

de tutela que como todos los de su naturaleza no admiten recurso.

Mas si hay exceso, ó abuso de parte de la autoridad administrativa, ya sea la superior, ya sea la inferior, cuando por medio de ella ejerce el gobierno la tutela, el recurso tendria lugar. Si el agente inferior, v. g. el prefecto, autoriza un acto, que solo al gobierno corresponde, ó si anulara el acto, á pretesto de la violacion de la ley cuando esta se hubiere observado, el abuso ó exceso justificaria el recurso.

El rehusar una autorizacion para seguir un litigio, puede privar al ayuntamiento ó corporacion de un derecho; en tal caso no podria privársele del recurso, para que mejor instruida la administracion otorgara el permiso, ó insistiera en denegarlo.

En cuanto á los terceros, los actos de tutela, no cambian de naturaleza. Los que contratan con las personas morales sometidas á la tutela del gobierno, deben saber que los contratos no valen sin su aprobacion; si la administracion la denegare, esta denegacion podrá herir sus intereses, pero no toca á sus derechos. La via contenciosa no les es permitida.

Aun cuando los actos de tutela sean directamente contra los terceros, sea porque autoricen á la persona moral para litigar contra ellos, sea porque aprueben un contrato que les habia sido muy perjudicial el recurso contencioso les está igualmente

prohibido por dos razones, la primera porque el acto de tutela es un acto de administracion interior; y la segunda y muy principal porque nunca los actos de tutela impiden que un tercero haga uso de sus derechos ante la autoridad judicial ó administrativa que corresponda. Los actos de tutela no son constitutivos, ni declarativos de derecho alguno; ellos no hacen sino aprobar los actos de la persona moral, para que valgan; pero por lo mismo que no tocan á la esencia de los contratos, sino únicamente á su forma, tampoco pueden cubrir los vicios que tengan en su esencia. Los actos de la administracion no son reclamables; pero el tercero tiene su derecho expedito para hacerlo valer. Así, en el caso de una venta aprobada por el gobierno, en que hubiera lesion enormísima, el acto de aprobacion no podria reclamarse, mas el comprador tendria expedita su accion para reclamar la venta ante la autoridad judicial que seria la competente en el caso.

Puede sin embargo suceder que el acto de tutela hiera algun derecho, y entonces el recurso estaria abierto. Determina la administracion la manera con que un ayuntamiento debe hacer el pago de un crédito que se le reclama, el ayuntamiento deudor nada puede oponer; mas si el acreedor ocurriera al gobierno, á fin de que dictara igual determinacion y la administracion se negara á expedir la órden, ofenderia el derecho que el acreedor tiene para que se le pague, y podria recurrir

por la vía contenciosa. Esto puede suceder aun respecto del Estado, cuando estando líquida y reconocida la deuda, el ministro se negara á pedir recursos á las cámaras para pagarla. Entre nosotros puede dar lugar á esta especie, la ley de 7 de Abril de 1850; si determinado el pago por la corte de justicia, la administracion se negara á pedir á las cámaras los recursos necesarios, ofenderia el derecho que la ley da al acreedor, y seria el caso del recurso.

Los actos de tutela pueden retractarse, antes que hayan sido ejecutados respecto de un tercero, ó como se dice en el derecho civil estando la cosa íntegra. La orden ó decreto en que se revocara la aprobacion de un contrato, antes que este surtiera efecto alguno, no podria reclamarse; mas si el contrato hubiese sido consumado, ó producido derechos, el recurso tendria lugar.

Al encargarnos de la separacion de los poderes, hablamos de la autoridad que debe conocer de las diferencias que se susciten entre los ayuntamientos ó establecimientos públicos y los particulares, sea sobre la ejecucion de trabajos ó ajustes, sea sobre el valor y la interpretacion de los actos y contratos.

Los reglamentos de la administracion pública concernientes á las cajas de ahorros, montepios y cualquiera otros establecimientos de este género, aunque sean actos de tutela, son de un orden mas elevado, y presentan un carácter mas especial que

no permite colocarlos en la clase de reglamentos ordinarios de policía. Participan á la vez de actos de tutela, y de reglamentos de policía. Los establecimientos á que se refieren interesan demasiado á la generalidad, ó á ciertas clases de ciudadanos para que la administracion deje de intervenir en la aprobacion de sus estatutos, y para asegurarse de que semejantes establecimientos prestan todas las garantías que son necesarias.

Son pues actos de la administracion graciosa, la aprobacion de los estatutos de las cajas de ahorro, montepios, bancos, y de todas aquellas congregaciones ó sociedades que la ley no autorice sino en tanto que hayan obtenido la aprobacion de sus estatutos por el gobierno. Si este la denegare, no viola ningun derecho adquirido. No hay recurso.

