

“ Clasicismo y modernidad del Derecho Administrativo como vínculo entre la acción administrativa y el derecho ”

Por Tomás Hutchinson

Abogado. UBA.



1. Preliminar

El objeto de la presente colaboración consiste en realizar un análisis a formal del Derecho administrativo¹ argentino actual, a la simple luz de la experiencia que proporciona una larga vida –gracias a Dios– de funcionario judicial, abogado, docente y, por cierto, de ciudadano. El propósito es analizar algunos de los lugares comunes más enraizados en nuestra doctrina y jurisprudencia, proporcionando así una visión relativamente crítica del Derecho administrativo y el papel que realmente juega en la sociedad, así como de los condicionamientos que distorsionan su aspiración básica, de ser útil a las exigencias de un país en transformación.

Nada de lo que digo es absolutamente nuevo, muchas de las cosas que planteo las he leído, escuchado, dicho o escrito en mi periplo “administrativo” que empezó hace muchos años y que me ha llevado hasta aquí. Es decir, lo que digo no es original ni deja de pertenecer al dominio público de la literatura jurídica y no jurídica. En el mejor de los casos lo que con este análisis pretendo es cristalizar un estado de opinión que puede que comparta alguna parte de los que se dedican a esta disciplina.

El Derecho administrativo argentino está emergiendo de la dura prueba del “Estado portaliano”² que contrajo su espíritu al orden, la supervigilancia y el control (Silva Cimma). Los grandes cambios de pensamiento ocurridos han dejado atrás las construcciones clásicas, que no le permitirán volver a encarnarse en el Estado constitucional, el Estado liberal individualista, el Estado social, el Daseinsvor-*sorge* (Forsthoff) dentro del Estado existencial o en el Estado neoliberal de los 90 del siglo pasado. En nuestra materia en Latinoamérica, son conocidos los esfuerzos pioneros de Rafael Bielsa, en nuestro país; Sayagués Laso en Uruguay y Nuñez Borja en Perú, por citar sólo algunos. Luego, les han seguido muchos.

1. El Derecho administrativo tiene que ver con la manera en que se relacionan la Administración y el Derecho. Al respecto, podrían señalarse tres tipos de relaciones: a) una de total independencia (aquella no sería *tocada por* el Derecho, se regiría por *normas de buena administración: de eficiencia y eficacia*). De algún modo, ello se habría dado en Prusia en el s.XVIII, época de la *Fikustheorie* o vinculación privatista del príncipe; teoría que tiene sus orígenes en el Derecho romano; b) otra, al modo de las relaciones de las personas naturales con el Derecho (un ámbito de *libertad plena*, pero limitado por éste, para que su actividad no viole el ordenamiento jurídico normativo). Se da mucho en las visiones estatistas; y, c) aquella en que el Derecho configura, estructura y condiciona la Administración. Ocurre cuando se considera al Estado sujeto del Derecho y regido por éste. Ocurre cuando el Estado se convierte en persona jurídica.

2. Derivación del nombre del gran jurista francés Jean Étienne-Marie Portalis (uno de los redactores del Código Civil francés). Con esa calificación quiere señalarse que la convicción de los hombres de 1810 veían en la ley la expresión original de la voluntad colectiva, traducida en mandatos obligatorios y coactivos, y en la administración y la justicia como meras formas de ejecución de esa voluntad hacia la comunidad.

2. La historia y el Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo no puede desvincularse de la historia y, muy especialmente, de la historia política; en ella encuentra su verdadero fundamento y de ella recibe su filosofía y trazos característicos³. No se trata de recordar el pasado, sino, por el contrario, de conocer el suelo del que el Derecho Administrativo ha extraído la savia con la aún hoy en día se nutre⁴. Esta materia, como disciplina jurídica⁵ se

