cuenta de cada una de sus acciones. Las cámaras pueden censurar el acto ministerial y aun negar la aprobacion al funcionario nombrado, en los casos que se requiera, como por nuestro derecho constitucional se exige la del senado para el nombramiento de los gefes de las oficinas generales, comisarios y demas funcionarios que expresa la atribucion 6 del artículo 110.

Así, pues, si el gobierno nombra un empleado en alguna oficina, un juez, un promotor; si aprue-

ba el nombramiento de un provisor, ó rehusa su aprobacion, el acto no es administrativo, y por lo mismo no es susceptible de recurso ni de reclamacion individual.

En cuanto á los grados militares, deben estos distinguirse de los empleos, ó del servicio que deben prestar los que los obtienen. Si la ley nada dispusiese acerca de los grados, sino que fuese un acto discrecional del gobierno el concederlos, entónces si el oficial reclamase el grado porque creyere que se habian despreciado sus méritos, antigüedad y servicios, su reclamacion no se admitiria; el acto del gobierno como propio del poder ejecutivo, no podria atacarse. Mas si la ley fijase la antigüedad, y determinase los méritos y servicios necesarios para obtener el grado, en tal caso el oficial por voluntad de la ley, habrá adquirido un derecho cierto á la colocacion del grado, y si el gobierno se la rehusare, este acto podrá ser reclamado por medio del recurso contencioso, como cualquier otro del poder ejecutivo, que hiera directa ó indirectamente un derecho adquirido.

Mas si la disciplina militar no se ha de desorganizar, preciso es distinguir el grado del empleo ó servicio que debe desempeñar el que lo obtiene. Si aquel debe estar colocado bajo la proteccion de las leyes, este debe quedar enteramente á la discrecion del poder ejecutivo. En Francia, disponer de los empleos en el ejército, y poner á los oficiales en no actividad por el retiro ó suspension de sus em-

pleos, es facultad discrecional del gobierno, concedida por la ley de 19 de Mayo de 1834. Por esta razon no fué admitida en 1840 la reclamacion de un capitan contra el nombramiento que se hizo, destinándolo al mando de la 7.ª compañía de veteranos; y por lo mismo no se admitió en 1842 el recurso de otro, que fué puesto en no actividad.

Donde, como en Francia, la administracion ha hecho tan grandes adelantos, donde todos sus ramos están en el mayor arreglo, y donde la serie de actos y de disposiciones, forma ya una jurisprudencia cierta y segura, casi no pueden ofrecerse cuestiones, cuya resolucion no sea fácil á la legislacion, á la jurisprudencia, ó á la ciencia.

Allá es sabido por repetidas decisiones del consejo, que el recurso contencioso no se admite contra las determinaciones de los ministros que rechazan las demandas de los oficiales dimisionarios, que piden ser reintegrados en sus empleos; allá, si se trata de penas disciplinares, la misma ley tiene establecidas las formas que deben observarse en su aplicacion, y por lo mismo si se falta á ellas en los castigos disciplinares, como estos tienen tan grande influencia en los ascensos y aun en los grados, el recurso contencioso seria permitido conforme á los principios de la ciencia, en el caso en que la ley no se observase.

Mas al aplicar entre nosotros estos principios, es necesario ante todo tener en cuenta nuestra legislacion militar, y las prevenciones constituciona-

les. Segun ellas, el presidente de la república no puede dar retiros, conceder licencias, ni arreglar las pensiones de los militares, sino *conforme á las leyes* (1). A estas, pues, debe atenderse de preferencia, en la decision de los casos que se presenten. Pasemos á hablar del empleo de profesores.

Las leyes, ó las órdenes y decretos, deben arreglar las condiciones de aptitud para el profesorado. El individuo que se ha sometido á las formas establecidas, ha adquirido un derecho, cuya violacion produciria el recurso contencioso. Segun estos principios, si el candidato tiene los requisitos que las leyes exigen, si ha sufrido los exámenes necesarios y obtenido la aprobacion, si en fin, ha cumplido por su parte con todas las prescripciones legales, y el gobierno se niega á instituirlo profesor, el recurso contencioso le será admitido. Así como careceria de él si la institucion fuere enteramente libre de parte del gobierno.

Si el nombramiento se hiciere por presentacion, en terna ó sin ella, y el poder ejecutivo rehusare admitirla, atacaria el derecho de presentar, y el ofendido tendria expedito el recurso.

En buena administracion, corresponde al poder ejecutivo expedir el *fiat* á los escribanos públicos, puesto que no es mas de la autorizacion para el ejercicio de un empleo. Y en esa autorizacion debe señalarse el distrito en que el funcionario debe

(1) Atrib. 9, art. 110.

ejercer su oficio. Mas esta autoridad no debe entenderse hasta cambiar á su arbitrio las residencias una vez fijadas. Una decision semejante violaria derechos adquiridos, destruiria clientelas, y atacaria la propiedad de los oficios. La via del recurso estaria abierta en favor del escribano cuya residencia arbitrariamente se cambiase.

