

Agustín A. Gordillo

TRATADO
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

PARTE
GENERAL

TOMO 1



944

S MACCHI

AGUSTÍN A. GORDILLO

Tratado de Derecho Administrativo

PARTE GENERAL

TOMO I

Segunda Edición

 **EDICIONES MACCHI**

BUENOS AIRES - BOGOTA - CARACAS - MEXICO, DF

Capítulo II

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El derecho administrativo en el Estado de policía

El derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento mismo del Estado (1). Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados.

1.(1) Por ejemplo, señala BODENHEIMER cómo pueden encontrarse normas propias de derecho administrativo ya en el mismo derecho romano: BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, ps. 260 y ss.

Susygnat
abacillos
 L
Policia
ADPA

Históricamente esta época coincide en su mayor parte con la de las monarquías absolutas (2), dando origen de tal modo a una serie de principios jurídicos idénticos; *quod regis placuit legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire.*

Tal vez, como señala MERKL, podría decirse que en esta época el derecho administrativo se agota en un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado para administrar (3); no se reconoce ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano (4); el individuo es contemplado como un objeto del poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él.

Esta concepción del Estado y de sus relaciones con los administrados ha sido denominada, particularmente con relación a sus últimas manifestaciones, *Estado de policía* (5). En el Estado de policía, en consecuencia, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podía perseguir y en cuanto a los medios que podía emplear, mal podía desarrollarse una consideración científica de ese poder. No creemos que pueda afirmarse lisa y llanamente que no existía un derecho

199
Tenho

1.(2) Esto no es una regla, pues también puede hablarse de sistemas similares en cuanto a la negación de los derechos individuales bajo regímenes políticos diversos. Ver GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, ed. Tecnos, 11ª ed., Madrid, 1989, ps. 56 y 57; MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 95; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 118.

1.(3) MERKL, *op. cit.*, ps. 95 y 96.

1.(4) El principio era que "no existen reglamentos que sean obligatorios para la autoridad frente al súbdito": MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 50; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, 1968, ps. 32.

1.(5) Del alemán, *Polizeistaat*. En otras palabras, como dice MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 35, "Es la lucha entre el rey y el pueblo". Ver también *op. cit.*, 9ª ed., Madrid, 1985, p. 35.

público
 ese pri
 él emar
 aunque
 lacione
 guna g
 tía un:

2.

2.1. L.

Con
 históri
 los De
 del si
 tica, q
 y los
 Se
 te suc
 obviar
 histor

1.(6)

1.(7)

Introdu

Firenz

2.(1)

Observ

vo y E

y ss.,

2.(2)

público

público, como por ejemplo dice MAYER (6), pues incluso ese principio del poder ilimitado, y las normas que de él emanaran, constituyen un cierto ordenamiento positivo, aunque "no eran obligatorias para el gobierno en sus relaciones con los súbditos; no constituían, para éstos, ninguna garantía" (7), en todo caso, es claro que no existía una rama del conocimiento científico en torno a él.

AG:
Mayer no
Estable de
Política se
pale dije
que había
un país
Público

2. Su primera evolución en el nacimiento del constitucionalismo: lentitud e imperfección de los cambios

2.1. La evolución inconclusa

Con el nacimiento del constitucionalismo, con la eclosión histórica de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se acelera y demarca a fines del siglo XVIII un proceso de cambio en la vida política, que afectará radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes (1).

Se ha puntualizado la necesidad de no hacer de este suceso histórico una simplificación excesiva, ya que obviamente no es sino un punto de inflexión en una larga historia que no empieza ni termina allí (2); en realidad,

1.(6) MAYER, *op. cit.*, p. 56 y nota 12.

1.(7) RANELLETTI, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 398; LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, ps. 177 y 178.

2.(1) Para una versión crítica de este enunciado ver GROISMAN, ENRIQUE, *Observaciones críticas sobre la relación entre derecho administrativo y Estado de Derecho*, "RADA", N° 18, Buenos Aires, 1977, ps. 31 y ss., 34 y 35.

2.(2) GROISMAN, ENRIQUE, *Significado y caracteres de una administración pública regulada por el derecho*, Buenos Aires, 1976, ps. 2 y ss.

cabe aún más subdistinguir muchas etapas históricas del derecho administrativo en el pasado (3), pero de todos modos el valor demostrativo del comienzo del constitucionalismo moderno no puede ser desconocido.

Tanto es ello así que recién en este siglo comienza a verificarse el reconocimiento supranacional de determinadas garantías y libertades, por ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que nuestro país ratifica, *sometiéndose a la jurisdicción supranacional*, recién en el año 1983. He ahí otra etapa que recién comienza y llevará muchas décadas afirmar (4).

Por lo que respecta al proceso que se acostumbra mostrar como iniciado con el constitucionalismo, ya no se podrá decir que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino por el contrario podrá postularse la conjetura de que existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer porque son superiores y preexistentes a él.

Comienza o se acentúa una nueva etapa de la larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder (5).

En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado, y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos, y de construir los principios con los cuales ella se rige.

2.(3) GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1970, ps. 9 a 62, analiza separadamente el derecho romano, el medieval y los siglos XVIII, XIX y XX.

2.(4) Ampliar *infra*, cap. V, número 1.2.

2.(5) Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1979.

No fu
"Estado
respecta
cional n
aspectos
formal y
Estado r
de una
que no t
ahora (6
dencia (6
etcétera

De ta
bían con
importa
tuir del
de esto

2.2. Los

2.2.1.
podía en

2.(6) JE
*contre l'ar
Dabin*, Br
Pages de

2.(7) JE
*sur le recu
t. II, p. 3:
administre
do, N° 31,*

2.(8) N
to de Estu

2.(9) JE
*ministrati
ps. 27 a 36
1980, tom*

Lo aquí
uno de
oposición
el artículo
de la Constitución

Ampliar
DA contra
el poder

No fue fácil, sin embargo, la lenta evolución desde el "Estado de policía" al "Estado de Derecho", en lo que respecta al derecho administrativo. El cambio institucional no se produjo de un día para otro y en todos los aspectos, ni está todavía terminado. El reconocimiento formal y universal de los derechos del hombre frente al Estado no hace más que marcar uno de los grandes jalones de una evolución histórica que se remonta más atrás y que no termina tampoco allí, y ni siquiera ha terminado ahora (6), sea por cuestiones imputables a la jurisprudencia (7), a la doctrina (8), a ambos (9), al legislador, etcétera.

De tal modo, algunas doctrinas y principios que habían comenzado a nacer con anterioridad ganaron mayor importancia y alcance, sin llegar sin embargo a sustituir del todo a las viejas concepciones. Varios ejemplos de esto pueden demostrarlo.

2.2. Los principios del pasado

2.2.1. La indemandabilidad del soberano. El soberano no podía en el Estado de policía ser llevado ante los tribuna-

2.(6) JEAN RIVERO, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, "Mèlanges Jean Dabin", Bruylant, Bruxelles, 1963, ps. 813/836, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, tomo I, L.G.D.J., París, 1980, ps. 563/580.

2.(7) JEAN RIVERO, *Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir*, en el libro *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; *Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif*, aparecido en *Études et Documents*, Consejo de Estado, N° 31, París, 1979-1980, ps. 27 a 30.

2.(8) *Nuestra Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, ps. 27 a 30.

2.(9) *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, *Études et Documents*, Consejo de Estado, París, 1955, ps. 27 a 36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, L.G.D.J., París, 1980, tomo I, ps. 63 y ss.

les como un litigante común, y tampoco pudo serlo el Estado moderno durante mucho tiempo, exigiéndose en nuestro país hasta 1900 contar con una venia especial del Congreso (10); de todas maneras, aun superado ese aspecto del problema (11), todavía cuesta demandar al Estado (12) y hay escasísimos jueces antes quienes hacerlo, con lo cual la denegación de justicia se produce materialmente.

2.2.2. *La irresponsabilidad del soberano.* El Rey "no podía dañar", esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también el Estado constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable por los perjuicios que sus órganos ocasionaran, y recién en 1933 la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado (13), la que todavía hoy dista bastante de ser plenamente satisfactoria (14).

2.2.3. *Los actos del príncipe.* Correlativamente con lo antes recordado, el acto del príncipe era como un acto de Dios, por encima del orden jurídico; su versión en el Estado constitucional fue la teoría de los "actos de

2.(10) Nuestro artículo *La reclamación administrativa previa*, "El Derecho", t. 6, 1963, ps. 1.066 y ss. y en el libro *Procedimiento y recursos administrativos*, 1ª ed., Buenos Aires, 1964, ps. 205 y ss.; 2ª ed., Buenos Aires, 1971, ps. 477 y ss., notas 1 a 4.

2.(11) Dada la evolución legislativa, no hemos reiterado la historia del tema en el t. 4.2., *Procedimiento y recursos administrativos. Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Macchi, Buenos Aires, 1982, capítulo XII, limitándonos a explicar el sistema actual ... que desde luego no siempre funciona eficazmente en la práctica tribunalicia.

2.(12) Ver nuestro libro *Derechos Humanos*, op. cit., cap. V.

2.(13) En el conocido caso *Devoto*. Sobre el tema ampliar en el tomo 2 de este *Tratado de derecho administrativo*, cap. XX.

2.(14) Ampliar en REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1973.

imperio", primero, y de los "actos de gobierno" o "institucionales" (15), después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas teorías, a pesar de la manifiesta desubicación histórica y jurídica de ellas.

2.2.4. *La doble personalidad del Estado.* En la época de las monarquías absolutas, en que el rey era indemandable, irresponsable, etcétera, se ideó la teoría del "Fisco", que venía a constituir una especie de manifestación "privada" del soberano, colocada en un plano de igualdad con los administrados; de este modo se atemperaba en parte el rigor de la concepción soberana del rey (16). Suprimido el Estado de policía, abandonada la monarquía absoluta como forma de gobierno, no cabía sino llegar a la conclusión de que toda la personalidad del Estado era la misma, y no precisamente igual que la del rey, sino que la del "Fisco".

Sin embargo, casi todos los autores hablaron también de una "doble personalidad" *del Estado*, como poder soberano y como sujeto de derecho; recién en los últimos años los autores argentinos han abandonado la distinción, pero todavía resta algún sostenedor de la concepción antigua (17).

2.2.5. *La "jurisdicción administrativa".* En la vieja época monárquica, existía la llamada "justicia retenida": el so-

2.(15) Los "actos de gobierno" o "institucionales" son actos del Poder Ejecutivo que no pueden ser impugnados judicialmente, del mismo modo que los actos del príncipe no podían ser llevados a la justicia. Para una crítica más detallada, ver *infra*, *Los actos de gobierno*, capítulo XIV, del t. 2, *Parte General de este Tratado*.

2.(16) En este punto ampliar en SOTO KLOSS, EDUARDO, *Sobre el origen de la "teoría del fisco", como vinculación privatista del príncipe*, en "Revista de Derecho Público", Santiago de Chile, 1971, número 12, ps. 63 y ss.

2.(17) Para un crítica de dicha teoría, ver *infra*, cap. III, nros. 8 a 12.

berano decidía por sí las contiendas entre partes; luego se pasa a la "justicia delegada", en que el rey "delega" la decisión a un consejo, que sigue dependiendo de él, sin tener verdadera independencia como un correcto tribunal de justicia. En el Estado moderno existen tribunales, como también lo existieron en algunas monarquías, pero la legislación o los autores tratan a veces de otorgar a la administración, contra toda lógica, alguna parte del ejercicio de la jurisdicción, produciéndose así la contradicción de la llamada "jurisdicción administrativa"; es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración ejerza atribuciones que le corresponden al otro poder. La doctrina argentina está bastante dividida al respecto, si no en el aspecto teórico, por lo menos en el práctico (18).

A su vez, la cantidad de jueces es tan exigua en materia administrativa (19), como para cuestionarse si en verdad existe jurisdicción a la cual acudir en procura de justicia contra la administración pública.

2.2.6. *Poder de policía.* En el Estado de policía se hablaba de un "poder de policía", que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente; al pasarse al Estado de Derecho la noción fue falseada (20)

2.(18) Ver *infra*, capítulo VIII, *Las funciones del Estado*, nros. 8 a 20; IBAÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Buenos Aires, 1972, ps. 135 y ss.

2.(19) En 1987, un juez por millón de personas en la Capital Federal y Gran Buenos Aires, cuando en materia penal hay uno cada 50.000 personas. Nos remitimos a nuestro libro *Derechos Humanos, op. loc. cit.*

2.(20) Esto es, quedó empíricamente demostrado que era una hipótesis o conjetura autoritaria, por lo tanto falsa en un Estado de Derecho.

Citas

en
toc
fur
en
aq
del
má
o r
cia
cor
dep
to
de
age
abs
sien
axi
la
de
cion
a c
so
es
pru
I
poc
2
ta
2
las
sent
mas
inve

en cuanto al empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurídico no fundado conceptualmente y que frecuentemente desemboca en abusos (21).

2.2.7. *Otras hipótesis en las etapas históricas.* Lo hasta aquí expuesto en cuanto a los rasgos jurídico-políticos del poder absoluto en el Estado de policía, por lo demás debe también completarse con la función —positiva o negativa— del Estado en el proceso económico y social. La llamada idea liberal-burguesa del Estado lo idealiza como un Estado árbitro, imparcial, prescindente e independiente, pero en realidad no siempre lo fue, y esto se manifestó en intervenciones autoritarias en favor de determinados intereses o clases sociales.

Citas
La concepción del Estado y de la administración como agentes del "bien común" o el "interés público", dada como abstracción permanente y generalizada (todo Estado sirve siempre al bien común) es una idea que no puede aceptarse axiomática o dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria de que el Estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: habrá que analizar qué intervenciones realiza o deja de realizar, qué modalidades adopta, a qué intereses sirve, para poder evaluar en cada caso el tipo de intervención o abstención. En otras palabras, es siempre necesario poner las hipótesis o teorías a la prueba de los hechos (22).

La experiencia demuestra que en este aspecto tampoco se produce una transformación fundamental entre

2.(21) Ver *infra*, capítulo XII, *El poder de policía*, tomo 2 de esta obra.

2.(22) Es "regla según la cual deben emplearse lo menos posible las hipótesis auxiliares ...: me importa mucho su sencillez —en el sentido de gran contrastabilidad— ... mantengamos el número de axiomas ... lo más pequeño que podamos" (KARL POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1971, *op. cit.*, ps. 254/5).

el viejo Estado absolutista y el Estado que sucede al constitucionalismo liberal: es sólo más adelante en el tiempo que comenzarán a operarse los primeros cambios en la concepción económica y social del Estado. En un primer momento ello no fue así; incluso ha llegado a sostenerse que "la declaración de derechos de la revolución francesa consideró al Estado un aparato creado para garantizar y tutelar los derechos del hombre y *en primer lugar los derechos civiles*" (23), esto es, los derechos de propiedad. Con todo, no debe olvidarse el valor histórico que significa haber abandonado el principio absolutista del poder y reconocer la existencia de, cuanto menos, derechos políticos del habitante frente al poder.

Posteriormente, en los estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración de antaño: en el siglo XIX ésta "respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico", mientras que luego, en la primera mitad del presente siglo, "estos dos postulados se han, en cierto modo, invertido: el liberalismo se ha introducido en el orden político y la autoridad en el orden económico" (24).

Finalmente, en las postrimerías del siglo XX parece advertirse una nueva evolución, buscando el liberalismo tanto en lo político como en lo económico, luego de haber advertido los efectos a veces indeseados e imprevistos de muchas intervenciones económicas realizadas en el pasado. Muy posiblemente no se produzca una realización de ese doble liberalismo, y se mantenga una dosis, tal vez decreciente, de intervención estatal y por ende autoridad en la economía, sin perjuicio de mantenerse al

2.(23) STUCKA, PETR I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Turín, 1967, p. 264.

2.(24) Así lo expresaba desde las primeras ediciones RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, por ejemplo en la 4ª ed., París, 1970, p. 23. La formulación es análoga, pero no igual, en la 12ª ed., Dalloz, 1987, p. 29.

menos a nivel de los principios el indispensable postulado de la libertad política.

3. *El derecho administrativo en el presente*

3.1. *El estado actual de la evolución histórica*

¿Qué importancia tiene destacar todo esto? Simplemente, advertir que si realmente nos ubicamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, *no podemos de ningún modo mantener las hipótesis que se construyeron para esta última y que sólo con ella tienen sentido y fundamento empírico.*

Ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aún ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Con todo, son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espúreo del pasado; la irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas como erróneas, denunciar su filiación histórico-política y su falsedad en el confronte con los hechos, y en función de ello suprimirlas cuando corresponda, para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho.

Desde ya, es innegable que la tarea no es fácil; que tal vez nunca llegue plenamente la madurez política y el carácter científico pleno del derecho administrativo; que siempre quede en él algún resto de autoritarismo, de absolutismo, o de cualquier tendencia de fuerza.

Por lo que hace al estado actual del problema, puede decirse que en nuestro país sólo la primera de las teorías antiguas de la monarquía absoluta está abandonada: la indemandabilidad del soberano. Ello se ha

logrado porque se dictaron dos leyes especialmente para solucionarlo (1) y aún así, no en forma cabal, porque todavía una de esas leyes dispone que la sentencia que se dicte contra el Estado, si es condenatoria, tendrá mero carácter declarativo ..., es decir, no puede ejecutarse coactivamente (2).