3. El Derecho Administrativo nació del Estado de Derecho y de la tradición occidental. Antes, los gobernantes usaban el poder en su beneficio o en de sus allegados y no cobró mucho vuelo por las vallas creadas por el Derecho que elaboró la Revolución Francesa de acuerdo con los intereses de la clase que triunfó, por lo cual ciertas esferas de acción del Estado en la sociedad era un coto vedado al cual él no podía llegar. La cultura occidental se reconoce heredera de la antigüedad clásica: de Grecia en lo que es la democracia; de Roma, lo que es el Estado y el Derecho, desde las *Dodici Tabule* hasta el *Corpus Iuris Civilis*, que desde el s. XI con Irnedio (Universidad de Bolonia) se proyecta al resto de Europa donde alcanza el carácter de derecho común. El derecho romano, recepcionado por Europa, fue el derecho justinianeo. Las grandes revoluciones libertarias de EEUU y Francia impusieron en el mundo europeo, y luego, en el latinoamericano, los grandes principios políticos del mundo moderno. Frente al Estado absoluto, reivindicaron la individualidad y exaltaron la libertad y la propiedad. La familia jurídica europea continental tuvo dos grandes fuentes históricas: el Digesto y el Código Civil francés, en una cosmovisión que recorrió el mundo con la pandectística alemana (Gerber; Laband; Georg Jellinek) liberando el derecho positivo de cualquier contaminante metajurídico. La cohesión filosófica del derecho occidental permite que presente parámetros comunes: libertad personal; propiedad y seguridad individuales, elementos comunes que permiten hablar de un sentido culturalmente unitario, pero en su aplicación a cada país ha adquirido dimensiones diferentes, originando dos grandes culturas jurídicas: la del derecho romano justinianeo y el *common law* basado en el derecho romano clásico, anterior al derecho imperial.

4. La pandectística habría de influir en la escuela de Viena, que llegó a asimilar el Estado al Derecho. Dentro del campo del Derecho público, el Derecho Administrativo recogió esa concepción formal. Así, Giannini y Zanobini han señalado que aquél nació en la vida jurídica el 16 de febrero de 1800, cuando entró en vigencia en Francia la primera ley relativa a la Administración Pública. Pero, de lo que no cabe duda, es que el Derecho administrativo es un producto cultural de la Europa continental. Según esa cosmovisión jurídica, el ordenamiento está conformado por dos esferas del derecho: el *ius civile* (derecho del hombre, dominado por la autonomía de la voluntad) y la del *ius publicum* (derecho de la autoridad, dominada por el principio de la legalidad).

5. Algunas disciplinas jurídicas remontan su origen a un pasado más o menos remoto, lo que no ocurre con el Derecho Administrativo. Esto es llamativo si se tiene en cuenta que es razonable suponer que las normas administrativas (es decir, aquellas que son objeto de análisis por esta disciplina) son muy antiguas. Y es lícito pensar que sean las normas más antiguas, pues al constituirse una sociedad política, casi seguramente se regularon las relaciones de ella con sus miembros, antes que las de estos entre sí. No se puede hablar del Derecho Administrativo como disciplina científica coordinada, con puntos de vista propios y especiales, para apreciar los múltiples actos jurídicos de la administración del Estado o la vinculación de éste con los súbditos en la época del Estado policía. Había en éste, sin ninguna duda, normas que regulaban sobre organización administrativa, prestación de servicios y tributaciones, e incluso, tribunales (ver nota 6), pero todo derivaba de la potestad del príncipe y, por lo tanto, él le podía poner fin en cualquier momento. Por eso no podía constituir una rama especial del derecho; se trataba de un objeto y conocido que no fue estudiado durante mucho tiempo y ello recién ocurrió cuando advino el Estado de Derecho, caracterizado por la misión de las autoridades y los particu-

remonta a la segunda mitad del siglo XIX⁶ y ha experimentado desde entonces una rápida evolución. Cada etapa superada lo ha marcado en forma indeleble y puede hablarse de la cuestión evocando una imagen geológica: a cada edad pertenece una capa diferente y el Derecho Administrativo actual posee elementos que corresponden a otras épocas y que son expresivos de concepciones muy diversas. Comprender este fenómeno es esencial para el que quiera conocer esta disciplina y entender sus problemas fundamentales.