Segun nuestra legislacion, está prohibida, por punto general la fundacion ó ereccion de cofradías, congregaciones y hermandades, aunque sea para objetos piadosos, en que no intervenga la aprobacion de las autoridades civil y eclesiástica (1) y el escámen y aprobacion de sus estatutos ú ordenanzas.

Los actos de la administracion dirigidos á designar los límites de las demarcaciones del territorio, y á fijar el número de habitantes á cada una de ellas, conciernen al interés comun de una manera tan especial, que desde luego se advierte no

(1) Leyes 6.ª tit. 2.º lib. 1.º y 12, tit. 12, lib. 12 Nov. Recop.

pueden ser susceptibles de reclamaciones, ni recursos contenciosos.

Cualesquiera que sean los inconvenientes ó las ventajas que puedan resultar á los habitantes de un territorio, de las divisiones y subdivisiones que de él haga la administracion, y del número de habitantes que fije á cada una de ellas, tales actos no podrian someterse á ecsámen y discusion, sin traspasar los límites de los principios, y sin poner trabas á la marcha administrativa.

Todas las veces que la ley atorice al gobierno para estos deslindes, es propio de la administracion graciosa fijar los límites de las demarcaciones y hacer levantar el censo de la poblacion de cada una. Si la administracion une ó agrega las demarcaciones, y fija los límites de cada una, ni los habitantes, ni las demarcaciones limítrofes, pueden reclamar por la via contenciosa.

Tampoco podrán reclamar por el número de habitantes que fije á cada una de las divisiones; sin embargo, si esta asignacion tiene por objeto las operaciones del catastro, el censo no es entonces una simple medida de orden político, sino una medida fiscal que toca á los derechos, á los cuales debe siempre quedar expedita la via contenciosa. Así, pues, si al fijar el censo para el pago de las contribuciones directas ó indirectas, ó para el contingente del ejército, se incluyese en las tablas del censo la poblacion transitoria ó fluctuante, el recurso tendria lugar porque semejante operacion

traeria por consecuencia el aumento de la contribucion ó del contingente de hombres señalado á la poblacion. Lo mismo sucederia en el caso que el censo tuviera por objeto el establecimiento de funcionarios que debieran ser pagados por la poblacion, y no llegando esta en realidad al número señalado por la ley, se le hiciese llegar en el censo que se formara.

En esta materia de deslinde de territorios, sentaremos dos reglas, que son igualmente aplicables á los demas actos de la administracion graciosa: es la primera, que siempre que una ley ó un reglamento prescriba que para cierto acto de la administracion preceda el dictámen de algun consejo, junta ó comision, y la medida administrativa se dicta sin haberse pedido y obtenido antes el dictámen, ó si se ha obtenido, pero el consejo, junta ó comision se han formado ilegalmente, el recurso contencioso tiene lugar por el exceso ó abuso de poder. Por esta razon podria ser atacada la division de una municipalidad si la ley prescribiera, se oyera antes á su ayuntamiento y se hubiera omitido este requisito. La segunda regla tambien general para los actos de administracion graciosa es, que las leyes, órdenes y decretos de circunscripciones ó deslindes, dejan siempre salvos los derechos de propiedad para reclamarlos ante la autoridad correspondiente.

Entre las atribuciones del poder ejecutivo, expusimos en la leccion 4.^a las instrucciones gene-

rales remitidas por los agentes superiores á los inferiores; hemos dicho tambien que los actos de la administracion graciosa, llevan por su naturaleza el carácter de especialidad; ahora debemos hablar de instrucciones concernientes á un negocio especial, aun cuando este negocio sea contencioso.

En esta materia debe evitarse con cuidado, todo error y toda equivocacion, y á este efecto sentamos el siguiente principio, que procuraremos desarrollar: una *instruccion* concerniente á un negocio especial, no es una *decision*.

No puede haber duda alguna, cuando los términos mismos de la instruccion revelan el pensamiento del ministro. Prescribe en la instruccion el orden, brevedad y pasos que debe seguir un negocio que se halla en giro; ¿quién podría decir que tal instruccion decidia el negocio? Pero si el ministro se ha servido de las locuciones propias de las verdaderas decisiones; v. g., si en la instruccion ha dicho “decreta que &c., decide que &c.” es preciso entonces examinar sobre qué materia, y en qué circunstancias ha recaido la pretendida decision. Si esta se versa sobre una materia para la que el ministro es incompetente, no es ni debe reputarse decision, sino simple remision del negocio al agente inferior para que le dé el giro que las leyes tengan determinado. Se hace una solicitud ante un agente de la administracion en relevacion del pago de derechos, el agente remite al ministro de hacienda la solicitud, y este *decide que*

no debe admitirse, y la devuelve al agente; si el ministro no es el que debe decidir sobre el pago de derechos, la materia no le compete, no hay decision, es una simple denegacion, y devolucion del negocio para que se determine por quien corresponda. Da instrucciones el ministro á uno de sus agentes sobre el alineamiento de una calle y *decreta que* la línea se tire de tal manera, no hay en tal instruccion *decision* alguna que impida ocurrir al tribunal correspondiente en demanda de la indemnizacion de la propiedad; esta materia no es de la competencia del ministro.