En lo que respecta a las demás teorías, el panorama es desolador: todas tienen uno o más sostenedores en el momento actual, y en mayor o menor medida se intenta siempre aplicarlas. Una de las empresas que este tratado acomete es insistir una vez más en el intento de erradicarlas (3).

3.2. Nuevo impulso del derecho administrativo

Pero, soluciónense o no esos problemas, sea el derecho administrativo realmente propio de un Estado de Derecho o sea un conjunto de normas *atadas al marco de un Estado de policía*, el mundo no se detiene. Si con optimismo pensáramos que pronto el derecho administrativo se liberará de sus viejas concepciones, tocaría entonces empezar a considerar los múltiples nuevos problemas que la vida moderna presenta; pues aunque la *disciplina jurídico-administrativa* no haya cambiado demasiado, la sociedad y la administración sí lo han hecho y lo seguirán haciendo y en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del derecho administrativo (4).

3.(1) Leyes 3.952, del año 1900 y 11.634, de 1934. A lo que cabe agregar ocasionales leyes y decretos de facto que "suspenden" juicios.

3.(2) Ley 3.952, art. 7º.

3.(3) Algo de ello hemos intentado reseñar en nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, ps. VII a XVI.

3.(4) RIVERO, *op. cit.*, 10ª ed., p. 26. Ver también RAMÓN MARTÍN MATEO, *Futurología y administración pública*, "REDA", Nº 23, ps. 517 y ss.

4. *Del presente al futuro en el derecho administrativo*

No habiendo solucionado todavía el derecho administrativo los problemas recibidos del pasado, y siendo su presente por lo tanto anacrónico en muchos aspectos, ocurre aún más que se acerca a él un futuro intenso y lleno de cambios, para los cuales esta rama del derecho ni siquiera se prepara con pasos inciertos. El Estado cuya función administrativa se trata de regular, se encuentra junto con la sociedad en un constante devenir, y se advierten claramente tanto los cambios que él mismo sufre, como los cambios que a través de él se intenta introducir en las estructuras económicas y sociales heredadas del pasado, tanto lejano como inmediato (1).

La transformación en países como el nuestro parece ser intermedia y desfasada casi siempre en algunas décadas al menos. Así, en materia económica los últimos cincuenta años han visto que:

1º se ha ensayado con formas embrionarias de planificación (2), sin llegar al desarrollo jurídico (3) ni legislativo (4) o práctico de la misma;

4.(1) Ver nuestra conferencia inaugural *Presente y futuro del Derecho Administrativo en Latinoamérica*, en el libro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Bogotá, 1978, ps. 24 y ss.

4.(2) Nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, y antes *Introducción al concepto de planificación*, "Revista de Administración Pública", N° 21, Buenos Aires, 1966, ps. 7 y ss.

4.(3) Nuestro libro *Introducción al derecho de la planificación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982; nuestro artículo *Aspectos jurídicos del plan*, en la "Revista de Ciencias Jurídicas", San José, Costa Rica, N° 12, 1969, ps. 63 y ss.

4.(4) Nuestro artículo *La planificación y el Poder Legislativo*, en el libro de Homenaje a SAYAGUÉS LASO, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, 1969, t. III, cap. 67, ps. 245 y ss.

2º) se han incorporado al sector público del Estado sectores determinados de la producción (5), que luego se trata de privatizar (6);

3º) se toma como función del Estado la de intervenir en la distribución de la riqueza (7), pero se repiensa la cuestión cuando se advierte que ello desalienta la inversión interna y externa y contribuye a la fuga de capitales;

4º) se promueve la industria nacional en desmedro del inversor extranjero, con precios al consumidor más altos que los internacionales, pero cuando algunas décadas más tarde se advierten los efectos negativos para la modernización industrial y los consumidores, se intenta realizar la apertura de la economía;

5º) se adopta la idea de la propiedad en función social como meta (8), etcétera.

6º) Paralela o posteriormente, se reflexiona pues sobre la eficiencia y la eficacia de los medios empleados y los resultados obtenidos, y afloran o se enfatizan como temas de nuevo cambio: la desestatización, desregulación, des-

*Una o dos de pñdub (moll)
y. as ocilop into loglusa e
desencuentro*

4.(5) Nuestro libro *Empresas del Estado*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1966; y *El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina*, "La Ley", tomo 141, Buenos Aires, 1971, ps. 1030 y ss.

4.(6) ACHIM VON LOESCH, *Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Ein überblick über die Argumente*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1983; HORACIO BONEO (editor), *Privatización: del dicho al hecho*, ed. El Cronista Comercial, Buenos Aires, 1985.

4.(7) *Infra*, capítulo III, acápite III.

4.(8) Ver nuestro artículo *Expropriation in Argentina*, en el libro *Expropriation in the Americas*, dirigido por ANDREAS F. LOWENFELD, Nueva York, Cambridge University Press, 1971, ps. 11 a 48.

burocrat
etcétera

La bú
de las ic
trastaci
lucha de

7º) Co
mayor o
1930-19
micamer
la admin
revaloriz
un relat

4.1. La
econ

4.1.1.
Donde p
ticular, i
vidad de
mico: de
través d
y desde
de empre
cisivame
nes y se

4.(9) E
cratizaci
conoceme
sobre el o
240 y ss.

4.(10) A
Ein überb

4.(11) :

4.(12)
en el proc
nificación

burocratización (9), desnacionalización, privatización (10), etcétera.

La búsqueda del punto de equilibrio y la contraposición de las ideas es así constante; lamentablemente la contrastación empírica es poco frecuente, y se prefiere la lucha de ideas axiomáticas (11).

7º) Con distintas modalidades y particularidades, con mayor o menor éxito y eficacia, se evidenció en el período 1930-1980 un progresivo abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder, y a partir de 1980 un relativo retorno al pasado.

4.1. *La intervención reguladora del Estado en la economía: marchas y contramarchas*

4.1.1. *Acción y regulación. Privatización y desregulación.* Donde primero se advierte, desde la crisis de 1930 en particular, una importante mutación en la estructura y actividad del Estado es en su actuación en el campo económico: desde afuera del proceso económico, *regulándolo* a través de normas que son de derecho administrativo (12) y desde *adentro* a través de la acción de múltiples formas de *empresa pública* que de una u otra forma influyen decisivamente en el proceso, asumiendo la producción de bienes y servicios.

4.(9) En materia de desburocratización, descentralización, democratización, etc., una de las más acerbas críticas no jurídicas que conocemos se encuentra en LEGENDRE, PIERRE, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1979, ps. 240 y ss. No es pues para nada un tema pacífico.

4.(10) ACHIM VON LOESCH, *Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Ein überblick über die Argumente*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1983.

4.(11) Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo I.

4.(12) Ver nuestros libros *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, op. cit., e *Introducción al derecho de la planificación*, op. cit.

lo sec-
ego se

rvenir
nsa la
la in-
de ca-

lro del
s altos
as más
noder-
ealizar

ón so-

sobre
s y los
temas
n, des-

colt/
USA e
económico

nos Ai-
empre-
s, 1971,

ehmen.
1, 1983;
Cronista

el libro
ENFELD,
3.

En el primer aspecto se tratará, según los casos, del llamado simplemente "intervencionismo" del Estado en materia económica, o más específicamente en algunos casos de la planificación (13).

En el segundo caso se tratará no sólo de los entes autárquicos tradicionales, sino también de las Juntas Reguladoras, corporaciones de desarrollo, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedad anónima con control accionario del Estado, etcétera (14).

Esta intervención activa que desde luego no ha sido exclusiva de nuestro país (15), nacida a veces por situaciones de emergencia económica que el Estado no quiso dejar libradas al mercado (16), tuvo un considerable crecimiento, provocando importantes problemas de control (17).

La acción del Estado, multiplicada así a través de su intervención en el campo de la economía, presenta al derecho administrativo una realidad socio-económica muy diversa. Ya no es suficientemente representativo de la realidad estudiar la "organización administrativa" del

4.(13) *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio, e Introducción al derecho de la planificación*, obras citadas.

4.(14) Nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966; *El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina*, "La Ley", t. 141, 1973, ps. 1030 y ss.

4.(15) WITKER, JORGE, *La empresa pública en México y en España. Un estudio comparativo en derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1982; VERNON, RAYMOND y AHARONI, YAIR, compiladores, *State-Owned Enterprise in the Western Economies*, Ed. Croom Helm, Londres, 1981.

4.(16) VIDAL PERDOMO, JAIME, *Nacionalizaciones y emergencia económica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984.

4.(17) Nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, capítulos III y IV; *El control de las empresas públicas en América Latina*, "Anuario Jurídico", UNAM, México, 1981, ps. 305 a 340 y "Revista de Derecho Público", San Pablo, N° 66, 1983, ps. 5 a 33.

Estad
econó
El
parte
do se
por l
casos
del E
acció
A
nacia
23.69
han
en l
4.
man
clási
merc
penc
pres
los p
dad,
nife
do d
y so
L
soci
segu
y pe
sem
por
etc.
cas
de :

Estado; ahora hay que estudiar la organización social, económica y administrativa del Estado.

El sector público de la economía ha crecido, por una parte (empresas públicas y mixtas), y el sector privado se ha encontrado sometido a crecientes regulaciones, por la otra (intervencionismo o planificación, según los casos); el derecho administrativo que estudia la acción del Estado, no es ya, ni puede ser, el mismo, cuando la acción del Estado ha cambiado tanto.

A fines de la década del 80 se produce una fuerte iniciativa en materia de privatización y desregulación (leyes 23.696 y 23.697), pero resulta prematuro determinar si han podido constituir un punto de inflexión definitivo en la tendencia precedente.

4.1.2. *Crecimiento, redistribución, preservación.* De todas maneras debe quedar dicho que la intervención estatal, clásicamente orientada a apoyar a la industria y al comercio privados, y a la propiedad privada, a fin de propender a su crecimiento, busca en la primera mitad del presente siglo también orientar hacia la contribución a los problemas de la pobreza, la miseria, la marginalidad, la desigual distribución de la riqueza (todas manifestaciones de falta de libertad del individuo excluido de los sectores más caracterizados del poder económico y social).

La intervención del Estado no se limita a la acción social directa (promoción de la comunidad, sistemas de seguridad social, subvenciones y subsidios, jubilaciones y pensiones, sistema de medicina social, seguro de desempleo, etc.), sino que va también a la acción social por la vía económica: regulación de precios y salarios, etc., sin olvidar el manejo de variables macroeconómicas tales como la regulación monetaria y de las tasas de interés por el Banco Central, políticas de exporta-

ción e importación que determinan fuertemente el sentido y el alcance de dichas actividades, etcétera.

También aparecen preocupaciones nuevas, como la preservación del medio ambiente, en las cuales el Estado suele ir a la zaga y es en cambio la sociedad que reclama la intervención reguladora (18).

4.1.3. *Integración económica.* En otro sentido, también la intervención del Estado en el proceso económico ha llevado a una intensificación de los esfuerzos por producir integración económica (19) y jurídica (20) entre los países, con sus consiguientes problemas (21), como primera etapa hacia una futura integración de mayor grado, lo cual desde luego ha planteado desde el comienzo dudas de tipo constitucional (22).

En la medida en que la integración latinoamericana pueda ir convirtiéndose de aspiración en realidad, se producirá igualmente una modificación del derecho administrativo, haciendo crecer no solamente el campo de acción del derecho supranacional (23), sino el de la empresa pública binacional o multinacional y en general de la

4.(18) Ver MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Derecho ambiental*, Madrid, 1981; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Derecho, medio ambiente y desarrollo*, "REDA", N° 24, Madrid, 1980, ps. 5 y ss.

4.(19) GARCÍA MARTÍNEZ, CARLOS, *Integración económica entre Estados*, Buenos Aires, 1968; SIDJANSKY, DUSAN, *Dimensiones institucionales de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, 1967.

4.(20) INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, *Derecho de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, 1969.

4.(21) KAPLAN, MARCOS, *Problemas del desarrollo y de la integración en América Latina*, Caracas, 1968.

4.(22) BREWER CARIAS, ALLAN RANDOLPH, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas, 1968. Ver también *infra*, cap. V, N° 1.2.

4.(23) De los cuales el más crítico en la actualidad es el relativo al crédito externo. Ver nuestro artículo *El contrato de crédito externo*, en el libro *Contratos administrativos*, ed. Astrea, t. II, Buenos Aires, 1982, ps. 187 y ss.

actuac
acuerd
etcéter
Se t
va moc
tivos n
parece

4.1.4
cional.
embrio
tido, y
formar
fuerzo
rídico
les (27

4.2. E

Lo a
Estado
el pro
que se

4.(24
ción int
Aires,

4.(25

Reseña

4.(26

ricos y

Rica, 1

4.(27

capítul

4.(28

manist

en la "

minist

social

actuación internacional de la *empresa pública* (24), acuerdos regionales como ALALC (25), ODECA (26), etcétera.

Se trata de un lento proceso que sólo gradualmente va modificando los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales, pero cuyo fortalecimiento a largo plazo parece inevitable.

4.1.4. *Integración jurídica: hacia un derecho supranacional.* La integración de América Latina se encuentra más embrionaria que la de Europa, pero se trabaja en ese sentido, y son muchos los principios jurídicos que se han ido formando al respecto; en primer lugar, el nacimiento y esfuerzo por concretar la vigencia efectiva de un orden jurídico supranacional en materia de libertades individuales (27).

4.2. *El cambio social y la administración pública* (28)

Lo antes expuesto sobre la cambiante intervención del Estado en la economía, que es también intervención en el proceso social, haría pensar *prima facie* en un Estado que se agiganta en desmedro de las libertades indivi-

4.(24) Nuestro artículo *Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas*, "RADA", Buenos Aires, 1976, N° 11, ps. 42 y ss.

4.(25) GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *Zona latinoamericana de libre comercio. Reseña jurídica*, Buenos Aires, 1963.

4.(26) ZELEDÓN, MARCOS TULIO, *La Odeca. Sus antecedentes históricos y su aporte al derecho internacional americano*, San José, Costa Rica, 1966.

4.(27) Ver, por ejemplo, nuestro libro *Derechos Humanos, op. cit.*, capítulo II.

4.(28) Ampliar en REAL, ALBERTO RAMÓN, *Algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho administrativo contemporáneo*, en la "Revista de Derecho Público", N° 1, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1983; PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.

duales. En realidad, el desmedro parece haberlo sido del propio desarrollo que se procuraba alcanzar por tal medio.

Pero en cualquier caso, se ha ido poco a poco creando conciencia de que hay numerosos problemas sociales que tienen directa relación con la forma en que funcionan los poderes públicos, y en especial la administración pública, que tienen adecuado encuadramiento por medio de reformas en el derecho administrativo.

Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda y mucho menos si no es una autoridad electiva.

Ahora se intenta conseguir una sociedad participativa en el más pleno sentido de la palabra: participación en los beneficios de la sociedad, participación en la toma de decisiones del poder. Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: *hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder*, de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos electorales.

Aparecen así múltiples canales de participación política, no todos los cuales se han aceptado ni introducido en los sistemas políticos y administrativos vigentes, pero que necesariamente habrán de serlo con el correr del tiempo. Hemos planteado desde hace tiempo el tema (29), e insistido en él a través de artículos (30) y

4.(29) *Cauces de participación ciudadana*, en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, t. I, ps. 1057 a 1085; y en el libro *La planificación en los entes locales*, t. I, Estudios generales, Barcelona, 1971, ps. 37 a 63.

4.(30) *Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina*, "Revista Internacional de Ciencias Administrativas", Bruselas, 1981, volumen XLVII-1981, número 2, ps. 126-132.

libros (31), pero su aceptación es lenta y dificultosa, y su puesta en marcha titánica (32).

Como manifestaciones del mismo criterio rector, van apareciendo otros principios semejantes:

4.2.1. *El consenso y la adhesión.* Ya no bastan ni satisfacen la decisión "unilateral ejecutoria" de la administración, semejante a la relación jerárquica castrense: ahora se tiende a un liderazgo fundado en el consenso de los liderados o administrados, en el cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del que será objeto de la misma, como así también del funcionario que será el órgano ejecutor (33).

4.2.2. *La motivación o explicación.* Del mismo modo, lo que fue en el pasado sólo exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una "motivación" o explicación de sus fundamentos, es hoy también una exigencia política; ahora hay un deber jurídico y político, social y cultural, de *explicar* al ciudadano por qué se le impone una norma, y hay que *convencerlo* con la explicación; pues si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto

4.(31) Nuestros libros *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, op. cit.; *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; *Problemas del control de la administración pública*, Civitas, Madrid, 1982; *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1983.

4.(32) El relato de una de estas fracasadas luchas puede verse en nuestro artículo *An Ombudsman for Argentina: Yes, but ...*, "International Review of Administrative Sciences", Bruselas, vol. L-1984, Nº 3, ps. 230 y ss.

4.(33) RIVERO, JEAN, *À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration*, en "Mélanges offerts à René Savatier", Dalloz, París, 1965, ps. 821 y ss., 830.

democrático actual y futuro del ejercicio del poder (34), y de la eficacia en el cumplimiento de la decisión. Ya la democracia es no sólo un modo de alcanzar el poder, sino también un modo de *ejercicio* de él (35).