Sólo cuando el Estado se hizo cargo de muchos problemas, cuya solución era confiada a la iniciativa particular o de servicios prestados a la comunidad, que antes lo proporcionaban entes privados⁷, el Derecho administrativo cobra relieve y personalidad inconfundible en el campo jurídico y se agiganta la figura del Estado⁸ –uno de los sujetos de este Derecho–.

Antes del derecho administrativo, los derechos y obligaciones que servían a los fines públicos no estaban separados de los que servían a los intereses privados. Con el nuevo derecho del s. XIX, el Estado deja de ser considerado como un vínculo entre individuos, utilizado para fines e intereses individuales, y se le reconoce el carácter de ente común: una institución elevada por encima de los individuos y puesta al servicio de los intereses colectivos superiores y generales (no son la mera suma de los intereses individuales).

El Derecho Administrativo intentó ser una respuesta

lares a la ley y con la consagración de acciones jurisdiccionales a favor de los particulares (Consejo de Estado francés). Por eso se ha dicho que para que exista Derecho Administrativo es indispensable la división de poderes (Sandulli, D'Alessio; Bodda; Treves) o la aceptación de la teoría de las diferentes autonomías funcionales (Jellinek). El primer libro de Derecho Administrativo alemán es de 1896 (Otto Mayer).

6. Es una fecha en cierto modo arbitraria, pues lógicamente, no nació espontáneamente en un determinado momento. La Revolución francesa impone la regla de Derecho a la Administración jerárquica y centralizada, que Napoleón toma de la monarquía desaparecida. Para Silva Cimma puede hablarse de Derecho Administrativo como rama del Derecho, cuando se consagran las acciones jurisdiccionales en favor del particular –al comenzar la grandiosa creación jurídica alcanzada por el Consejo de Estado francés y el Tribunal de Conflictos desde 1870 en adelante– (Pantoja Bauzá).

Cabe decir que en el derecho alemán, el *ius privatum* era el único medio de protección jurisdiccional del individuo por medio del artificio del fisco. Ello explica el desarrollo del Derecho Administrativo alemán sobre bases privatistas.

7. Para los “liberales” del s. XIX, la Administración no tenía contenido intrínseco: la acción de *ejecución de las leyes* estaba comprendida íntegramente, ella encontraba su principio y fin en la ley. Lo que ha ganado el “administrado” con esta concepción es evidente; ella fundó el Estado de Derecho, limitada por la ley y después, gracias a la obra del juez administrativo, interpretando ampliamente el principio de legalidad, por la regla jurídica en general, la Administración dejó de ser arbitraria.

8. Según la concepción liberal, la acción administrativa hubiera podido hacer suyo, hasta una época reciente, el lema de la *Maison d'Orange*: “yo mantendré”. Mantener el orden; mantener el Estado, son fines que subsisten, pero ellos ya no son suficientes para definir una acción que pretende promover, remodelar y modificar las estructuras, sustituir el desorden nacido del juego natural de las libertades individuales por un orden racional: urbanismo, planificación económica; políticas de ingresos; sanitaria y social, son algunas de las grandes tareas de la Administración actual (ver §10).

de técnica jurídica –y de técnica sustancial, no solamente formal– a una nueva situación: el reconocimiento de la existencia de intereses colectivos. La evolución posterior del Derecho Administrativo va a girar sobre esos dos polos, que son los que van a explicar la posición de ese derecho en cada época⁹.

3. La existencia del Derecho Administrativo es un milagro

La existencia de esta rama jurídica es, en cierto modo, sobrenatural. Porque en el caso de los particulares, tanto su actividad como sus relaciones, están reguladas por normas que se les impone desde el exterior y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo está bajo la autoridad y la sanción de un poder externo y superior: el del Estado. Pero resulta asombroso que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la ley. Está en la naturaleza de las cosas el que un Estado crea, de buena fe, estar investido de poder para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se sujete a sí mismo para considerarse obligado a permanecer en los cauces de un derecho que le dicta determinadas formas de conducta y le prohíbe otras.