Para conocer, pues, el verdadero carácter de la instruccion ministerial, que nunca debe oponerse con el vicio de incompetencia, es preciso observar si el acto del ministro puede ser un obstáculo que impida seguir el negocio por la via legal, sea ante los tribunales judiciales, ó ante los administrativos. Si no presenta ningun obstáculo, esto solo basta para conocer que no puede interponerse contra el acto administrativo el recurso contencioso, no solo porque entonces no hay ningun derecho herido, sino porque el indicado recurso es absolutamente inútil, puesto que la decision ministerial deja expedita la via legal judicial ó administrativa ante los tribunales correspondientes. Una vez interpuesto el recurso aun quedaria el arbitrio al tribunal administrativo de pedir informe al ministro, sobre el mérito del recurso, y sus observaciones determinarían el carácter del acto administrativo reclama-

mado, que si fuere de una simple instruccion daria por resultado la inadmission del recurso; así como por el contrario, se admitiria por abuso de poder, si se hubiese decidido sobre materia que no sea de la competencia ministerial.

Estos principios aunque se refieren mas particularmente á las instrucciones, pueden aplicarse tambien á cualesquiera actos administrativos, que bajo la apariencia de decisiones, no son sino simples autorizaciones, ó negativas á reconocer pretendidos derechos de los particulares.

El decreto del ministro de hacienda, en que rechaza el reclamo de un deudor de contribuciones contra el cual se ha proveido un auto de embargo, no debe considerarse sino como una autorizacion á los agentes del fisco para que continúen la via ejecutiva ante los tribunales pero sin perjudicar en nada los derechos del deudor. El acto del ministro no puede ser objeto de un recurso contencioso.

Segun los principios de la buena administracion, no solo debe haber un consejo de estado cerca del poder ejecutivo que lo ilustre, prepare las resoluciones de los negocios, y conserve las tradiciones administrativas, sino que por el comun interés de las grandes divisiones del territorio, deben colocarse al lado de los agentes que las presidan consejos particulares compuestos de ciudadanos que conozcan los intereses de aquellas demarcaciones. La ley debe autorizar á estos consejos para que juzguen y decidan los negocios administrativos, y

tambien puede determinar que los agentes de la administracion no resuelvan ciertos negocios sin oír el dictámen de sus respectivos consejos.

En tales casos, los dictámenes de los consejos no obligan á la administracion, ni perjudican en nada los derechos de las partes, y por lo mismo no pueden considerarse sino como actos de la administracion graciosa, contra los cuales no puede hacerse valer el recurso contencioso. Mas si el consejo á mas de la facultad de consultar tuviere la de decidir, y en un negocio en que solo fuera competente para dictaminar decidiera; ó en el que debiera decidir, dictaminara, habria en ambos casos un exceso de poder manifiesto, y el recurso seria admisible.

Sin embargo, antes de atacar la resolucion del consejo dada ilegalmente en la forma de decision ó decreto, es preciso examinar con cuidado la parte dispositiva, porque si de sus términos aparece que el consejo no ha querido dar sino un dictámen, el recurso se deberá declarar inadmisibile. Y lo mismo sucederá en el caso que el decreto no haya sido notificado, ó que en ningun caso pueda causar perjuicio alguno á la parte que reclama.

Hay en el derecho administrativo, como en el civil, ciertos actos provisionales, ciertas medidas precautorias, que aunque concernientes á un derecho primitivo ó adquirido, no prejuzgan en nada la decision principal que haya de tomarse acerca de ellos. La administracion está autorizada para ha-

cer que sin recurso, ni demora, se ejecuten inmediatamente ciertos actos que interesan al orden público ó á la seguridad de todos. La orden del respectivo agente de la administracion que manda cegar un foso abierto en un camino público, ó la disposicion para que se dé corriente á aguas estancadas, que despiden miasmas pestilenciales, son medidas que se ejecutan con urgencia, su carácter es provisorio, nada prejuzgan, ni impiden que las cuestiones de propiedad, indemnizacion, ó contravencion sean ventiladas ante quien corresponda, ni contra ellas se admite recurso contencioso.