4.2.3. *La participación administrativa.* Pero aún más, se va advirtiendo que la administración no puede ni debe administrar sola: el pueblo administrativo *debe participar en la decisión administrativa misma*. "El control social permanente, su organización y difusión a nuevos ámbitos podrán asegurar una mayor democratización y una más efectiva satisfacción de las aspiraciones sociales. Si la administración pública es un instrumento para tales objetivos, debe constituir una de las primeras áreas de acción donde la participación se institucionalice" (36).

Aparecen así las comisiones mixtas en los distintos ámbitos de la administración, las comisiones administrativas paritarias, la reafirmación de las garantías clásicas del debido proceso administrativo (audiencia, discusión, etc.), la multiplicación de las técnicas consultivas, tanto a los sectores interesados como al público en general (las audiencias públicas previas a la emisión de una nueva norma reglamentaria o a la adopción de un proyecto importante), y la gestión participativa de los diversos servicios públicos; una parte designada por el poder, una parte designada por los usuarios o administrados,

4.(34) Como dice RIVERO, *op. cit.*, ps. 827 y ss., ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Se trata de superar así, a través de la explicación y la participación, "la manifiesta contradicción entre un poder forjado por ciudadanos y una Administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos".

4.(35) RIVERO, *op. cit.*, ps. 827 y ss.

4.(36) MARTÍNEZ NOGUEIRA, ROBERTO, *Participación social y reforma administrativa en la Argentina: bases para una estrategia*, en "Desarrollo Económico", número 50, volumen 13, Buenos Aires, 1973, ps. 347 y ss., p. 367.

una parte representando a otros grupos o cuerpos sociales (37).

5. Los órganos de control del proceso

5.1. La insuficiencia cualicuantitativa de los controles

Toda aquella creciente intervención y actividad del Estado, que implica cuantitativamente mayor poder de la administración, más casos de ejercicio del poder, y por lo tanto mayor probabilidad estadística de violaciones o abusos en el ejercicio de ese poder, plantea al derecho administrativo que emerge del pasado y tambalea en un presente difícil, un futuro incierto, y aún más difícil.

En efecto, mientras muchos observan acertadamente aquí y ahora la insuficiencia del control judicial de la actividad administrativa (1), e incluso la insuficiencia de los controles políticos existentes respecto de la actividad administrativa (2), otros se preocupan en cambio en pensar que los jueces no tienen suficiente mentali-

4.(37) Ver nuestro artículo *La participación administrativa*, en el libro *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, España, 1985, ps. 199 a 211; reproducido en la "Revista de Derecho Público", N° 74, San Pablo, 1985, ps. 15 a 25.

5.(1) PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, "RAP", Madrid, 1968, N° 55, ps. 65 y ss.; *Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, "RAP", 1969, N° 59, ps. 41 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Administración pública y libertad*, México, 1971, ps. 67 y ss.

5.(2) REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado*, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año XXII, enero-diciembre de 1971, Nros. 1/4, Montevideo, 1972, ps. 324 y ss.

dad de cambio como para servir al proceso que el día de mañana iniciará quizá la administración y, pensando entonces en una administración al servicio del cambio y en jueces al servicio de la reacción, propugnan una reducción de dicho poder (3). Esta no es con todo la percepción usual del problema (4).

5.2. Nuevos órganos y modalidades de control

Es claro que la cuestión reside en crear nuevos y distintos órganos y mecanismos de control, además de perfeccionar a los existentes aumentando el número de jueces en relación a la población:

1º) introduciendo el recurso o acción de anulación donde no lo hay —por ejemplo en el orden nacional—, o ampliando de otro modo la legitimación para impugnar actos, hechos u omisiones de la administración, sin perjuicio de ampliar también la legitimación para la defensa del consumidor en los casos de omisión administrativa de hacerlo (5);

2º) admitiendo en mayor grado la suspensión judicial de los actos administrativos, medidas cautelares innovativas, etc., tarea ésta en la que el Poder Judicial pareciera justificar la crítica de CORTIÑAS PELÁEZ;

5.(3) CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN, *Estado democrático y administración prestacional*, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, 1972, número enero-diciembre de 1971, año XXII, Nros. 1/4, ps. 87 y ss., especialmente p. 117, notas 133 y 134 y texto.

5.(4) BACHOFF, OTTO, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, Tübingen, 1963, ps. 41 y ss.; AIKIN, CHARLES, *The United States of North America Supreme Court: New Directions in the 20th Century*, en el libro de homenaje a SAYAGUÉS LASO, t. III, Madrid, 1971, ps. 139 y ss., etcétera.

5.(5) Que también puede reforzarse por la vía del derecho privado, como lo analiza EDUARDO POLO, *La protección del consumidor en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980.

3º) en la Argentina, dictando el siempre olvidado Código Procesal Administrativo para la Nación;

4º) creando la institución del *Ombudsman* o Defensoría del Ciudadano (6). A partir de su origen nórdico sajón (7), la experiencia comparada (8), tanto en países desarrollados (9) como no desarrollados (10) o con grados intermedios de desarrollo (11) es tan abundante (12), que constituye verdaderamente un motivo de profunda reflexión sobre nuestra aptitud de cambio el que la idea no haya aún prosperado (13);

5.(6) PADILLA, MIGUEL S., *La institución del comisionado parlamentario*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1972, y nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit., cap. V; FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, capítulo VI; MAIORANO, JORGE L., *El Ombudsman: Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1987.

5.(7) IBRAHIM AL-WAHAB, *The Swedish Institution of Ombudsman. An Instrument of Human Rights*, Estocolmo, Liber Förlag, 1979.

5.(8) ROWAT, DONALD C., *El Ombudsman. El Defensor del Ciudadano*, Ed. F.C.E., México, 1973; *The Ombudsman Plan. Essays on the Worldwide Spread of an Idea*, Carleton Library, Toronto, 1973.

5.(9) WADE, H. W. R. y SCHWARZ, BERNARD, *Legal Control of Government*, Oxford, 1962, ps. 64 a 73; DEBBASCH, CHARLES, *Science administrative*, París, 1972, ps. 641 a 651.

5.(10) ROBERT, MARTIN, *The Ombudsman in Zambia*, en "The Journal of Modern African Studies", vol. 15, N° 2, 1977, ps. 239 a 259; YASH P. GHAI, *The Permanent Commission of Enquiry*, capítulo V del libro de MARTIN (compilador), *Law and Personal Freedom in Tanzania*.

5.(11) FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *El defensor del pueblo -Ombudsman-*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982; ALVARO GIL ROBLES y GIL DELGADO, *El control parlamentario de la Administración (El ombudsman)*, 2ª ed.; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981.

5.(12) WILLIAMS, DAVID W., *Maladministration. Remedies for Injustice*, Oyez Publishing Limited, Londres, 1976; WHEARE, K. C., *Maladministration and its remedies*, Stevens & Son, Londres, 1973, etcétera.

5.(13) Nuestro artículo *An Ombudsman for Argentina: yes but ...* en la "International Review for Administrative Sciences", Bruselas, Vol. L-1984, N° 3, ps. 230 y ss.

5º) reformando el Tribunal de Cuentas de la Nación y poniéndolo a cargo de abogados, no contadores, para que su función sea acorde con el derecho vigente (14);

6º) fortaleciendo la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (15) pero exigiéndole el cumplimiento de la audiencia debida al funcionario investigado, previa a la denuncia jurisdiccional, etc.;

7º) estableciendo que en todos los órganos colegiados de la administración debe haber representación, aunque sea minoritaria, pero con voz y voto, de los usuarios del servicio y asociaciones intermedias (colegios profesionales, por ejemplo);

8º) vendiendo parte de las acciones de las distintas formas de empresas estatales al público, de modo tal que éste pueda ejercer sus derechos como accionista minoritario, y mejorar así el control empresario público;

9º) instituyendo el sistema de audiencias públicas previas a la emisión de toda norma general por la administración y a la aprobación de todo proyecto administrativo que importe la modificación del medio ambiente;

10º) decuplicando cuanto menos el número de jueces contencioso administrativos de primera instancia, cuyo número actual sí es una verdadera denegación de justicia (16).

Pero eso no es suficiente. Debe mejorarse también el proceso de selección de la judicatura, sea haciendo fun-

5.(14) Allí está a nuestro juicio la clave de los constantes desentendimientos de este organismo con el anterior. Ver lo que exponemos en el prólogo a la obra de JOSÉ RAFAEL REGODESEBES, *El control público*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, ps. IX a XIV.

5.(15) Ver también GOZAINI, OSVALDO A., *La Fiscalía Nacional de Investigaciones y el Comisionado del Congreso (Ombudsman)*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año XXV, N° 45, ps. 139 y ss.

5.(16) Nos remitimos a lo explicado en nuestro libro *Derechos Humanos*, op. cit., cap. V.

cionar el acuerdo del Senado en forma pública como en Estados Unidos, sea estableciendo la periodicidad de los cargos judiciales y su carácter electivo, sea exigiendo la previa experiencia profesional y no la carrera judicial en la cual el magistrado la experiencia que conoce es la judicial, y no la de la vida ante la administración y los tribunales; sea haciendo algo de todo eso al mismo tiempo...

Aun con las mejoras que se introduzcan al sistema de control judicial, ya está suficientemente aclarado en la doctrina y experiencia comparada la complementariedad del control judicial y del control del *Ombudsman* en cualquiera de sus versiones, cubriendo este último los casos de mala administración, abusos, arbitrariedades o injusticias, normas reglamentarias defectuosas, etc., que las cortes no llegan a controlar (17);

11º) todos ellos, y aún algunos más que se pudiera decidir crear, por ejemplo tribunales administrativos (18) a los cuales el particular pueda acudir voluntariamente y sin pérdida o desmejora de su derecho a acudir en cualquier momento a la vía judicial, sin agotar la vía del tribunal administrativo, pueden ser instituciones a partir de las cuales crear el nuevo *sistema* integrado de mecanismos de control al servicio del cambio, con un estándar mínimo, coherente y razonable, de control de *legitimidad* y *oportunidad* de los actos de gobierno.

5.3. *El sistema y los intersticios*

El desafío de la época que se avecina no es solamente crear los mecanismos que faltan o mejorar los existentes,

5.(17) Nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, cap. II.

5.(18) Nos remitimos a lo explicado en nuestro libro *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. V.

sino integrarlos en un sistema interrelacionado y armónico; eliminar las contradicciones entre ellos, las superposiciones innecesarias, los conflictos y celos superfluos, las interminables controversias interpretativas fruto de la diversa formación profesional de quienes al propio tiempo interpretan las mismas normas jurídicas, siendo unos abogados y otros contadores... y sobre todo los intersticios del control, las "tierras de nadie" por donde puedan filtrarse y se filtran efectivamente los comportamientos arbitrarios o abusivos del poder.

Por tales intersticios, en efecto, es por donde se ha filtrado nada menos que la deuda externa que el país ha acumulado sin control alguno hace algunos años, a tasas fuera de mercado, para inversiones y gastos en su mayor parte no productivos: eso ningún órgano de control consideró de su competencia verlo a tiempo como para prevenirlo (19).

Al momento de recordarlo, desde luego, la cuestión ya no es materia de órganos de control administrativo, sino de historiadores o de jueces penales. No está sin duda allí la clave de la cuestión, pues no siempre se hallará delito en los eventuales errores o incluso desatinos de las autoridades públicas. La clave está en prevenirlos, y para ello hace falta instituir el conjunto de órganos y procedimientos que hemos estado reseñando en el presente parágrafo. Ese es el principal desafío del mañana al derecho administrativo de hoy.

5.(19) Hemos explicado esto en el artículo *El contrato de crédito externo*, en la "Revista de Administración Pública", Madrid, 1982, N° 97, ps. 423 a 449; reproducido en *Contratos administrativos*, Ed. Astrea, t. II, Buenos Aires, 1982, capítulo XXIII y en la "Revista de Direito Público", año XVII, N° 70, San Pablo, 1984, ps. 5 a 27.

BASES

I. Base

1. Lit
2. Te
3. Or
4. La
- 4.1
- 4.2
- 4.3

II. Be
co

5. Pr
6. Si
7. Si
- E
8. L
- ra

Estado de
oble perso-
stado.
tado de la
eglas uni-
ividuales.
recto a la
do de
cho.
derechos
ibas.

Capítulo III

BASES POLITICAS, CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Bases políticas

1. Libertad y autoridad en el derecho administrativo

El derecho administrativo es por excelencia la parte del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. "Estado e individuo, orden y libertad: la tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble" (1); pero aunque admitamos la posibilidad de un equilibrio entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una difícil y delicada tarea.

La historia registra primero el despotismo estatal sobre los individuos; luego y como reacción, la exacerbación

1.(1) HAAS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karls-ruhe, 1955, p. 7.

de los derechos del individuo frente a la sociedad; por fin y como anhelo, el equilibrio razonado de los dos elementos esenciales del mundo contemporáneo libre: individuo y sociedad, individuo y Estado.

Pero ese equilibrio que se anhela y busca es escurridizo e imprecisable: lo que para unos representa la cómoda solución de la tensión —en cuanto ellos no están involucrados en la misma—, es para otros una sumisión o un atropello; en verdad pareciera que esa incertidumbre tiene una proclividad a resolverse nuevamente en un autoritarismo revivido. Es necesario, así, buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizarán las tensiones y contraposiciones del individuo y el Estado.

Ese equilibrio primario es equilibrio espiritual y político, es sensibilidad jurídica y humana; es preocupación constante por llenar no sólo formal sino también sustancialmente los requerimientos de la justicia.

2. Teorías estatistas del derecho administrativo

En este aspecto puede encontrarse a menudo —en libros, fallos, dictámenes—, variados reflejos de una cierta insensibilidad política y humana; de una cierta insensibilidad hacia la justicia. Cuando el que analiza la controversia concreta entre un individuo y el Estado se deja llevar por la comodidad de la solución negativa para el primero; cuando en la duda condena, resolviendo en contra del particular o administrado; cuando en la dificultad del problema jurídico se abstiene de ahondarlo y lo resuelve favorablemente al poder público, seguro de que esa sola

circu
proh
ni ar
desc
gún
como
sos -
do de
del d
hum
Ma
ser d
tado
que s
de lo
indiv
si cu
concr
o la r
dader
las d
dividu
"princ
se los
uno d
al de

2.(1
1964, 1
dar los
debidat
de esta
del De

circunstancia le da algún color de legalidad; cuando crea, prohija y desarrolla supuestas "teorías" que sin fundamento ni análisis dan éstos y aquéllos poderes al Estado; cuando desconfía, huye y niega de los argumentos que en algún caso parecen reconocer un ámbito de libertad; cuando como los débiles se inclina hacia el sol de los poderosos —en el caso el Estado—, entonces está destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: la protección de la libertad humana (1).

Más lamentable aún es que esas actitudes no suelen ser desembozadas: nadie dice abiertamente que el Estado lo es todo y el individuo nada. Incluso es posible que se exprese con vehemencia acerca de los "abusos" de los poderes públicos, y del "respeto" a las garantías individuales ... ¿pero de qué valen esas declamaciones, si cuando se trata de dar una solución a un problema concreto —a una pequeña cuestión que no decide la vida o la muerte de un individuo, pero que entraña un verdadero conflicto entre autoridad e individuo—, se olvidan las declaraciones y se resuelve fácilmente que ese individuo en ese caso no tiene razón? ¿De qué valen aquellos "principios", si luego en cada materia y cuestión de detalle se los olvida, se los contradice, se los destruye? Este es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho administrativo.

2.(1) Como dice BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 117: "Esta rama del Derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos"; "la delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho Administrativo".

3. *Orientación a seguir*

El equilibrio político, la sensibilidad jurídica, no se satisfacen con nuevas palabras sobre la libertad; deben ser el *leit motiv* de todo lo que se piensa y resuelve sobre derecho administrativo; deben ser la preocupación constante del jurista, no sólo en los grandes problemas institucionales, sino también en los pequeños y a veces tediosos problemas diarios.

¡Cuántos temas, llamativos o áridos, esconden solapadamente ese profundo desequilibrio! Probablemente pasarán siglos antes de que se los aísle y corrija; o tal vez ello no sucederá nunca; pero debe quedarnos al menos el principio rector, la preocupación constante, por insuflar ese equilibrio y esa justicia en toda cuestión que involucre una relación individuo-Estado; por revisar con criterio profundamente crítico, con la metódica duda cartesiana, los fundamentos y soluciones de cada institución o diminuta cuestión a la que nos toque abocarnos, con la atención alerta para descubrir y cauterizar esos desvíos y resabios que constituyen el trasfondo y la raigambre de la enfermedad social y política argentina.

Y encontraremos así que muchas veces es posible dar soluciones más jurídicas y más técnicas, incluso desde el punto de vista positivo, para controversias que un errado enfoque político había distorsionado y oscurecido.

4. *La división de los poderes y el derecho administrativo*

También es importante advertir acerca de la fundamental importancia política que tiene la interpretación

que s
fue c
"el p
e inte
Legis
es m
práct
deres
el eq
ocurr
deber
nuaci

4.1. J

Pu
visto
temp
—que
de los
con r
siguie
Pode
dicial
Ell
la suj
cutiv
ple p
1º)

no g
2º)

de to
vida
3º)

move

que se dé a la teoría de la división de los poderes; ella fue concebida como "garantía de la libertad", para que "el poder contenga al poder" a través del mutuo control e interacción de los tres grandes órganos del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial. Sin embargo, es muy frecuente que la teoría se distorsione, y que la práctica no ofrezca sino un remedo de la división de poderes; por ello es necesario preguntarse cuál es realmente el equilibrio previsto en la Constitución, qué es lo que ocurre en la realidad, y cuáles son las tendencias que debemos seguir o evitar. A ello nos referimos a continuación.