También es en cierto modo milagroso que se haya regulado y el gobierno aceptado que sus decisiones tengan que someterse a la censura de un juez. ¿Por qué razón

este último, irresponsable¹⁰, es menos susceptible de equiparación que aquél que ocupa el lugar de mando y que es responsable de sus actos? Hoy día estamos, ciertamente, acostumbrados a ver que el Estado está limitado por el Derecho y sometido al control judicial. Pero, para apreciar en su exacta medida el valor de este estado de cosas, es necesario que de vez en cuando se produzca una reacción gubernamental que se desvíe, que se salga de lo habitual¹¹. Es imprescindible, por otra parte, no olvidar las lecciones de la Historia, la conquista del Estado por el Derecho es relativamente reciente y no está aún universalmente alcanzada¹². La "razón de estado" no capitula de un día para el otro y no hace mucho que el Estado de Derecho ha reemplazado al Estado policía¹³.

4. Es un derecho ligado a la función administrativa

El Derecho administrativo, en su acepción más amplia e inmediatamente perceptible, es el conjunto de reglas y principios definidores de los derechos y obligaciones de la Administración, es decir, del aparato administrativo cuando ejerce la función administrativa. Este rasgo fundamental, tan ligado a las bases constitucionales, no debe pasarse por alto si es que quiere entenderse la materia. Por eso es un derecho que no es, ni puede ser, como los restantes; puede decirse, siguiendo a Villar Palasí, que lo administrativo está transido de politicidad, por ser instrumento, medio y cauce de la política que cambiará según lo haga el Estado y, en definitiva, la sociedad. En todo caso, sus reglas, conceptos e instituciones no pueden ser comprendidos con nitidez si se utilizan las pautas interpretativas normalmente utilizadas en el Derecho Civil.

La inaplicabilidad del derecho privado no tiene siempre un sentido de incremento de los derechos de la Administración, sino que muchas veces implica su reducción¹⁴.

9. En el continente europeo, el Derecho Administrativo va a configurarse como una serie de medidas teleológicamente enderezadas con el interés colectivo (lo que refleja la naturaleza autoritaria del Estado –basta recordar que salvo brevísimos paréntesis revolucionarios, Francia y Alemania eran países autoritarios–) pero que ofrece una garantía particularizada en ciertos derechos e intereses mediante la impugnación ante los tribunales. Así, aparecen éstos como defensores de la libertad y la propiedad. Como ello iba en contra del dogma inicial, la Revolución francesa excluye la intervención de los tribunales judiciales, pero sigue concediendo la defensa jurisdiccional encubierta bajo el manto de protección a todos los ciudadanos. A fines del s XIX el apogeo del liberalismo exacerbó la evolución y se produjo la inhibición del Estado cuando se acercaba a los negocios de la clase dominante. Abandonó el interés colectivo por los derechos de los particulares. A comienzos del s XX la cuestión no cambió hasta la aparición de Duguit (un jurista socialista no marxista) que denuncia en el derecho administrativo francés, el desplazamiento del centro de gravedad del Derecho Administrativo desde la persecución de los intereses colectivos a la defensa de los derechos individuales. Y para restablecer el equilibrio (ese es el secreto) que contrapesa insiste en el fortalecimiento de los servicios públicos. Las ideas de Duguit duraron lo que un lirio. La ideología liberal encontró en el Derecho Administrativo un baluarte y la mayoría de los que se han dedicado a la materia han sido quienes (a sabiendas o no) mejor han dominado la técnica de paralizar el Estado. El pensamiento de Duguit influyó años después en ForsthoFF (profesor de indiscutido prestigio, aunque en momentos críticos no pudo resistir la tentación ideológica que asoló su país: Alemania) que vuelve a hablar del interés colectivo (Daseinvsorge) al expresar que el hombre ha perdido su autonomía y se encuentra en un mundo que se le escapa (la economía, el trabajo, los servicios, etc.). El individuo no puede subsistir por sí mismo ni dominar el medio del que depende. Es el Estado el que debe asumir la responsabilidad de que ese ambiente ajeno permita la vida humana; la atención de los intereses colectivos es lo que permite la supervivencia de cada uno (ver § 10).