Un taller que acaba de ser destruido por una explosion, comienza á reedificarse, y el agente de la administracion temiendo que el taller sea peligroso, suspende la obra, mientras se examina el negocio. Esta decision es provisional, y no puede atacarse por la via contenciosa. Lo mismo sucede con todas las medidas provisionales y de urgencia que puede exigir la vigilancia que debe tenerse sobre el laborio de las minas.

Hay ciertas decisiones administrativas, de otro género, completamente inofensivas, preparatorias, y de precaucion, que tampoco admiten recurso. Tiene un particular que demandar á un ayuntamiento el pago de una cantidad que le está debiendo, y la administracion manda que se procure que el acreedor entre en convenio con el ayuntamiento; el propietario de un canal hace una reclamacion con motivo de otro que se proyecta y el

gobierno antes de decidir, manda hacer un reconocimiento del terreno en que deba abrirse el nuevo canal; el ministro de hacienda ordena que se retenga la suma debida á un empresario de obras públicas, hasta que se liquide su cuenta; son todas estas disposiciones puramente preparatorias que no ofenden ningun derecho, y que no pueden ser reclamadas por la via contenciosa.

Tampoco pueden serlo las notificaciones que manda hacer del dictámen de una comision el ministro de hacienda, ni las órdenes por las cuales los agentes de la administracion mandan cumplir los decretos ó resoluciones del gobierno.

Si las decisiones de gracia no admiten recurso, menos lo admiten los actos de instruccion que les preceden. Se llaman actos de instruccion graciosos, aquellos que tienen por objeto ilustrar la materia de gracia de que se trata antes de llegar á su decision. En general los actos de instruccion sobre cualquiera materia no dan lugar al recurso, cuando nada prejuzgan, y es por lo mismo evidente que menos pueden admitirse si la materia es de gracia. El poder administrativo tiene indudablemente derecho de instruirse y como estos actos en nada perjudican á la cuestion principal, no se da contra ellos el recurso.

Consulta la administracion al consejo, antes de resolver sobre una concesion; para determinar acerca de otra se pide informe á alguna oficina; se forma el proyecto de reglamento sobre las aguas,

y aun no se autoriza; se manda hacer el reconocimiento por peritos de alguna cosa, que se propone en cambio por otra del Estado; en todos estos actos y otros semejantes que se dirigen únicamente á ilustrar el asunto, no puede permitirse el recurso, y esto es tan claro, que seria por demas detenernos en esta materia. Pasemos á hablar de las excepciones.

En la leccion 5.^a expusimos en general, la doctrina acerca de las excepciones; ahora hacemos aplicacion de los principios á los objetos propios de la administracion voluntaria ó de gracia. Es la excepcion en tales asuntos la declaracion que hace la ley de que es de gracia, una materia que por su naturaleza es contenciosa. Tal negocio, segun los principios que la ciencia establece, pertenece al dominio de la administracion contenciosa y debiera por lo mismo tener un recurso; pero el legislador ha concedido á la autoridad administrativa un derecho absoluto para decidirlo sin recurso, ni discusion, el negocio habrá pasado de la clase de contencioso á la de gracioso, sin mas razon que la de Estado, y la voluntad de la ley, que habrá establecido una excepcion. Toda excepcion, es pues, una disposicion de la ley contraria á los principios de la doctrina.

Y puede ser dos maneras, absoluta ó relativa: excepcion absoluta es la que la ley establece con anterioridad á todo hecho especial, y se versa particularmente acerca de los actos que ejerce el eje-

cutivo por encargo del legislativo; y relativa la que la ley declara con relacion á hechos especiales, pero siempre en una posicion determinada de antemano por el legislador. El desarrollo de esta doctrina la aclarará suficientemente.

En la excepcion absoluta, el poder se encuentra armado de un derecho preexistente para decidir sin discusion alguna llegado el caso que debiera dar lugar á ello. Esto se advierte en el poder de policia.

El poder de policia administrativa, que tiene por objeto velar por la salud y seguridad públicas, se extiende sobre todos los ciudadanos, no hay poder que toque mas de cerca, ni con mas frecuencia los derechos de los particulares, él restringe la libertad de la industria fijando el modo con que debe ejercerse y estableciendo los requisitos que juzga necesarios; él limita la libertad personal de traslacion exigiendo pasaportes para pasar de un punto á otro; él hiere los derechos de propiedad, imponiendo á los propietarios la servidumbre de limpiar, de no levantar mas alto, de recibir en las paredes tubos que conduzcan la agua de las fuentes, &c., &c., y sin embargo las órdenes relativas á estos objetos, no admiten contradiccion, ni recurso. Si lo admitieran, la policia no seria posible. Estas órdenes se juzgan emanar del legislador mismo, por cuanto ó tienden á ejecutar las leyes, ó son actos para los que expresamente está autorizado el ejecutivo. Son otras tantas excepciones ab-