4.1. *Equilibrio teórico de los poderes*

Pues bien, el sistema de la división de poderes previsto en nuestras Constituciones está en principio contemplando un determinado equilibrio. En ese equilibrio —que no es necesariamente igualdad— la jerarquía relativa de los poderes puede ubicarse a nuestro juicio, y siempre con referencia a lo dispuesto en la Constitución, de la siguiente manera: el Poder Ejecutivo está supeditado al Poder Legislativo, y el Poder Legislativo al Poder Judicial.

Ello es así por diferentes razones: en primer lugar, la supremacía constitucional del Legislativo sobre el Ejecutivo se evidencia por lo menos a través de una triple preeminencia: el Poder Legislativo.

1º) Dispone qué es lo que el Poder Ejecutivo puede o no gastar, en la ley de presupuesto;

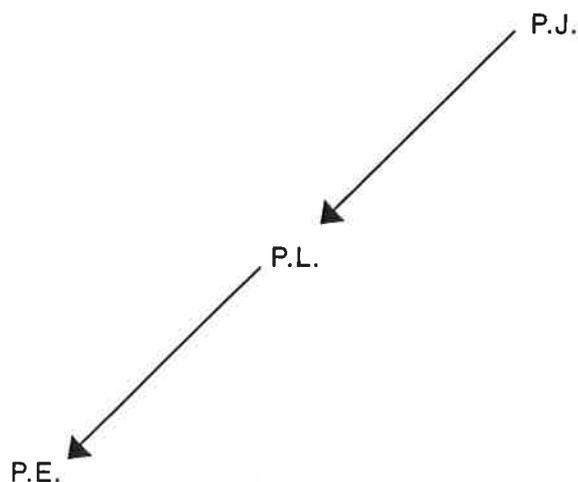
2º) dispone qué es lo que debe hacer o no, en el marco de toda la legislación que le puede dictar para regir la vida administrativa;

3º) si no está satisfecho con su gestión lo puede remover mediante el juicio político;

4º) aunque el Poder Ejecutivo puede vetar una ley del Congreso, éste puede de todas maneras insistir en su sanción con una mayoría determinada, y en tal caso la facultad de veto del Poder Ejecutivo cesa. La última decisión en esta relación Parlamento-Ejecutivo la tiene siempre, en el marco de la Constitución, el Poder Legislativo.

A su vez la subordinación del Poder Legislativo al Poder Judicial deriva de que el segundo tiene la atribución de declarar antijurídicas, por inconstitucionales, las leyes del Congreso, mientras que éste no tiene atribución alguna para rever las decisiones de aquél. Tanto es así que existe un aforismo de acuerdo al cual "La Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es": estando en manos del Poder Judicial la interpretación final, indiscutible, del sentido y alcance de las normas constitucionales, es obvio que es el Poder Judicial el que tiene, en el sistema constitucional, primacía sobre el Poder Legislativo. No altera esta conclusión la circunstancia de que sea el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado el que designe a los jueces, porque en épocas normales —que son las que la Constitución contempla— la estabilidad de los magistrados hace que la designación de uno u otro juez en los cargos vacantes tenga efectos sólo a largo plazo, modificando quizá las interpretaciones vigentes del orden jurídico luego de algunos años, cuando quienes los nombraron no están ya seguramente en sus cargos. Por lo que hace a los efectos inmediatos de la designación de magistrados en la vida política, ésta es usualmente mínima, por la composición colegiada de los tribunales superiores. Los efectos a largo plazo pueden alterar el curso de la jurisprudencia pero no la relación efectiva Poder Judicial-Poder Legislativo-Poder Ejecutivo.

Gráficamente podríamos decir que la relación constitucional de equilibrio de los tres poderes puede representarse así:



4.2. Desequilibrio real

Sin embargo, ese equilibrio previsto en la Constitución no es el que funciona en la práctica ni tal vez haya funcionado nunca realmente así. Por una serie de circunstancias sociales y políticas, el Poder Ejecutivo no está sometido al Poder Legislativo sino que éste depende de aquél:

1º) Dado que los nombramientos de funcionarios públicos los hace el Poder Ejecutivo, y que una parte lamentablemente importante del éxito político de los parlamentarios la hace su habilidad para obtener retribuciones y puestos para sus afiliados y sostenedores, resulta que cada parlamentario está por lo general solicitando del Ejecutivo el nombramiento de este o aquel amigo o correligionario, en la administración pública, con lo cual el legislador se coloca en posición de peticionante más

o menos sumiso al Ejecutivo de quien solicita el favor graciable del caso.

2º) Dado que el Presidente de la República suele ser, formal o informalmente y salvo pocas excepciones, la cabeza visible del partido gobernante, los diputados y senadores no pueden tampoco tomar una actitud muy firme de control, con el temor de perjudicar su carrera política.

3º) El Ejecutivo, que cuenta con medios de publicidad que no están en igual grado al alcance de los legisladores, logra usualmente crearse una imagen más popular en la opinión pública que la de los legisladores individualmente o del Parlamento en conjunto; esta imagen popular presiona a su vez en favor del Ejecutivo y sus obras reales o presuntas, y en contra del Parlamento, destacando siempre más los errores y deficiencias del segundo que los del primero.

Además, la posición del Poder Judicial se halla por lo general bastante deteriorada, en primer lugar, a nuestro entender, por su propia culpa: los jueces suelen entender, con desacierto, que tienen una cierta responsabilidad política en la conducción del gobierno, y bajo esa impresión juzgan muy benévolamente los actos del mismo, entendiéndolo así cooperar con él. De este modo no sólo dejan de ejercer su función, que no es gobernar sino juzgar de la aplicación del derecho a los casos concretos, sino que también pierden poco a poco criterio rector en lo que debiera ser su atribución específica. El Ejecutivo, lejos de agradecerle esa supuesta colaboración, pasa entonces a suponer que no está sino haciendo lo que debe, y se llega así a que en los pocos casos en que el Poder Judicial se decide finalmente a sentar su criterio jurídico, esto es poco menos que motivo de escándalo público, y el Ejecutivo será el primero en protestar por una supuesta "invasión" de sus "atribuciones", que desde luego no es tal.

Por
mita
yes, ir
juzgar
los cas
de que
sea "c
clarar
Con
mente
se hal
bierno
dicial-
rrecta
lativa
Judici

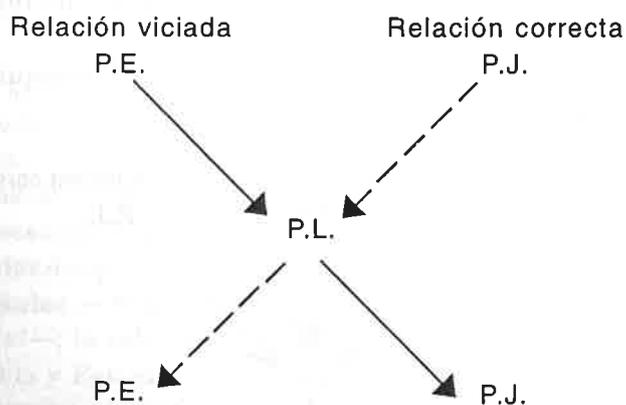
4.3. C

Es r
Parlar

4.(1)
no de f

Por si esto fuera poco, el Poder Judicial también limita su propio control de constitucionalidad de las leyes, inventando principios tales como los de que no puede juzgar en general dicha constitucionalidad, sino sólo en los casos concretos y con efectos restringidos a esos casos; de que sólo declarará la inconstitucionalidad cuando ésta sea "clara y manifiesta", como si no fuera su deber declararla cuando existe, sea o no manifiesta, etcétera.

Como resultado de todo esto, el equilibrio originariamente contenido en la Constitución para los tres poderes se halla profundamente alterado, aun dentro de un gobierno *de jure* (1), y se pasa de una jerarquía: Poder Judicial-Poder Legislativo-Poder Ejecutivo, que sería la correcta, a una exacta inversión; el orden de prelación relativa será ahora Poder Ejecutivo-Poder Legislativo-Poder Judicial. Gráficamente sería así:



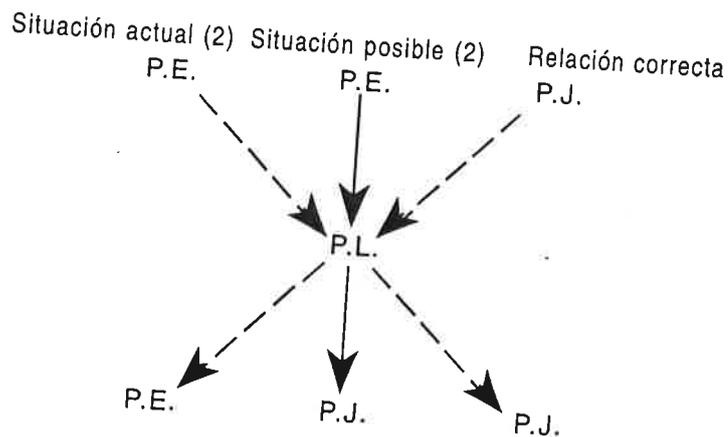
4.3. Criterio rector a adoptarse

Es necesario, pues, tener presente que la crisis del Parlamento con sus consecuencias ya vistas, da por re-

4.(1) Y con mayor razón, por supuesto, si se trata de un gobierno *de facto*.

sultado un falseamiento del principio de la división de los poderes, que lo lleva a un extremo sumamente peligroso para el mantenimiento de las libertades, que tiene por función proteger. Por ello, cuando se trata de adoptar alguna actitud ante dicha crisis, esa actitud no podrá ser jamás la de acentuarla, despojando al Parlamento de las atribuciones que no ha ejercido correctamente y dándoselas al Poder Ejecutivo; si lo hiciéramos, estaríamos destruyendo ya definitivamente la división de poderes con ella la libertad, base de todo régimen democrático y republicano. Sin división de poderes y libertad no sólo no habrá Estado de Derecho, sino que tampoco habrá Estado de Bienestar alguno. Por ello, si queremos llegar al Estado de Bienestar debemos hacerlo a través del Estado de Derecho, y si encontramos que en éste funciona mal uno de los poderes que lo condiciona, lo que debemos hacer es corregir sus defectos para que funcione bien, y no acentuarlo aún más.

Si no lo hiciéramos así, llevaríamos el desequilibrio a su punto máximo:



4.(2) En un gobierno constitucional o *de jure*; si se trata de un gobierno *de facto*, en que se suprime al Poder Legislativo, entonces tampoco existe, desde el inicio, división alguna de poderes.

y esto s
dictadu
cionar l
ciéndolo
poderes
sarrollo

El del
organiza
formal y
según se
en que l
Estado.
Debe
tular ese
organiza
habitual
Judicial-
—pueblo
del dere
trativo,
ganizaci

(*) Por
lo la relac
para el ca
supranacio
Humanos.
acápite y

y esto sería, obviamente, la institucionalización de la dictadura. Es nuestro deber, entonces, tratar de solucionar la crisis del Parlamento o de la justicia fortaleciéndolos para que, sin desmedro del equilibrio de los poderes, cumplan con la función que el proceso de desarrollo y de cambio les exige.

II. BASES CONSTITUCIONALES

El Estado en el régimen constitucional ()*

5. Pueblo y Estado

El derecho administrativo de cada país, y con él la organización estatal del mismo, tienen una estructura formal y un tipo de principios básicos muy diferentes según sea el sistema constitucional imperante, y la manera en que la Constitución haya organizado y constituido al Estado.

Debe distinguirse entre el pueblo en sí mismo —titular esencial de la soberanía— y el Estado jurídicamente organizado que se manifiesta a través de sus órganos habituales —Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial—; la relación existente entre estos dos elementos —pueblo y Estado— nos determinará la estructura básica del derecho constitucional y especialmente del administrativo, y con ello los caracteres estructurales de la organización estatal.

(*) Por razones de sencillez expositiva, tratamos en este capítulo la relación pueblo-Estado en la Constitución Nacional, y dejamos para el capítulo V, punto 1, la introducción formal del tema de la supranacionalidad de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. El lector deberá pues, oportunamente, remitirse a dicho acápite y relacionarlo con el presente.

6. *Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo*

En efecto, en algunos países —por ejemplo el nuestro y buena parte de los demás países americanos— la Constitución emana directamente del pueblo soberano, pues es éste, a través de una Convención Constituyente especialmente convocada al efecto, quien decide sobre su creación y modificación. En esta hipótesis el Estado organizado en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial no tiene facultades para modificar ni alterar la Constitución: él está siempre sometido a lo que la Constitución determine, por voluntad del pueblo soberano directamente expresada en la Convención Constituyente (1). La Convención Constituyente no es un órgano del Estado, sino que representa directamente al pueblo; por ello cabe afirmar en este caso que la Constitución es impuesta por el pueblo al Estado. El Estado *nace* de la Constitución, con los caracteres y atribuciones que ésta le fija; el Estado está pues *dentro* de la Constitución y ésta no es un producto de él sino que él es producto de

6.(1) Nos referimos, claro está, a épocas de normalidad constitucional. Las épocas oscuras de la historia en que aparecen gobiernos de facto, desaparecen o son constreñidos de hecho los poderes de contrapeso, o en que la propia Constitución queda supeditada a "Estados" revolucionarios, no deben ser recordadas sino como lo que son, apartamientos fácticos de una estructura democrática y republicana de poder. No tiene sentido teórico ni valor axiológico, y menos aún educativo, enseñar a mostrar cómo y de qué manera aquellas violaciones se producen: esto lo sabe cualquiera leyendo nada más los diarios. Debe por ello reiterarse el deber ser constitucional, para que cada uno lo compare con la realidad que ocasionalmente lo transgrede, y pueda así formar su propio juicio de valor sobre la misma. Pero un primer prerrequisito de poder criticar la realidad fáctica es conocer la normatividad constitucional: si no conocemos intelectualmente el sistema constitucional, mal podemos quejarnos de que otros lo desconozcan de hecho.

ella (;
princi
el som
gimen

En
direct
los órg
rio em
sus órg
es el c
do el p
te mec
ganiza
Estado
Acá
sino q
de acu
y ejerc
no nac
tución

6.(2)
Munich
una Cor
Constitu
7.(1)
órganos,
es en pal
t. I, Bue
do —y r
nes".

...a del pueblo

...ejemplo el nues-
...americanos— la
...pueblo soberano,
...n Constituyente
...en decide sobre
...ótesis el Esta-
...Ejecutivo y Ju-
...ar ni alterar la
...lo que la Cons-
...pueblo soberano
...n Constituyen-
...s un órgano del
...al pueblo; por
...stitución es im-
...ace de la Cons-
...ones que ésta
...Constitución y
...s producto de

...nalidad constitu-
...arrecen gobiernos
...s poderes de con-
...editada a "Esta-
...como lo que son,
...ica y republica-
...lógico, y menos
...manera aquéllas
...vendo nada más
...stitucional, pa-
...asionalmente lo
...valor sobre la
...car la realidad
...i no conocemos
...amos quejarnos

ella (2). Este es, en sentido jurídico *formal*, uno de los principales elementos que tipifican al Estado de Derecho: el sometimiento de toda la organización estatal a un régimen jurídico preestablecido.

7. Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado

En otros países en cambio la Constitución no proviene directamente del pueblo excluyendo la intervención de los órganos estatales normales sino que por el contrario emana directamente del Estado, el que a través de sus órganos regulares —en este caso el Poder Legislativo— es el que crea y reforma la Constitución. De este modo el poder soberano del pueblo no es ejercido por éste mediante un órgano que no dependa del Estado organizado, sino que es ejercido directamente por el propio Estado (1).

Acá el pueblo *no impone* una Constitución al Estado, sino que el Estado *se da a sí mismo* una Constitución, de acuerdo con su propia voluntad, y en representación y ejercicio directo de la soberanía del pueblo. El Estado no nace aquí de una Constitución, sino que la Constitución nace del Estado, con el contenido y alcances que

6.(2) Como dice MAUNZ, THEODOR, *Deustches Staatsrecht*, 9ª Ed., Munich y Berlín, 1959, p. 37, no ha de ser que el Estado "tenga" una Constitución, sino que "esté" en una Constitución; que sea la Constitución la que lo contenga a él.

7.(1) De allí a afirmar que es el Estado *a través de uno de sus órganos*, el que ejerce "la soberanía", no hay sino un paso. Y eso es en palabras de MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los estudios políticos*, t. I, Buenos Aires, 1969, p. 359, la justificación "siempre del mando —y naturalmente del mando de uno o de pocos— sin restricciones".

éste decida: no es el Estado el que está contenido dentro de la Constitución, sino la Constitución que está contenida dentro del Estado.