Si el mismo escribano la variase á su voluntad, no hay duda que careceria de recurso contra la orden en que se le mandase volver á la que se le tenia señalada, así como si quisiese sostener que se hallaba dentro de su demarcacion, tal cuestion seria del dominio de la administracion contenciosa.

Por el artículo 81 de la ley de 23 de Mayo de 1837, se mandaba que el supremo gobierno expidiese el *fiat* correspondiente á los escribanos que habian sido creados por los Estados; y la circular de 23 de Octubre de 1841, suspendia á los que no hubieran ocurrido por dicha autorizacion. Restablecido el sistema federal, este acto de gobierno es propio del de los Estados, respecto de los escribanos que hayan de ejercer su oficio dentro de sus territorios.

Para concluir este punto sobre nombramientos, debemos sentar por regla general, que todos aquellos actos del poder ejecutivo que priven al ciudadano de un derecho inherente á su persona, son reclamables por la via contenciosa. La denegacion del gobierno á reconocer como válido un certificado obtenido conforme á la ley para acreditar la ap-

titud para el empleo; el rehusarse á expedir el despacho, título, ó diploma, despues de las pruebas y formalidades requeridas por las leyes, órdenes ó decretos, la inadmission de la solicitud de alguno que reuniese las condiciones prescritas en la convocatoria, actos serian del poder, que ocasionarian un perjuicio real en la opcion de los empleos, y que prestarian motivo suficiente para el reclamo contencioso.

Del principio que el poder ejecutivo tiene la facultad de nombrar todos los empleados públicos, no se infiere la consecuencia de que tenga tambien el derecho absoluto de destituirlos, revocar sus nombramientos, y expedirles su retiro.

Para determinar con exactitud las facultades del poder ejecutivo, relativas á la destitucion de los empleados, se hace necesario distinguir en ellos funciones amovibles, funciones inmovibles, y funciones de las cuales resultan derechos adquiridos.

Las funciones amovibles son administrativas, y tales deben ser por eso las de los ministros, procuradores generales, prefectos, sub-prefectos, y demas agentes principales directos y auxiliares de la administracion; y lo mismo debe decirse de los institutores primarios, médicos, cirujanos y farmacéuticos de los hospitales y casas de beneficencia; geómetras é ingenieros designados para el servicio de las obras públicas. La destitucion ó revocacion de estos diversos agentes es un acto del poder ejecutivo propiamente dicho, y no pueden dar lugar

à debate alguno contencioso-administrativo; solo que la destitucion ó revocacion debe ser hecha por la misma autoridad que tiene el derecho de nombrar ó de instituir.

En cuanto al ejercicio de ciertas profesiones, como la de institutor primario, es necesario distinguir el grado y cualidad de profesor, del ejercicio de la profesion, y derechos que le resultan de su nombramiento. Sin duda que el retiro del diploma ó título de profesor abriria un recurso contencioso; mas la revocacion de las funciones es un acto puramente *ejecutivo*, que no admite reclamacion.

Es evidente que el mismo poder que tiene el derecho de revocacion ó destitucion, puede con mayoría de razon suspender de sus funciones á los agentes que le están subordinados. Por nuestra constitucion (1) el presidente de la república puede suspender hasta por tres meses á los empleados de la federacion infractores de sus órdenes y decretos.

De la suspension de los funcionarios amovibles, no habrá recurso contencioso como no lo hay de su destitucion ó revocacion. Ni tampoco del acto que manda ponerlos en retiro. En este punto debe recordarse lo que ya dejamos dicho, con relacion á nuestro derecho constitucional, y es, que el presidente no puede dar retiros ni conceder licencias, sino con arreglo á las leyes. De manera, que si el

(1) Atrib. 20, art. 110.

retiro se diere contrariándolas, se atacará el derecho que de ellas mismas nace, y segun los principios de la ciencia habrá lugar al recurso.

Hay ciertos servicios públicos, cuya garantía consiste en la inamovilidad de los funcionarios que los desempeñan. Inamovibles deben ser por esta causa los magistrados y los jueces, los individuos del tribunal de cuentas, los profesores de las cátedras y los oficiales de mar y tierra, y otros funcionarios. El ciudadano investido de funciones, cuyo carácter es la inamovilidad, no puede ser destituido ni retirado por el poder ejecutivo, sino en la forma indicada por la ley. El decreto del gobierno que la infringiera, ordenando la destitucion ó el retiro de un funcionario de esta clase, heriria su derecho, el de la inamovilidad; y el acto perteneceria á lo contencioso-administrativo.

Si el gobierno no puede atacar directamente la inamovilidad de los funcionarios, prohibido debe estarle igualmente el hacerlo de una manera indirecta. No podria, respetando el carácter de juez, ó de profesor, trasladar á su voluntad de un tribunal á otro, ni de un lugar á otro diverso, á los que se hallan revestidos de tal carácter, porque ser juez ó profesor, como observa muy bien M. Sirey, no consiste solamente en tener un carácter indeleble, una especie de aptitud vaga é indefinida, para administrar justicia, ó para ejercer el profesorado, sino en ser durante la vida, y mientras no renuncie ni sea depuesto, miembro de tal corte, de tal tri-