10. Desde el punto de vista jurídico, no está regulada entre nosotros la responsabilidad del juez por su actividad judicial.

11. Por ejemplo, en nuestro caso, repasemos aquellos supuestos, por todos conocidos, en los que el Gobierno no ha cumplido ciertas sentencias de la Corte Federal.

12. Las relaciones entre la Administración y el Derecho fueron, y aún hoy lo son en gran parte, de subordinación. Durante mucho tiempo dueña de sus actos, la Administración debe insertarlos en el marco de la legalidad. Si se aparta de la regla, el interesado puede oponerle ante un juez su derecho o, incluso, el Derecho. La ideología liberal se encuentra en el origen de esta transformación, pero esa solución ha sobrepasado la esfera del mundo liberal. El primado de la legalidad socialista, cuando primaba en los países del este europeo, se imponía a sus administraciones y la presencia del procurador, en cada escalón de la jerarquía de las colectividades soviéticas, era el símbolo de la sumisión al derecho.

13. En la historia de la humanidad, la sumisión de la Administración al Derecho es reciente y frágil. Por más acuerdo que al respecto exista en el mundo contemporáneo, el tiempo que este principio ha tardado en imponerse (y no total- mente) basta para demostrar que no cae de su peso. Por cierto, esa sumisión debe respetar el papel de la Administración y entonces deberá estar sometido a un derecho hecho a la medida de su actividad. Es contrario a la realidad de las cosas someterla a un derecho de los simples particulares.

14. Aunque algunos no demasiado advertidos crean que el Derecho administrativo estudia las prerrogativas del poder, lo que pretende es

Los particulares escogen libremente a sus empleados y contratantes, la Administración está sometida a reglas severas para la selección de los agentes públicos¹⁵ y la elección de sus contratistas. Junto a la “Administración imperativa” existe la “Administración obligada”; junto al “poder público”, la “servidumbre pública”.

Los particulares escogen libremente sus fines, la Administración está obligada a procurar el cumplimiento del interés general y, aún más estrictamente, en muchos casos, el cumplimiento de un fin preciso señalado por la ley a cada tipo de poder. Tiene sus raíces en problemas tan fundamentales de las ciencias políticas como son las relaciones del Estado con el ciudadano, la autoridad con la libertad, la sociedad con el individuo. La anulación de una decisión administrativa no tiene ningún punto de contacto con la de un contrato pactado entre particulares o con la de un acto civil.

Suele argumentarse que la separación de poderes no es, esencialmente, una distinción de funciones que se corresponda con una división de trabajo, sino un reparto de atribuciones de poder inherente a la soberanía interna del Estado. De esos tres poderes, es el gobierno quien, indudablemente, se ha beneficiado en el reparto con la mejor parte: es el único que directamente dispone de la fuerza pública, en la acepción más amplia del término; es el llamado a tomar las innumerables decisiones que exige la labor diaria del Estado; es, por último, el que más se ha beneficiado de la extensión que ha experimentado aquél en sus atribuciones y competencias, porque el intervencionismo económico y el incremento del poder de policía apenas si han modificado el repertorio de atribuciones de los otros dos poderes.

Como vimos, milagrosamente nacido, el Derecho Administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado. No sólo sería difícil, contra su voluntad, obligar materialmente al gobierno a someterse a la norma jurídica y a la sentencia del juez, sino que el Estado podría, al menos en teoría, poner fin en el momento que lo desee a la autolimitación que ha consentido. Son varias las condiciones que tienen que darse para que el milagro se reproduzca y dure, estando todas en conexión íntima con la forma del Estado, el prestigio del derecho y de los jueces, el espíritu del momento y la base democrática de la sociedad.