8. La personalidad del Estado en el sistema de la soberanía conjunta

De estos dos sistemas básicos surgen consecuencias muy diferentes entre sí. En la segunda hipótesis, en que el Estado se da a sí mismo una Constitución, en el ejercicio directo de la soberanía del pueblo, no puede encontrarse una distinción neta entre el pueblo soberano y la organización estatal; ambos se confunden en una continuidad ininterrumpida. En este caso el Estado organizado en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, detenta directamente la soberanía del pueblo, y es pues en ese sentido *soberano* incluso con referencia a su propio pueblo. Precisamente porque es "soberano" el Estado no está aquí obligado por lo que la Constitución dice: ella no es un conjunto de normas jurídicas obligatorias e imperativas para él, sino que él puede en cualquier momento apartarse de ellas, sin cometer con eso un acto antijurídico. La Constitución no es así nada más que una expresión de deseos y finalidades producida por el Estado, y que el Estado puede cumplir o no, a su elección.

Cuando un país tiene este sistema constitucional, entonces puede distinguirse la actuación del Estado según que se desempeñe como *poder público soberano*, o en cambio como persona jurídica común, sujeta al orden jurídico existente en el país. Surge así en tales países la doctrina de la "doble personalidad del Estado", de acuerdo con la cual se sostiene que cuando el Estado actúa como poder público soberano, no está sometido al orden

jurídi
sidera
bilida
no cor
las no
sabilic
tienen
como "
como "

Fáci
toritar
ño en l
vizarla
es "de
decir e
secuenc
las con

9.

Pero
falsame
el indic

Es ev
tución n
por el p
tituyen
modifica
que, en
del pode
metralm

jurídico y por lo tanto sus actos nunca pueden ser considerados antijurídicos, ni pueden originarle responsabilidad; cuando, en cambio, el Estado actúa en el plano común, sus actos son antijurídicos si contravienen las normas preexistentes, y pueden acarrearle responsabilidad. Se sigue de lo anterior que los individuos no tienen auténticos derechos subjetivos frente al Estado como "poder público", y sí sólo los tienen frente al Estado como "persona jurídica".

Fácil es advertir que esto constituye una doctrina autoritaria y de allí que modernamente se tienda incluso en los sistemas considerados en segundo lugar a suavizarla, diciéndose por ejemplo que la doble personalidad es "de derecho público" y "derecho privado" (en lugar de decir en el primer caso que es "soberano" con la consecuencia de irresponsabilidad, etc.), y que no tiene siempre las consecuencias enunciadas.

9. La personalidad del Estado en el sistema del Estado de Derecho

Pero esos problemas, por el contrario, estarían todos falsamente planteados en un sistema constitucional como el indicado en primer lugar, o sea el nuestro.

Es evidente que en este sistema, en que la Constitución no emana del Estado mismo, sino que le es impuesta por el pueblo soberano a través de la Convención Constituyente; en que el Estado carece de facultades para modificar la Constitución, estando obligado por ella; en que, en definitiva, el Estado no tiene el ejercicio directo del poder soberano del pueblo, las consecuencias son diametralmente opuestas.

Si consideramos que "soberanía" es un poder *ilimitado*, no sujeto a norma imperativa alguna, y en virtud del cual puede hacerse absolutamente cualquier cosa, es obvio que en este sistema constitucional tal "soberanía" sólo la tiene el *pueblo*, y no la tiene la organización estatal (1).

No la tiene el Estado, porque él no posee en ningún caso un poder *ilimitado*, no sujeto a norma alguna; él está siempre sometido a las normas imperativas de la Constitución, a las que debe ceñirse estrictamente, sin poder en modo alguno apartarse de ellas.

Se concluye de esto que el Estado organizado en los tres poderes no ejerce un doble juego de atribuciones, como ocurría en los otros sistemas: en nuestro país el Estado nunca tiene un auténtico poder público soberano, o poder de imperio; sus facultades emergen siempre de un orden jurídico previo que le ha sido impuesto, y por ello son *infrajurídicas*, esto es, se encuentran *bajo* un orden jurídico, sometidas a él: si lo contravienen, son *antijurídicas* y carecerán de validez y vigencia. El Estado actúa así siempre en el mismo plano: siempre bajo el orden jurídico; su personalidad es fuera de toda duda una sola, y los particulares tienen frente a él auténticos derechos subjetivos, que pueden hacer valer plenamente; si el Estado los desconoce, será responsable por ello.

10. *El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad*

No existiendo fundamento para efectuar una distinción entre un Estado como "soberano" o como sujeto de

9.(1) En cualquier caso, la aparición de un nuevo derecho supranacional en materia de libertades públicas y derechos individuales, limita grandemente la noción absoluta tradicional de soberanía.

derec
de la
sujet
disti
blico'
doble
está
siend
priva
cació
tuaci
habla
La
un su
multi
sujeto
del tr
brica,
derec
Estad
delito.
tuple
trativ
igualr
se le a
tenga
sonali
los ca

10.(1
1964, p
10.(2
2, Buen
de dere
ferencia
derecho
NUEL M.
10.(3

derecho, tampoco se justifica diferenciación alguna respecto de la actuación estatal dentro del orden jurídico como sujeto. Algunos autores tradicionales (1) habían querido distinguir entre el Estado como "persona de derecho público" y como "persona de derecho privado", pero ello es doblemente erróneo (2): a) porque la actuación del Estado está en su casi totalidad sometida al derecho público, siendo muy raro encontrar una clara sumisión al derecho privado (3); b) porque incluso aunque existiera una aplicación alternativa de derecho público o privado a la actuación estatal, ello no sería fundamento suficiente para hablar de una "doble personalidad" del Estado.

La aplicación de distintos ordenamientos jurídicos a un sujeto no significa que su personalidad se divida y multiplique; del mismo modo que un industrial estará sujeto al derecho comercial en sus transacciones, al derecho del trabajo en sus relaciones con los obreros de la fábrica, al derecho civil en sus relaciones de familia, al derecho administrativo y fiscal en sus relaciones con el Estado, y al derecho penal en la medida que cometa un delito, no por ello se podrá pretender que tiene una "quínuple personalidad": comercial, laboral, civil, administrativo-fiscal y penal. Ello sería obviamente absurdo, e igualmente absurdo es pretender que porque al Estado se le apliquen, en algún caso, más de un grupo de normas, tenga por ello más de una personalidad jurídica. La personalidad jurídica es necesariamente una sola en todos los casos, y ello es también válido para el Estado.

10.(1) BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 165.

10.(2) VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1950, ps. 161 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 365 y sus referencias de la nota 76; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, ps. 127 y ss.; DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69, etcétera.

10.(3) Ver *infra*, capítulo VI, punto 3.

11. *Consecuencias de la personalidad única del Estado*

En particular, al negarse que el Estado tenga una personalidad "soberana" o "de imperio" frente a los administrados, y al sostenerse que la única manifestación de soberanía en el derecho interno se encuentra en la Constitución que el *pueblo* se da, se somete la persona y la organización estatal al orden jurídico-constitucional, *cualquiera sea el Poder* que actúe.

No sólo estarán el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial sometidos a la ley, sino que también estará el legislador sometido a la Constitución, cuyos límites y principios no podrá violar ni alterar o desvirtuar (art. 28). De tal manera todos los órganos del Estado, todas las manifestaciones posibles de su actividad, incluso las que otrora se pudieron considerar como supremas, están sometidas a un orden jurídico superior.

12. *La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad, y al sometimiento a las reglas universales mínimas de derechos y garantías individuales*

De este modo, lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, el sometimiento de la administración a la ley, aunque en modo alguno deba ni pueda abandonarse, quedó de todos modos relegado como una etapa más en la evolución. A su vez, si ya no basta con que la administración esté sometida a la ley, sino que es también necesario que la ley esté sometida a la Constitución, queda todavía el paso final del sometimiento de todo el derecho interno

a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Estas transiciones otorgan un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete del significado de las normas constitucionales y supranacionales, y por lo tanto de la validez de las normas legislativas (1), aunque no en todos los países los jueces adoptan la postura que les corresponde de acuerdo con su deber constitucional. Sobre esto ya hemos hablado al analizar las bases políticas del derecho administrativo.

De cualquier modo, el Poder Judicial argentino ha sentado algunas reglas de fundamental importancia para el control de la constitucionalidad de las leyes, enunciando en particular el principio fundante o rector de la *razonabilidad* de las leyes y de todos los actos estatales, de acuerdo con el cual toda norma que sea *desproporcionada* en los medios que emplea con relación a sus fines, carezca de sustento fáctico suficiente, que sea arbitraria, persecutoria, etc., debe ser tachada de antijurídica y por lo tanto no aplicada (2).

13. Los derechos individuales frente al Estado

De todos modos, la Constitución no es en estos casos un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; es

12.(1) Sobre los problemas de la transición de una a otra etapa y el rol del juez, ver MARCIC, RENÉ, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, esp. ps. 231 y ss.; ERMACORA, FÉLIX, *Verfassungsrecht durch Richterspruch*, Karlsruhe, 1960, *op. cit.*, ps. 12 y ss. Ver también, de RENÉ MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, ps. 86 y ss.

12.(2) Ampliar en LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1971.

un orden jurídico imperativo, para el Estado y los habitantes.

Este orden jurídico constitucional, al crear al Estado y reconocerle ciertas facultades frente a los habitantes, establece y reconoce también los derechos de los individuos frente al Estado (1). La Constitución ofrece un equilibrio de las atribuciones que otorga; reconoce atribuciones al Estado, pero también derechos inalterables a los individuos. Ni uno ni otros pueden tener supremacía; ambos deben armonizarse dentro del orden jurídico.

La enunciación de los derechos de los individuos no es una declaración programática: es una norma jurídica imperativa y operativa, impuesta por el pueblo al Estado al que también reconoce aquellas facultades. Tal como lo señala ALBERDI: "La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional" (2).

En definitiva tenemos que del orden jurídico constitucional nacen, en igualdad de situación y en equilibrio necesario, los derechos de los individuos y las atribuciones del Estado; que estas últimas no tienen en ningún caso características suprajurídicas, de "soberanía" o "imperio": son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho; si esas facultades son ejercidas

13.(1) Como dice BRUNNER, GEORG, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Colonia, 1963, ps. 105 a 106, es una característica esencial de los derechos fundamentales que "ellos se dirigen contra el Estado", son su límite, y por ello sólo serán verdaderos cuando se apliquen "también contra la voluntad del Estado" (*op. cit.*, p. 196).

13.(2) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

con exc
sin efe
viduo

A st
básica
rídico
mente
mismo

14

Por
ten a
a los
de la
const
de los
glamo
y los
en qu
regul
cance
el de
la Co
la mi
recho

In
indi
cánd
es ú
a pe
do d

con exceso, se transforman en antijurídicas, y serán dejadas sin efecto por los tribunales ante el reclamo del individuo afectado.

A su vez, el Estado está también sometido a normas básicas de la comunidad internacional, cuyo orden jurídico mínimo en materia de derechos humanos igualmente torna antijurídicas las conductas violatorias del mismo que aquél pueda cometer.

14. *Preexistencia de los derechos individuales respecto a la ley*

Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo acto estatal: a las sentencias, a las leyes y a los actos y reglamentos administrativos: el artículo 14 de la Constitución argentina expresa, similarmente a otras constituciones, que los habitantes de la Nación "gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", o sea, que los derechos existen y los habitantes los gozan ya, desde el mismo momento en que la Constitución se ha dictado. Las leyes podrán regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, por imperio de la Constitución; con algunas variantes, la situación es la misma respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Inversamente, si la ley quiere desconocer el derecho individual, reglamentándolo irrazonablemente, modificándolo o alternándolo de cualquier otro modo, tal ley es írrita, y el derecho individual mantiene su vigencia a pesar de la ley que inconstitucionalmente ha querido desconocerlo. Expresa el artículo 28 de la Constitución,

el Estado y los ha-

, al crear al Esta-
te a los habitantes,
echos de los indi-
titución ofrece un
rga; reconoce atri-
echos inalterables
eden tener supre-
ntro del orden ju-

los individuos no
na norma jurídica
r el pueblo al Es-
as facultades. Tal
n se supone hecha
soberano, no para
límite a su pro-
r y limitar a sus
s que integran el

n jurídico consti-
ón y en equilibrio
uos y las atribu-
tienen en ningún
'soberanía" o "im-
rechos reconocidos
peculiaridad ex-
ades son ejercidas

drechte in Sowjetsys-
terística esencial de
n contra el Estado",
cuando se apliquen
it., p. 196).
s, t. X, Buenos Aires,

por su parte, que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", y a los jueces corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto administrativo que haya intentado desconocer o alterar un derecho individual, y restablecer de tal manera el imperio de la norma constitucional o supranacional. Si los jueces internos no lo hacen puede hacerlo la Corte Interamericana.

Por ello es dable afirmar que las normas constitucionales, y en particular aquellas que establecen los derechos de los individuos frente al Estado, son imperativas y deben ser aplicadas tanto si *no* hay ley que los regule o refirme, como habiéndola, como existiendo una ley que pretenda distorsionarlos o negarlos; es decir, existen y deben ser aplicados tanto *con*, *contra* o *sin* la ley. Son pues absolutamente independientes de la voluntad de los órganos del Estado, precisamente porque ellos integran un orden jurídico constitucional superior al Estado.

III. BASES SOCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO *Estado de derecho y estado de bienestar*

15. *Los derechos individuales en el Estado de Derecho*

Estos principios y otros más de índole similar integran así uno de los más trascendentales avances en la organización política y jurídica de los pueblos, que se designa bajo el nombre genérico de "Estado de Derecho". El concepto de "Estado de Derecho", por cierto, no es

unívoc
feccion
fundar
der Ej
pio de
mites
a la pr
tambié
el otro
tución
contro

Se ll
transit
naciona
intern
cio del
de no
derecho
contra
una do
pete a
la Cons
radica
individ
público

Aho
Derech
público
en rela
nuevas
supone
berano
son los

unívoco, y ha sufrido una evolución que lo ha ido perfeccionando: en un primer tiempo se pudo decir que lo fundamental era el respeto a la ley por parte del Poder Ejecutivo; esto era y es el todavía vigente principio de la *legalidad* de la administración. Luego los límites que el Estado de Derecho impone son extendidos a la propia ley: se dice entonces, como ya vimos, que también la ley debe respetar principios superiores; es el otro principio fundamental del respeto a la Constitución por parte de las leyes, manifestado a través del control judicial de dicha constitucionalidad.

Se llega por fin a la etapa que comenzamos ahora a transitar, de la existencia de un orden jurídico supranacional de garantías individuales, que opera como derecho interno, aplicado por los jueces nacionales, sin perjuicio del control ulterior en el plano internacional en caso de no remediar los jueces locales la transgresión a los derechos individuales (1). El individuo aparece así protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: por un lado, que la administración respete a la ley, y por el otro, que el legislador respete a la Constitución y a la Convención. El centro de la cuestión radica siempre, como se advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos.

Ahora bien, esta magnífica concepción del Estado de Derecho es ante todo negativa: ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares. La frase de ALBERDI puede, nuevamente aquí, ser definitoria: "La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano ... para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional".

15.(1) *Infra*, cap. V, N° 1.

Siempre ha habido y habrá tal vez en el mundo experiencias de gobiernos totalitarios o autoritarios que quieran obrar arrasando a los individuos: contra esos gobiernos protege la idea del Estado de Derecho, como una valla, como un límite (2).

15.1. Crisis del liberalismo clásico

Pero, si bien ello es necesario, no es suficiente. El tiempo ha demostrado que el solo cumplimiento de los postulados de libertad e igualdad con la protección del Estado puede resultar en verdaderas paradojas, pues la sociedad presenta a menudo diferencias económicas y sociales entre sus componentes, que no hacen sino acentuarse continuamente en un régimen puramente negativo de organización política, es decir, en un régimen que se contenta con proteger los derechos de propiedad, libertad, etc., tal y como los encuentra, sin preocuparse de mejorarlos cuando de hecho son insuficientes.

Si el Estado se limita a contemplar impasible cómo las diferencias sociales se van acentuando de hecho, sin tomar ninguna acción para ayudar a los más necesitados a progresar parejamente con los demás estaría contribuyendo tácitamente a una verdadera negación de los derechos que postula para los individuos. De nada serviría reconocer a "todos" los individuos un derecho a la propiedad, o libertad de trabajo, o de enseñar y aprender, si las condiciones socioeconómicas imperantes (miseria, enfermedades, accidentes, ignorancia, vejez) excluyen per-

15.(2) Ver también SMEND, RUDOLF, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, ps. 311 y ss., su artículo *Bürger und Bourgeois in deutschen Staatsrecht*. Ampliar en DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1962, ps. 210 a 212; BURDEAU, GEORGES, *Traité de science politique*, París, 1955, t. V, *L'Etat liberal*; BERTHELEMY, J., *Valeur de la liberté*, París, 1935.

manent
dad de
der y en
recho",
al parec

16. La

Contri
minado
partida
justas p
total de
de todo
minant
tariado
que en
encontr

Si bi
con frec
cialista
y en su
mundo
tuacione
la socie

Sin p
de gara
tica, y c

16.(1)
trativo y
paración
la "legal

manentemente a algunos individuos de toda oportunidad de ser propietarios, trabajar libremente, o aprender y enseñar. Esa es la paradoja que el "Estado de Derecho", en un planteo muy tradicional, no habría podido al parecer superar.

16. *Las respuestas autoritarias: la negación de los derechos individuales*

Contra esa aparente contradicción surgen en determinado momento las doctrinas que vuelven al punto de partida: para lograr condiciones sociales y económicas justas para todos, no encuentran otro camino que la rotura total del principio del Estado de Derecho; la negación de todos los derechos individuales y la postulación terminante del autoritarismo: es la "dictadura del proletariado", o cualesquiera de las otras formas similares que en una corriente negatoria de los derechos pueden encontrarse.

Si bien los autores socialistas han hablado y hablan con frecuencia de la instauración de una "legalidad socialista", ésta es radicalmente distinta en su finalidad y en su función de la idea de legalidad habitual en el mundo occidental: no trata de proteger individuos o situaciones, sino de crear situaciones nuevas, específicamente, la sociedad socialista (1).

Sin perjuicio de que tiene otros méritos, no tiene el de garantizar la seguridad jurídica o la libertad política, y con ello constituye obviamente otro extremo opuesto,

16.(1) Ampliar en BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, ps. 30 a 36, y su lúcida comparación de la "legalidad individualista", la "legalidad socialista" y la "legalidad social".

igualmente criticable —aunque con distintos motivos— que el del clásico liberalismo capitalista a ultranza.

16.1. *Crisis del autoritarismo*

Pero esto tampoco ha probado ser una solución, pues tiene la misma contradicción interna del liberalismo clásico del siglo pasado, sólo que a la inversa: por pretender asegurar a los individuos una situación económica y social satisfactoria, los priva del goce de los derechos de la libertad en sus distintas manifestaciones; también es paradójal afirmar que a un individuo se le ha dado una condición social digna si no se le deja expresar su pensamiento, trabajar libremente, entrar y salir del país, etcétera.

Así como no hay verdaderos derechos sin condiciones económicas y sociales para ejercerlos adecuadamente, así tampoco habrá condiciones económicas y sociales verdaderamente justas si no se otorgan derechos para disfrutarlas. En este último aspecto, puede recordarse con RADBRUCH que “de ninguna manera es derecho todo lo que al pueblo aprovecha”, sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia (2).

Y desde luego, no podremos llamarnos a engaño con que se nos diga que la negación de los derechos individuales es sólo temporaria, mientras se rompan las estructuras o superestructuras económicas existentes y que una vez lograda tal finalidad podrá otra vez darse el pleno goce de todos los derechos, puesto que:

16.(2) RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, 1962, p. 36.

a) la experiencia de los que lo han intentado demuestra que la "temporariedad" es poco menos que permanencia;

b) la prolongada inactividad en el ejercicio de un derecho termina necesariamente por atrofiarlo, tal vez definitivamente; sólo el ejercicio constante de los derechos individuales es la auténtica garantía de su supervivencia (3);

c) por lo demás, tan válido como querer suprimir "por ahora" los derechos individuales para lograr las condiciones económicas deseadas, sería suprimir "por ahora" las aspiraciones de una mejor situación económica para afianzar mientras tanto las libertades existentes. Ambos caminos son ilógicos y contradictorios, pues lo que cada uno postula como básico es en verdad inseparable de lo otro. Ha dicho HOBHOUSE comparando al liberalismo y al socialismo, que en verdad "los dos ideales no están en conflicto, sino que se complementan" (4), y lo único verdaderamente incompatible es justamente el resultado incidental que dan: en un caso, la perpetuación de la desigualdad económica, en el otro la destrucción de los derechos individuales.

Por lo demás, hay una profunda contradicción en definir a la libertad, en su significado socialista, como una organización social que "crea las condiciones óptimas para dar una completa respuesta a las necesidades fundamentales del hombre, sean ellas materiales, psicológicas o intelectuales" y que "permite esta expansión de los com-

16.(3) MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168: "... una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura"; WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, ps. 85 a 86.

16.(4) HOBHOUSE, *Democracy and Reaction*, Londres, 1903, p. 228.

portamientos humanos" (5), si el sistema creado para lograrlo no permite justamente la expansión intelectual, psicológica, cultural, y a veces ni siquiera física (la mera traslación de la persona de un lugar a otro, dentro o fuera del país, etc.). En esas condiciones es absurdo afirmar que se ha logrado cumplir el postulado del cual se partió. En otras palabras, el socialismo autoritario encierra la misma paradoja, la misma contradicción fundamental, que el liberalismo clásico.

Teniendo en última instancia fines coincidentes, y profunda antítesis en los medios para conseguirlos, tanto el uno como el otro fracasan en sus fines. Ellos demuestran que en ambos casos los medios elegidos son erróneos e inadecuados para producir los resultados deseados.

17. *Una nueva solución: el Estado de Bienestar* (1)

Apartándonos de ambos extremos y buscando justamente la unión de aquello que ha sido lo fundamental en el Estado de Derecho (las garantías individuales de la libertad) y esto que ahora aparece como indispensable (la gradual superación del ahogo económico y social), se afirma en los últimos años la concepción del "Estado de

16.(5) JANNE, HENRI, *Les problèmes de la planification*, en el libro del mismo nombre, Bruselas, 1963, p. 123.

17.(1) PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983; TREVES, GIUSEPPINO, *El "Estado de Bienestar" en el "Estado de Derecho"*, "Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 1959, t. XVIII, ps. 5 y ss.; ROBSON, WILLIAM A., *The Welfare State*, Londres, 1957; MYRDAL, GUNNAR, *Beyond the Welfare State*, Londres, 1960.

Bie
Soc
C
do
nos
neci
mer
cesi
D
insp
la d
exis
del
ord
S
con:
tad
cesc
za"

17
recen
Rass
Nros
cos ó
terra
17
tes, s
Sttut
const
17
ciali:
liber.
17
Arge:
17
17
Méxi
del t
17
nistr
ción

Bienestar" (2) o Estado Social de Derecho (3), Estado Social (4), Estado de Desarrollo (5), etcétera.

Como dice TREVES: "Se trata de una forma de Estado que interviene activamente a favor de los ciudadanos y especialmente de los menos pudientes, quienes más necesitan de su ayuda". Su campo de acción es especialmente económico, a fin de lograr la "libertad de la necesidad" (6).

Desde ahora "la idea central en que el Derecho ... se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico" (7).

Siguiendo otra vez a MANNHEIM, "la esencia del cambio consiste en pasar de la garantía negativa de la libertad y la propiedad a ejercer un influjo positivo en el proceso de la producción y de la distribución de la riqueza" (8).

17.(2) Como explica GIUMELLI, GUGLIELMO, *A proposito di alcune recenti discussioni sulle origini del Welfare State*, revista "Amministrare. Rassegna internazionale di pubblica amministrazione", Milán, 1979, Nros. 3/4, ps. 287 y ss., existen importantes antecedentes históricos de la concepción moderna, por ejemplo las *Poor Laws* de Inglaterra de 1536 y 1601.

17.(3) BACHOFF, OTTO, *Begrif und Wesen des Sozialen Rechtsstaates*, separata, Darmstadt, 1968; FORSTHOFF, ERNST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1954, ps. 27 y ss.; XIFRA HERAS, JORGE, *Curso de derecho constitucional*, t. II, Bosch, Barcelona, 1962, ps. 39 y ss., y otros.

17.(4) BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, ps. 58 y ss.; BONAVIDES, PAULO, *Do estado liberal ao estado social*, San Pablo, 1961, ps. 203 y ss.

17.(5) OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, 1969, ps. 13 y ss.

17.(6) TREVES, *op. cit.*, p. 5.

17.(7) RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162, haciendo referencia en particular al derecho del trabajo.

17.(8) MANNHEIM, *op. cit.*, p. 43; BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, p. 43; XIFRA HERAS, JORGE, *Introducción a la política*, Barcelona, 1965, p. 213.

18. *Estado de Derecho y Estado de Bienestar*

La diferencia básica entre la concepción clásica del liberalismo y la del Estado de Bienestar es que mientras en aquélla se trata tan sólo de ponerle vallas al Estado, olvidando fijarle también obligaciones positivas, aquí, sin dejar de mantener las vallas, se le agregan finalidades y tareas a las que antes no se sentía obligado. La identidad básica entre el Estado de Derecho y el Estado de Bienestar, a su vez, reside en que el segundo toma y mantiene del primero el respeto a los derechos individuales, y es sobre esa base que construye sus propios principios. Ahora bien, ¿qué relación hay entre ellos? ¿Se trata de una noción que ha venido a sustituir a la otra? ¿Cuán eficaz es la implementación del Estado de Bienestar? ¿Sus costos no superan a veces las posibilidades materiales de un Estado débil?

En el primer aspecto, si tomamos la noción tradicional de Estado de Derecho parecería tal vez que ha sido sustituida por la del Estado de Bienestar; pero ello no es así. La noción de "Estado de Bienestar" ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola pero no suprimiéndola. En rigor, la noción de "Estado de Bienestar", tomada aisladamente, también es insuficiente, por cuanto hace hincapié en la acción positiva que el Estado debe tener, dando por supuesta la existencia de los límites negativos que la doctrina del Estado de Derecho ha construido. Este supuesto no puede perderse de vista, ni aislarse conceptualmente, so pena de caer en los excesos totalitarios a que ya nos hemos referido.

Desde luego, no existe antítesis entre ambos conceptos. Como afirma TREVES, "también el 'Estado de Bienestar' se preocupa por la libertad de los individuos y se esfuerza por extenderla, poniendo a disposición de ellos

toda una serie de servicios sociales". El hecho de que la idea del Estado de Bienestar implique en algunos casos restricciones a los derechos individuales para mejor lograr ciertos objetivos de bien común, tampoco es demostración de que sea antitética con la noción de Estado de Derecho, pues ésta también admite la limitación de los derechos individuales con finalidades de interés público, y en definitiva, "si el 'Estado de Bienestar' reduce por un lado la esfera individual, lo hace para poder acrecentarla por otro", por lo que "la afirmación del *Welfare State* no implica de por sí una negación del *Rechtsstaat*, sino que presupone en cambio su permanencia y hasta su expansión" (1).

Más difícil es el tema de la eficiencia y eficacia del Estado de Bienestar en asignar y gastar los recursos de finalidad social. Es claro, por ejemplo, que algunos sistemas previsionales brindan demasiado poco y gastan excesivamente en la supervivencia de su propia estructura, personal, gastos corrientes, etc. Por eso últimamente se comienza a explorar un poco más la idea de beneficios y ventajas sociales que no estén operadas directamente por el Estado, como el seguro de empleo, las obras sociales, mutualidades, etcétera.

19. *Garantías individuales y garantías sociales*

Dentro de la temática del Estado de Bienestar se habla a veces de "garantías sociales", que serían las manifestaciones concretas de sus postulados: el amparo del trabajador, la asistencia social, los seguros sociales, etcétera;

18.(1) TREVES, *op. cit.*, p. 7. En igual sentido LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, San Pablo, 1966, p. 490.

incluso algunas constituciones modernas incluyen entre los derechos de los individuos, al par de los clásicos, estos "derechos sociales". La Convención Americana incluye los derechos económicos, sociales y culturales como pauta programática.

Según la formulación que se les dé, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la misma sanción de la norma constitucional y sin necesidad de norma legislativa alguna que los reglamente, o podrán en cambio resultar derechos programáticos, propuestas u objetivos de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no deciden efectivizarlos.

Entre los primeros figuran generalmente las disposiciones que establecen el derecho a la huelga, derecho operativo; entre las segundas, normas que establezcan, por ejemplo, el derecho del obrero "a la participación en la dirección de las empresas", que no son exigibles sin ley que las regule. Por lo general, los derechos sociales requieren para su operatividad la implantación de todo un sistema normativo e institucional, por lo que no suele ser suficiente la mera inserción en la Constitución de una "garantía social".

Señala BURDEAU que "los textos que los enuncian están menos dirigidos a condensar en una fórmula solemne las realidades del derecho positivo, que a trazar para el futuro un programa al legislador" (1). En esa medida resulta a nuestro juicio dudosa la supuesta conveniencia de modificar la Constitución para incorporarlos, como ocurrió en 1949, ya que ellos pueden ser introducidos directamente por la legislación sin necesidad de una reforma cons-

19.(1) BURDEAU, GEORGE, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; Kelsen, HANS, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, ps. 261 y 262.

titi
esa
dac
com
aqu
o su
soci
tica
exis
e in
tam
19.1
B
expi
Ley
que,
por
que
entr
nos
cues
indi
sició
Es
rant
indi
e ile
de la
tivid

titucional previa y, a la inversa, sin esa legislación y esa instrumentación práctica no existirán en la realidad, a pesar de que en la Constitución se los incluya como normas programáticas. Con todo, no interesa tratar aquí el criterio para interpretar una norma constitucional o supraconstitucional a efecto de determinar si los derechos sociales que "crea" son normas imperativas o programáticas, sino plantearse cuál es la relación concreta que existe entre los "derechos sociales" de contenido actual e imperativo, y los tradicionales derechos individuales también dotados de imperatividad actual.

19.1. *Acerca de la posible contradicción entre ambas*

BURGOA, refiriéndose a la Constitución mexicana, plantea expresamente la cuestión: "... se ha afirmado que nuestra Ley Fundamental es incongruente consigo misma, puesto que, por una parte, consagra garantías individuales y, por la otra, establece garantías sociales, conceptos ambos que a veces se oponen" (2). "Ante tal aparente oposición entre las garantías individuales y las sociales, al menos en materia de trabajo, nos formulamos la siguiente cuestión: ¿Son en realidad incompatibles las garantías individuales y las sociales? ¿Existe efectivamente oposición entre ambas?" (3).

Este autor resuelve la cuestión señalando que "las garantías individuales persiguen como objetivo proteger al individuo como *gobernado* frente a las arbitrariedades e ilegalidades del poder público, frente a los desmanes de las autoridades depositarias del ejercicio de la actividad estatal", mientras que las garantías sociales ten-

19.(2) BURGOA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, México, 1961, p. 184.

19.(3) BURGOA, *op. cit.*, p. 185.

derían a proteger sólo a las clases económicamente desfavorecidas, y no tanto frente a las autoridades públicas sino frente a las clases económicamente más poderosas (4). En sentido similar BURDEAU considera que los derechos sociales son de una clase y específicamente de la clase obrera (5).

No creemos, sin embargo, que el problema pueda resolverse de ese modo, *a*) porque las garantías individuales clásicas no sólo son oponibles al Estado sino también a los demás habitantes (libertad, etc.), aunque la finalidad básica sea la primera; *b*) porque las garantías sociales, por su parte, tampoco son sólo oponibles a otros individuos económicamente más poderosos, sino también al mismo Estado (jubilación, seguro social, asistencia médica); *c*) por último, todos los individuos y no solamente las clases obreras son titulares de derechos sociales; prueba de ello es que existan sistemas jubilatorios no sólo para los obreros sino también para los profesionales e incluso para los propios empleadores, patrones y propietarios en general; lo mismo puede decirse del derecho a la asistencia médica gratuita, tanto en un sistema de medicina privada con hospitales públicos, como en un sistema de medicina socializada; el seguro de desempleo, etcétera.

19.2. Complementariedad

En realidad, ambos tipos de garantías —si es que una tal división puede efectuarse— se reafirman mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementan. ¿Podríamos decir que la libertad de enseñar y aprender sería efectiva sin una libertad de expresión

19.(4) *Op. cit.*, ps. 186 a 187.

19.(5) *Op. cit.*, p. 310.

del pe
sin la
quier
tiva e
garan
jos de
en car
los de

Des
de ca
chos
les (p
en fo
estar
cerba
irraz
tarer
trata
justa
man
near
una

C

un l

19

20

la 1'

plan

Teor

Adm

del pensamiento? ¿O que la libertad personal sería plena sin la de entrar y salir del país? Evidentemente, no: cualquier garantía de libertad será siempre más plena y efectiva en la medida en que existan también las llamadas garantías sociales; por ello, la existencia de éstas, lejos de significar una contradicción con aquéllas, implica en cambio su revitalización más plena; como diría BURDEAU, los derechos sociales "revalorizan la libertad" (6).

Desde luego, siempre existirá el problema de la medida de cada uno de los derechos: si exacerbamos los derechos individuales en detrimento extremo de los sociales (por ejemplo, negando la posibilidad de expropiar tierras en forma adecuada para realizar una reforma agraria), estaremos desvirtuando el Estado de Bienestar; y si exacerbamos los derechos sociales en perjuicio excesivo e irrazonable o arbitrario de los derechos individuales estaremos violando el régimen del Estado de Derecho. Se trata de una cuestión de equilibrio, a resolverse en forma justa y razonable en cada caso; que puede, por la humana falibilidad, resolverse en alguna oportunidad erróneamente, en uno u otro sentido, pero no por ello configura una antítesis, directa ni indirectamente.

20. *La libertad en el Estado de Bienestar* (1)

Como afirma ROBSON: "*La libertad debe desempeñar un papel vital en el Estado de Bienestar* y un interro-

19.(6) *Op. cit.*, p. 311.

20.(1) Para el desarrollo subsiguiente del tema nos remitimos a la 1ª edición de esta obra; a nuestra *Introducción al derecho de la planificación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982; o a la *Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984.

gante crítico de nuestro tiempo es *hasta dónde la libertad es compatible con un grado sustancial de igualdad*. La respuesta, como HOBHOUSE claramente vio, depende de qué entendemos por libertad. La idea tradicional de libertad ha sido la ausencia de restricciones por el Estado. Postula que los hombres deben ser libres para seguir la ocupación que ellos elijan, disponer de su capital o de su trabajo como les plazca. Deben tener libertad de expresión y de reunión, libertad para no ser detenidos y encarcelados arbitrariamente, libertad para asociarse con otros en organizaciones de grupos por propósitos sociales, políticos o económicos. Estos tipos de libertad han sido protegidos por la ley, por la administración de justicia independiente, y por la democracia política. Realmente, una de las grandes diferencias entre el Estado de Bienestar y el régimen totalitario reside en la presencia de tales salvaguardias de la libertad individual. Ningún país que tenga policía secreta, en el cual los ciudadanos están expuestos a arrestos arbitrarios, donde las ideas peligrosas pueden llevar a juicio criminal, donde es un crimen propugnar un cambio de gobierno puede ser un Estado de Bienestar."

"No obstante, las antiguas formas de libertad no son suficientes para asegurar el bienestar, y ellas necesitan ser suplementadas por una nueva interpretación de la libertad. La libertad debe ser positiva y no solamente negativa. Debe existir no solamente libertad contra el Estado sino también libertad alcanzada a través del Estado en la forma de oportunidades para el completo desarrollo ofrecido a cada individuo."

Cuando uno contempla la amplia cantidad —no siempre calidad, justo es decirlo— de protección que el Estado de Bienestar otorga (legislación protectora de los niños, las mujeres, los trabajadores; servicios sociales para la rehabilitación de las personas accidentadas, abandonadas

o incapacidad
prevención
titudinal
puede afectar
lectiva a
cuerpos
ha sido
mentado
el campo
la sustancia
más amplia
HOUSE se
además
Estado
no podía
tos del
tado int
miliar, s
la entra
sus opin
la vida
tes regi
ciones s

Por e
de activ
implique
del pens
del país
más del
la esfera
Estado

o incapacitadas; educación a la juventud; servicios de prevención y cura de enfermedades; fomento de las actividades recreativas; etc.), se concluye en que: "No se puede afirmar que esta vasta estructura de actividad colectiva administrada por las autoridades públicas o por cuerpos de voluntarios ayudados por dineros públicos, ha sido hostil a la libertad. Por el contrario, ha incrementado la libertad de millones de individuos extendiendo el campo de actividades abierto a ellos, enriqueciendo la sustancia de sus vidas permitiéndoles una oportunidad más amplia para la autoexpresión y participación. HOBHOUSE señaló 'que existen otros enemigos para la libertad además del Estado, y que es, en efecto, por medio del Estado que los combatimos". Añadió, no obstante, "que no podíamos presumir que cada ampliación de los actos del Estado fuera favorable a la libertad. Si el Estado interviene en el control de la vida personal y familiar, si decide lo que se debe vender y comprar, restringe la entrada y salida del país, persigue a los hombres por sus opiniones, establece un sistema de espionaje sobre la vida privada de sus ciudadanos y requiere constantes registramientos con propósitos múltiples, tales acciones son claramente opuestas a la libertad" (2).

Por ello, entendemos que la ampliación de la esfera de actividad del Estado es sólo admisible en tanto no implique una invasión de las libertades públicas (expresión del pensamiento, domicilio, correspondencia, reunión, salir del país, etc.) o una irrazonable restricción de los demás derechos individuales; más allá no sólo salimos de la esfera del Estado de Derecho sino también de la del Estado de Bienestar.

20.(2) ROBSON, *op. loc. cit.*

21. *Crisis y cambio*

Todo lo expuesto sobre el Estado de Bienestar ha tenido una potencialidad creciente durante varias décadas en las cuales muchos países iberoamericanos consiguieron niveles constantes de incremento de su desarrollo económico, lo cual facilitó implementación de políticas redistributivas y correctoras de las desigualdades e injusticias sociales.

A partir de la década del ochenta, el excesivo endeudamiento de muchos países, en los cuales el solo pago de los intereses de la deuda externa absorbe todo posible crecimiento y condena a un crecimiento negativo, con más una crisis económica general que objetivamente determina situaciones de austeridad pública, introduce nuevos condicionamientos y limitaciones a aquellas ideas. De alguna manera se tornan más críticos y necesarios algunos principios del derecho administrativo moderno: participación decisoria de los ciudadanos, controles más eficientes de racionalidad, de oportunidad y mérito, mecanismos operativos de responsabilidad, etcétera (1).

21.(1) Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestros libros *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981; *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982 y *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, op. cit.; *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1982, etcétera.

Capítulo IV

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Derecho público y privado

El derecho público (derecho penal, derecho tributario o fiscal, derecho constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (derecho civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, derecho comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí (1). Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o in-

1.(1) Comparar GARCÍA MAYNEZ, CARLOS, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, ps. 130 y ss. Otras teorías son expuestas por VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, ps. 63 y ss., y por SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, ps. 17 y ss. CIRNE LIMA, RUY, *Preparação ã dogmática jurídica*, 2ª ed., Porto Alegre, 1958, ps. 27 a 41.

terconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público.

Ello ha llegado a ser así debido a que, generalmente, toda vez que el legislador o el juez ha considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pie de la letra la legislación común.

Una consecuencia de esto es que en el derecho público hay a menudo una relación de *subordinación* (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, un número de atribuciones superiores a los derechos individuales del habitante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la *coordinación*: los sujetos se encuentran allí en un plano de cierta igualdad. Esa diferencia de régimen tiene en parte por raíz sociológica que por lo general tales relaciones afectan el "interés público", colectivo, o el "interés privado", individual, respectivamente.

Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*; ni se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las del derecho privado, ni de que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo de que las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares van acumulando una serie de prerrogativas y privilegios para el Estado, y de que tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y las entidades estatales requiere principios diversos de los del derecho común. De tal forma esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen en determinado momento un todo estructurado y regido por

principios propios, ajenos al derecho común: las que empiezan siendo excepciones se tornan principios, y así las reglas generales del derecho privado se ven desplazadas por éstos. Al llegar a esa situación, es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios e instituciones correlativas y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho general: allí nace el derecho público.

2. El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas

2.1. Los conceptos de fuente

Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serían aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable, y las segundas las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras. Fuentes en sentido formal serían así la Constitución, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia; fuentes en sentido material u "orígenes", los hechos sociales, doctrinas y costumbres. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes, y dicen así que las fuentes del derecho administrativo son la ley (en sentido amplio), la doctrina y la costumbre (1); otros agregan a los hechos como fuente formal (2).

Estas dudas provienen de una confusión, no tanto sobre el concepto de fuente como sobre el concepto de dere-

2.(1) BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, t. I., p. 75.

2.(2) JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, ps. 125 y ss.; reimpresión de la 3ª ed., Offenburg, 1948, ps. 125/6.

cho administrativo: puesto que éste es una rama de la ciencia del derecho (una disciplina; un saber) que analiza el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa, las fuentes de la disciplina serán todas las normas y principios —sea cual fuere el origen de éstos— que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos.

Si, en cambio, se considera que el derecho administrativo es el conjunto mismo de esas reglas y principios, sería absurdo pretender que la ley, por ejemplo, sea fuente del derecho administrativo, pues ello significaría que es fuente de sí misma (3); en este concepto del derecho administrativo, hablar de fuente no tiene sentido —salvo en el aspecto puramente sustancial (4)— y lo que nosotros estudiamos aquí como “fuentes” debe analizarse bajo el nombre de “derecho administrativo objetivo” (5). Conceptuar el “derecho administrativo” de una u otra manera no tiene gran trascendencia, pero debe cuidarse que la noción de “fuente” sea coherente con la misma.

Considerando pues al derecho administrativo como una rama de la ciencia del derecho, las fuentes del mismo serán en sentido estricto únicamente aquellas normas y principios que tienen imperatividad, esto es, que integran el orden jurídico positivo; todo aquello que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es

2.(3) ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Milán, 1958, p. 59.

2.(4) Es decir, “fuente” en el sentido de condiciones sociales, económicas, etc., de un pueblo que originan que el legislador establezca nuevas normas. Ver SARRÍA, FÉLIX, *Derecho administrativo*, 4ª ed., t. I, Córdoba, República Argentina, 1950, ps. 172 y ss.

2.(5) Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60.

fuen
juríc
Te
misi
trati
adel

2.2.

N
en c
trati
de n
A
nos
mo
de e
adm
leye
regl
sitiu
nist
D
grar

2.
se cl
vas)
MARI
t. I,
2.
nistr
1984
do m
cho
ción

fuerza en sentido social o político, pero no fuerza en sentido jurídico (6).

Tomamos así posición en contra de la injustificada admisión de la doctrina como fuerza del derecho administrativo; en cuanto a la costumbre, la consideraremos más adelante.

2.2. *El derecho administrativo como fuerza y objeto de conocimiento*

No debe pues confundirse al derecho administrativo en cuanto *rama del conocimiento*, y al derecho administrativo como *parte del orden jurídico positivo*, como *conjunto de normas jurídicas* (7).

Así como al hablar del derecho civil podemos referirnos tanto al Código Civil y leyes complementarias, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes, así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de leyes administrativas, principios de derecho público y reglas jurisprudenciales que integran la *normación positiva*, el *régimen jurídico positivo* de la función administrativa, como en la *disciplina que los estudia*.

Dado que el conjunto de leyes y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llega a nues-

2.(6) También puede decirse, en sentido similar, que las fuentes se clasifican en "directas" (las basadas en normas jurídicas positivas) e "indirectas" (las que no se basan en normas positivas). Así, MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 197.

2.(7) En tal sentido de LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Traité de droit administratif*, t. 1, 9ª ed. por VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, París, 1984, p. 12; REVIDATTI, por su parte, recoge esta distinción utilizando mayúsculas en el primer caso y minúsculas en el segundo, *Derecho administrativo*, tomo 1, Buenos Aires, 1984, ed. de la Fundación de Derecho Administrativo, especialmente ps. 94 y 95.

tro conocimiento y valoración a través del estudio y análisis de los mismos y que, por lo tanto, nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, debe darse preferencia al concepto de rama del conocimiento antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo es, pues, en primer lugar, una disciplina o una rama de la ciencia del derecho. No creemos convenientes, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como un "conjunto de normas y de principios de derecho público" (8), pues hacen prevalecer el carácter normativo o de fuente antes que el aspecto metodológico o cognoscitivo (9).

Desde luego, al definir formalmente al derecho administrativo como disciplina o rama del conocimiento jurídico, no significa que deje de usarse la acepción, en segundo lugar, también en su significado de "conjunto de normas positivas", pues la noción de "derecho" recibe casi siempre esa ambivalencia que ya señalamos (como disciplina y como conjunto de normas). Pero ello no quita que al darse específicamente la definición *metodológica* corresponda usar más adecuadamente el vocablo. Así como nadie definiría al derecho civil como "el conjunto del Código Civil y sus leyes complementarias", así tampoco parece adecuado definir al derecho administrativo como un "conjunto de normas y de principios de derecho público". Ubicándolo en la distinción que se hace del derecho

2.(8) Así BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. I, Buenos Aires, 1964, p. 37; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 77; MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 149; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 264.

2.(9) Siguen nuestro criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 10; DIEZ-HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, tomo 1, Buenos Aires, 1985, ed. Plus Ultra, p. 67; REVIDATTI, *op. cit.*, p. 130, en la doctrina argentina.

en razón del objeto, en una disciplina o rama del derecho público (10).

3. No es solamente derecho interno

3.1. El régimen administrativo internacional

No creemos adecuado expresar que constituye una rama del derecho público *interno* (1), por cuanto existe hoy en día, incipiente, un régimen administrativo internacional (la organización administrativa de los organismos internacionales: ONU, OEA, BID, CIES, ALALC, Corporación Andina de Fomento, Mercado Común Centroamericano; el régimen administrativo del *personal* de tales organismos internacionales; sus *contratos* y *actos* de carácter administrativo, etc.) (2).

Si bien los organismos internacionales están fundamentalmente bajo el régimen del derecho internacional público, ello no quita que tengan también, según se ve, un régimen de derecho administrativo que no es "interno"

2.(10) Comparar similar distinción en REVIDATTI, GUSTAVO A., *Derecho administrativo*, t. 1, ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, pág. 95, quien menciona "una forma de concebir el derecho administrativo" como "subsistema jurídico" y una forma "de definir el Derecho Administrativo" como "disciplina que estudia ese subsistema y que es parte de la Ciencia Jurídica"; ver también ps. 128 y 130.

3.(1) VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 77; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de direito administrativo*, t. I, San Pablo, 1966, p. 182; DIEZ-HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 67. REVIDATTI, *op. cit.*, p. 81.

3.(2) Ver, por ejemplo, VILLAGRÁN, FRANCISCO, *Teoría general del derecho de integración económica*, Costa Rica, 1969, ps. 165 y ss.; VERGARA ESCUDERO, EDUARDO, *Bases institucionales y jurídicas del mercado común centroamericano*, Santiago de Chile, 1969, ps. 32 y ss.

a ninguno de los países contratantes, y que tampoco integra estrictamente el derecho internacional público (3). Los principios de competencia, jerarquía, control administrativo, deber de obediencia de sus agentes, estabilidad en sus empleos, derechos y deberes del cargo, requisitos de validez y competencia de los actos, etc., son todos los propios del derecho administrativo (4) y no los del derecho internacional (5). Por tales motivos nos inclinamos por no hacer la limitación antedicha en la definición de la materia, máxime cuando una creciente tendencia del mundo hacia la integración subregional, regional y mundial hace cada vez más importante el mentado aspecto internacional de la disciplina.

3.2. *El régimen supranacional de garantías individuales*

Donde más claramente se advierte que el derecho administrativo no es meramente derecho interno, es en la existencia y aplicabilidad de un régimen internacional o supranacional de garantías individuales y libertades públicas, como es el contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La ratificación de di-

3.(3) Ver IPSEN, HANS PETER, *Deutsche Verwaltung und europäische Wirtschaftsintegration*, en la revista "Die öffentliche Verwaltung", Stuttgart, 1968, números 13/14, ps. 441 y ss. Comparar *supra*, capítulo II, punto 3.1., e *infra*, capítulo V, número 9.

3.(4) Los tribunales administrativos internacionales, por ejemplo, no aplican a los agentes internacionales normas o principios de derecho internacional. Ver VELASCO, EUGENIO, *Los tribunales administrativos en general y el del Banco Interamericano de Desarrollo en particular*, Washington, 1985, cap. II, ps. 16 y ss., y la bibliografía de las ps. 36 a 39.

3.(5) Algunos autores distinguen entre Derecho administrativo internacional y Derecho internacional administrativo. Así REVIDATTI, *op. cit.*, ps. 80 y 81; pero no parece posible negar la existencia del primero por afirmar la del segundo.

cha C
timien
teram
Rica, e
y nori
consti
de su
cación
verem
ferirn

4.1. E
or

Las
parte
hemos
solo un
vas, de
pruder

3.(6)
internac
El siste
Civitas,
3.(7)
ca "un e
ropeo, p
bre todo
3.(8)
ropeo el
4.(1)
máticas
tra obra
de Estu

cha Convención por nuestro país, y nuestro igual sometimiento a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, es la más clara demostración de que existen principios y normas de derecho administrativo, de carácter supraconstitucional y supranacional (6), que constituyen una de sus bases elementales (7), sin perjuicio de su aplicación operativa y directa como derecho interno (8). Volveremos sobre el tema en el capítulo V, punto 1, al referirnos a las fuentes del derecho administrativo.

4. *Es un derecho en formación. Conjeturas y refutaciones*

4.1. *El carácter primario, en formación, etc., del ordenamiento jurídico-administrativo*

Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un verdadero sistema coherente, sino tan solo un complejo o conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales, frecuentemente asistemáticas (1).

3.(6) En el plano europeo, SÁNCHEZ MORÓN habla de un derecho internacional de los derechos humanos; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

3.(7) En igual sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 15, destaca "un estándar mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo, por encima tanto de Estados y regímenes políticos, como, sobre todo, en el orden práctico, de sistemas y tradiciones jurídicas".

3.(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 16, recuerda en el caso europeo el "valor en derecho interno" de la Convención.

4.(1) Hemos expuesto más detalladamente las influencias asistemáticas en el ordenamiento administrativo en el prólogo de nuestra obra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1984, Instituto de Estudios de Administración Local, páginas VII a XVI.

A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se halla ésta completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales o de derecho supranacional para configurar una institución de derecho administrativo: eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, a arbitrariedades y despotismo de los órganos administrativos cuando los jueces carecen de personalidad para imponer la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones.

4.2. *Las conjeturas y refutaciones en la ciencia del derecho administrativo*

Por lo mismo que es un derecho en *formación*, como generalmente se dice (2), o un derecho *joven* o *reciente*, como también se ha dicho (3), no siempre resulta convincente en sus construcciones. Sus hipótesis y conjeturas resultan frágiles ante la contrastación con la experiencia, en la medida que no llevan a una administración respetuosa de los derechos, y que la arbitrariedad administrativa subsiste a despecho, o al amparo, de las teorías. Nuevas conjeturas e hipótesis son así constantemente necesarias.

A juicio del autor, en esta materia existen muchas construcciones, teorías e "instituciones" que no siempre tienen una base lógica o jurídica fuerte: frente a ellas es necesario adoptar una drástica actitud, un espíritu crítico cartesiano de duda permanente, y estar decidido de

4.(2) VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 47; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147; BIELSA, *op. cit.*, 6ª ed., t. I, p. 37; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 281.

4.(3) RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 27, 10ª ed., 1983, p. 31; CLARKE ADAMS, JOHN, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, 1964, p. 21; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 148.

antemano a cortar de raíz con aquellas teorías y doctrinas que no tengan un fundamento evidente, y que en la experiencia sirvan para el autoritarismo y no para la libertad.

Conjeturamos que una explicación psicológica de esta peculiaridad del derecho administrativo puede ser una inconsciente tendencia a tratar de crear principios propios y específicos que den un falso color de legitimidad al ejercicio del poder, sea éste bien o mal ejercido; que "justifiquen" la existencia autónoma de la materia, frente al derecho común (4); de ese modo el poder ostentar una serie de teorías extrañas es la mejor demostración práctica de que la autonomía existe y de que alguna extralimitación del poder es válida (5). Pero eso queda o debería quedar (6) para el pasado; no estando ya en tela de juicio la autonomía científica de la materia, es hora de que madure definitivamente y se despoje del ramaje y la fronda innecesaria, que le impide a veces ver claramente la realidad.

Para superar las observaciones de que es una materia muy "oscura", "teórica", "inventada" o muy difícil, nada mejor que atacar directamente las causas de su

4.(4) Véase una aguda comparación práctica entre derecho civil y administrativo, en cuanto a su evolución, en WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, 8ª ed., Munich, 1971, p. 1. Ver también NASS, OTTO, *Reforma administrativa y ciencia de la administración*, Madrid, 1964, ps. 175 y 176, a quien sigue MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 43.

4.(5) Comparar MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967, ps. 42 y 43: "Este es el drama íntimo del Derecho administrativo: su innata aspiración a ser un Derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de Derecho episódico".

4.(6) REVIDATTI, *op. cit.*, ps. 240 y 241: "Así como el Estado ..., se forma tras el triunfo que el rey consiguió sobre los señores feudales, a los que debía tributo, y al poder temporal de la Iglesia, al que debía obediencia, así esta nueva disciplina, poco a poco deja de pagar tributo y de rendir obediencia ... La separación, por supuesto, nunca fue absoluta".

oscuridad, dificultad, irrealidad, etc.; es necesario entonces tratar de dar fundamentos empíricos lógicos y jurídicos a los principios e hipótesis que se enuncian, y en caso de no encontrarlos, pronunciarse decididamente por la supresión del supuesto principio (7). Es lo que hacemos, por ejemplo, con las conocidas teorías del "poder de policía", de los "actos de gobierno", de los "servicios públicos", de la "jurisdicción administrativa", de la "ejecutoriedad" del acto administrativo; de la "doble personalidad" del Estado, de las "potestades" administrativas, etcétera.

Si se procede de otro modo, o sea, si se acepta continuar repitiendo las construcciones y conjeturas elucubradas sin base real en el pasado (8), entonces el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia esotérica, árida, supuestamente oscura, difícil y compleja, realmente teórica e inmadura, a despecho constante de la realidad, en un falsamiento permanente de sus dogmas. Su madurez intelectual definitiva sólo la alcanzará verdaderamente cuando no sea necesario, en una obra de la materia, ocuparse de tales falsas teorías y principios y pueda omitirse su consideración sin peligro de que el error reaparezca en la mente de los juristas de un mundo libre y un Estado moderno, post-feudal.

Que quede el camino abierto para conjeturas más audaces y renovadoras, para ideas nuevas, para nuevas contrastaciones. Como dice POPPER: "No sabemos: sólo podemos adivinar ... Pero domeñamos cuidadosa y austeramente

4.(7) O en otras palabras, verificar su falsedad a través de hechos y experiencias que demuestran que tales teorías son sustento de comportamientos autoritarios, excesos, abusos, etc., no censurados ni controlados, que son la antítesis del derecho administrativo.

4.(8) O peor aún, conjeturas verificables en la realidad del Estado feudal o absolutista, pero falsas en la contrastación con un Estado moderno y democrático. Comparar REVIDATTI, *op. loc. cit.*

estas conjeturas o 'anticipaciones' nuestras, tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas ... nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino, por el contrario, tratamos de derribarlas ..." (9); "... el único medio que tenemos de interpretar la Naturaleza son las ideas audaces, las anticipaciones injustificadas y el pensamiento especulativo: ... los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia ... La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales" (10).

5. *No se refiere principalmente a los servicios públicos*

Ese conjunto de normas y principios no se refiere exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*, sino que abarca a toda la *función administrativa*, trátese o no de servicios públicos: la función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos.

Por ello puede considerarse superada, en ese aspecto, la definición de BIELSA: "conjunto de normas positi-

4.(9) KARK L. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, ps. 259 y 260.

4.(10) POPPER, *op. loc. cit.*

vas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública" (1); si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó especialmente sobre la noción de "servicio público", han surgido otros temas de importancia y que tienen una relación directa con aquélla: además de los mencionados, puede recordarse toda la teoría del *acto administrativo*, de las *empresas estatales* que no prestan servicios públicos sino que realizan actividades comerciales o industriales, de la *planificación*, etcétera. Por ello, si bien la noción de servicio público sigue siendo para algunos importante, no es en absoluto la más importante de la materia, y no justifica por ello que se defina en base a ella al derecho administrativo (2).

Por nuestra parte, la consideramos superflua y sin base científica alguna (3).

6. *No se refiere exclusivamente a la administración pública*

Algunas definiciones antiguas (1) y otras modernas (2) consideran que el derecho administrativo estudia la actividad de la administración pública, o lo que

5.(1) BIELSA, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37.

5.(2) Confr. VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *op. cit.*, t. I, p. 55; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 138; REVIDATTI, *op. cit.*, ps. 104 a 108, etcétera.

5.(3) *Infra*, t. 2, capítulo XIII.

6.(1) SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903, p. 38; SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Córdoba, 1950, p. 50.

6.(2) DIEZ, MANUEL MARÍA, *op. cit.*, t. I, ps. 263 y ss.

es lo mismo, del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina prefiere ampliar el campo del derecho administrativo al estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo, sea o no realizada por los órganos administrativos (3).

En realidad, la cuestión está supeditada al criterio que se adopte al definir qué es la función administrativa o la actividad administrativa: si se interpretara que sólo el Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes realizan función administrativa regida por el derecho administrativo, entonces es coherente definir a este último de ese modo. En cambio, si se acepta que también los Poderes Legislativo y Judicial realizan actividad de tipo administrativa sujeta a los principios de esta disciplina, entonces la conclusión contraria es inevitable. No podrá, en efecto, sostenerse que haya actividad administrativa de estos poderes, regida por los principios del derecho administrativo y no comprendida, sin embargo, en la definición de este último (4).

En consecuencia, entendemos que el derecho administrativo no sólo estudia la actividad del *órgano* administración pública, sino más bien el total de la *actividad* de índole administrativa, sea que la realice el órgano administrativo o los órganos Poder Judicial o Poder Legislativo, e incluso las personas no estatales en cuanto ejercen poderes públicos.

6.(3) Entre los autores modernos que inicialmente receptaron el primer criterio, pero luego adoptaron el segundo, ver GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, t. I, 1961, ps. 26 y ss., y su 9ª ed. 1985, ps. 171 y ss., y sus referencias de la nota.

6.(4) Acerca del problema de si existen o no actividades de los otros poderes regidos por el derecho administrativo, ver lo que desarrollamos *infra*, capítulo VII.

7. *No sólo estudia las relaciones de la
administración pública*

Aun tomando al concepto de administración pública en sentido amplio —abarcando todo órgano que ejerza función administrativa, sea él o no órgano administrativo—, no será suficiente con indicar que el derecho administrativo estudia las relaciones “entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí” (1), porque también estudia la organización interna de la administración, su estructura orgánica y funcional, y los medios de la actividad administrativa y la forma que ella adopta (2).

Por tales razones se prefiere denominar al derecho administrativo en el sentido que abarca “la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa” (3), o “la organización y la actividad de la administración pública” (4), o “la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados” (5).

Estas definiciones, sin embargo, pecan en parte por exceso y en parte por insuficiencia. Son excesivas en cambio enumeran los dos elementos en cuestión —organización administrativa y relaciones— lo que puede parecer un poco superfluo si se tiene en cuenta que dado que la or-

7.(1) VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 77.

7.(2) ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Milán, 1958, ps. 26 y 27: “la parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las consecuentes relaciones jurídicas entre la misma y los demás sujetos”.

7.(3) SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 21.

7.(4) DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 264.

7.(5) MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149.

ganización administrativa hace al estudio del sujeto u órgano que ejerce la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo *estudia el ejercicio de la función administrativa*.

En esta tesitura, hemos sostenido que no es necesario aclarar expresamente que dentro del "ejercicio de la función administrativa" se incluye el estudio del órgano que la ejerce, pues dicha inclusión es obvia (6). En efecto, si no resultara claro que hablar de la actividad administrativa presupone también la consideración de la organización administrativa, *a pesar de que el autor lo diga expresamente*, entonces nada es suficiente: en tal actitud sería necesario hacer una enumeración de todas las cosas que el derecho administrativo comprende, ya que muy pocas las captarían por sí mismos en forma directa de la definición. Habría que señalar entonces que el derecho administrativo estudia la "estructura administrativa, la organización centralizada y descentralizada, la función pública, el acto administrativo, los reglamentos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, el dominio público, las limitaciones a la propiedad privada ...", etc., lo que no sería conveniente.

La definición de una disciplina debe buscar un elemento de síntesis que en lo posible pueda ser comprensivo de todas las partes que la componen, y no por buscar mayor claridad debe caer en la mera enumeración. Justamente, la definición será una síntesis que por sí sola es insuficiente para el conocimiento de la materia, y que debe ser completada con los demás elementos que proporcionará la lectura de la obra.

Si, en consecuencia, los autores que incluyen la "organización" como un elemento *conceptual* del derecho ad-

7.(6) Lo sostuvimos en *Introducción al derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, 1962, p. 46.

ministrativo, además de las "relaciones" administrativas, no están dispuestos a agregar todos los demás elementos mencionados (contratos, función pública, responsabilidad, etc.), entonces tales definiciones o son insuficientes o tienen exceso al enumerar en el concepto lo que no constituyen sino elementos particulares, y no ciertamente los fundamentales de la disciplina.

8. *El derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa*

El elemento de síntesis que pueda reflejar adecuadamente la totalidad de las partes que componen a esta rama del derecho es, según lo hemos expresado anteriormente, la "función administrativa". En consecuencia, abarca:

8.1. El estudio del *sujeto* que ejerce dicha función o sea la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus *órganos* jurídicos (con los consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.) (1), de los *agentes* (2) que se desempeñan en esos órganos, y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada (entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado) (3). También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a personas no estatales, y aparece en ese caso el fenómeno de las *personas públicas no esta-*

8.(1) *Infra*, cap. IX.

8.(2) *Infra*, cap. X.

8.(3) *Infra*, cap. XI.

tales
raci

8.
pres
men
públ
seud
facu
dici
serv

8.
mo
Est
dim
revo
adm
y re
de a
terd
prov
de i
el a

8.
auto
nes
8.
8.
8.
8.
8.
8.
dond
Para
MI, I
infra
8.
8.

tales (4) (algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etcétera) (5).

8.2. El estudio de las *formas jurídicas* que dicho ejercicio presenta, es decir, los hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos, los "actos de gobierno", los "servicios públicos"; el análisis de las *facultades*, "potestades", o pseudo "poderes" que se le atribuyen por parte de la doctrina: facultades discrecionales y regladas (6), "potestad jurisdiccional de la administración" (7), "poder de policía" (8), servicios públicos (9), etcétera (10).

8.3. El estudio de los *límites* de tales facultades, como contrapartida necesaria al ejercicio del poder en un Estado de Derecho: los recursos y remedios del procedimiento administrativo (recursos de reconsideración o revocatoria, jerárquico, jerárquico menor, alzada, reclamación administrativa previa, denuncias, etc.) (11), y las acciones y recursos del proceso judicial (acción ordinaria, acción de amparo, amparo por mora de la administración, interdictos, recursos especiales de apelación; en el orden provincial, acciones de plena jurisdicción, de anulación, de interpretación, etc.) (12); por último, la sanción por el agravio causado, a través de la responsabilidad de

8.(4) Ver *infra*, capítulo VII, N° 22.2; t. 3, cap. I, N° 12. Otros autores prefieren hablar de personas privadas que ejercen funciones públicas, lo cual no altera el régimen de fondo.

8.(5) *Infra*, t. 3, cap. I, N° 12.

8.(6) T. 1, cap. VIII, nros. 10 a 17.

8.(7) T. 1, cap. VII, nros. 7 a 9.

8.(8) T. 2, cap. XII.

8.(9) T. 2, cap. XIII.

8.(10) En general, es en este ámbito de los poderes del Estado donde se encuentran las teorías de más dudoso carácter científico. Para una crítica del concepto de "potestades" en general, ver DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, op. cit., ps. 173 y ss. e *infra*, t. 2, Proemio.

8.(11) Explicamos todo ello en los tomos 4.1. y 4.2.

8.(12) Ver las referencias del t. 2, cap. XIX.

los funcionarios públicos (civil, penal, administrativa, política) (13) y del Estado (responsabilidad extracontractual por hechos y actos ilícitos de sus agentes) (14).

8.4. El estudio de los *medios materiales* puestos a disposición de esa actividad, a través del dominio público y el dominio "privado" del Estado: en general, el estudio de la propiedad en su relación con la función administrativa, sea a través de la propiedad pública, sea a través de las limitaciones que el estado impone a la propiedad privada (meras restricciones, servidumbres administrativas, ocupación temporánea, expropiación, etc.), sea a través de vinculaciones contractuales de contenido económico (los contratos administrativos).

En otras palabras, el estudio del "ejercicio de la función administrativa" es comprensivo no sólo del *quién* (8.1) ejerce la función, sino también del cómo (8.2) y con *qué fundamento* (8.2), *con qué medios* (8.4) y fundamentalmente *hasta dónde*, con qué limitaciones (8.3) se la ejerce.

9. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa

Si bien acabamos de decir que los elementos que integran la disciplina no deberían en principio ser incluidos en la definición de ésta, sino que debería buscarse una expresión que pudiera servir de síntesis a todos ellos, existen razones de otra índole que justifican aislar a uno de esos elementos y elevarlo a la categoría de caracterización conceptual de la materia.

Nos referimos a los *límites* de la actividad administrativa, y dentro de éstos en particular a la *protección*

8.(13) T. 2, cap. XXI.

8.(14) T. 2, cap. XX.

judicial
reside
derecho
contra
ministr
de los a
quitanc
el Esta
con las

Es, p
central
ca (su c
no su c
de los b
orienta
y en de
de ésto
ción ad
más tra
recho a
resada
ca y su
terna y
queda c
do entr

Asim
tección
definici
a la pro
la admi

9.(1) C
materia,
minario i
contra el
Aires, 19
dos exclu

9.(2) I

judicial del administrado frente a la administración. Aquí reside uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo: la protección del administrado contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa (1); si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias.

Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. El derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y en definitiva de la libertad humana, y la protección de éstos contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades; debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y dársele en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado.

Asimismo, debe advertirse que se habla aquí de protección *judicial* y no "jurisdiccional" como lo indican otras definiciones (2), las que se refieren más particularmente a la protección que existe dentro del mismo ámbito de la administración pública, en especial "lo contencioso-

9.(1) Como ejemplo de la importancia dada a este aspecto de la materia, puede recordarse que las Naciones Unidas realizaron un seminario internacional sobre *Los recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo* (Buenos Aires, 1959), en el que se presentaron numerosos trabajos dedicados exclusivamente al análisis de este problema.

9.(2) BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, ps. 39 y ss.

administrativo". En rigor de verdad, tales definiciones son correctas para un sistema como lo es por ejemplo el francés, en que las contiendas entre los administrados y la administración son resueltas en forma definitiva por un tribunal emanado de la misma administración, que es el Consejo de Estado, pero no lo son para un sistema judicial como el nuestro, en que tales contiendas son siempre resueltas en última instancia por el Poder Judicial (3), sin perjuicio de que existan medios complementarios —no sustitutivos— de contralor (4).

10. *El contenido de la protección judicial*

Al tratarse de la protección judicial de los individuos contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder de la administración, no se incluye con todo principalmente el procedimiento que debe seguirse ante el Tribunal Judicial al impugnarse un acto administrativo, pues ello forma parte *stricto sensu* de otra disciplina científica, el *derecho procesal administrativo*, que forma parte del derecho procesal (1). Se estudia en cambio, preferentemente,

9.(3) Ello en virtud de los artículos 18 (garantía de la defensa en juicio) y 95 (prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales) de la Constitución. Ver también BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951.

9.(4) *Supra*, capítulo I, punto 5; nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1982. Entre las definiciones que siguen el criterio expuesto en el texto encontramos, menos enfático, a REVIDATTI, *op. cit.*, p. 130.

10.(1) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, t. I, ps. 125 y ss.; ULE, CARL HERMAN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2ª ed., Munich y Berlín, 1961, ps. 14 y ss.; comparar DIEZ, MANUEL MARÍA, *Control judicial de la administración. El proceso administrativo*, "Revista Argentina de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1971, n° 1, ps. 11 y ss., p. 16.

aquel
el jue
otro.

10.
tos de
norma
dos, d
Sin
caract
minist
estos
creto-l
la des
cándol

10.2
judicia
aunqu
te sinc
existe
en algu
doba, e
doza, e

10.3
trativa
chos d
to es in
bunale

10.(2)
dicial de
administ
111 y ss