Así, el Gobierno está sometido al derecho y al control judicial no solamente en su relación con los otros poderes –lo que es estudiado por el Derecho constitucional– sino también en la marcha del inmenso aparato administrativo que tiene a su disposición para hacer prevalecer su voluntad en el orden interno. La sumisión de la Administración al derecho no puede presentarse en los mismos términos según se tenga en vista las estructuras administrativas o la acción de la Administración. El derecho administrativo organizati-

vo (Prelot) responde a una necesidad que se ha manifestado desde un principio¹⁶. Para determinar las prerrogativas de los cuerpos, los actos jurídicos son necesarios (aunque más no sea para fundar la autoridad del agente). Bajo formas distintas, la existencia de reglas jurídicas define las estructuras de los órganos. La sumisión de la acción administrativa a la regla del derecho provoca otros problemas. Puede parecer que el objeto y la finalidad del poder administrador se oponen a toda regla previa. En la época liberal, la soberanía de la ley reduce la Administración a una función subordinada: la ejecución de las leyes. Sin embargo, durante mucho tiempo amplios sectores de la acción administrativa quedaron sustraídos a la influencia del derecho¹⁷.

¿Es que una actividad totalmente orientada hacia la solución de problemas situados en el tiempo y en el espacio puede plegarse a una norma abstracta por naturaleza? La flexibilidad que requiere la acción ¿puede acomodarse a la rigidez inherente a la regla? ¿Su generalidad es compatible con la diversidad de casos a tratar? Eran las preguntas de los que entendían que el respeto al derecho era incompatible con los imperativos de la acción. No obstante, la sumisión de la acción al derecho ha terminado por imponerse.

Existe un vínculo necesario e inescindible entre el modelo político y constitucional y el Derecho Administrativo, pues es la rama del Derecho que debe adaptarse a las políticas públicas definidas a través de los procesos políticos y constitucionales

5. Sumisión al derecho. ¿Pero a qué derecho?

Este es un debate que dividió los países del *Common law* y los que proceden del sistema romano-germánico. La tradición de aquellos se aferra a la lógica de la sumisión de la Administración al derecho. El derecho es uno: el *Common law*. Someter la Administración al derecho equivale a someterlo al *Common law* y al control del juez, como están sometidos los particulares¹⁸.

Los Estados continentales europeos niegan esta lógica. La Administración debe acomodarse a la sumisión al derecho, pero depositaria del interés general y para hacerlo pre-

estudiar las limitaciones que el poder tiene en el caso. Por otra parte, es una realidad que es un subsistema jurídico que debe encajar perfectamente dentro del sistema general que rige las cuestiones jurídicas.

15. Comprenderá Ud. lector que no vivo en el limbo. Hablo de la teoría; en la práctica en nuestro país no se ingresa ni se asciende por concurso y la forma de nombramiento es tanto o más libre que en una empresa privada.

16. Por lo que al derecho administrativo se refiere, no parece dudoso que el proceso de su creación y aplicación se inicia fundamentalmente a través de la organización estatal.

17. Por ejemplo, la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causa. Hubo que esperar a 1883 en Francia; 1922 en Bélgica; 1946 en Gran Bretaña y 1947 en EEUU.

18. La índole especial del pensamiento inglés, tal como aparece, sobre todo por el influjo decisivo de FRANCIS BACON, puede caracterizarse por las palabras “empirismo” e “inducción”. El pensamiento inglés no estriba en violentar los hechos por la razón, sino que busca la razón en las cosas; para él, razón es “la naturaleza de la cosa”. La peculiaridad del sentido del derecho inglés es que no está orientado hacia un derecho ideal, hacia una justicia superpositiva, sino, por el contrario, hacia el derecho inglés vigente. La cultura del *common law* nació en la Edad Media en Inglaterra. Por ese se ha dicho que el derecho común inglés es el monumento más sorprendente de la jurisprudencia medioeval (Davis).

valecer sobre la resistencia de los intereses privados, debe conservar las prerrogativas del poder público. El derecho común, derecho de las relaciones entre voluntades iguales, no se adapta a las relaciones necesariamente desiguales entre los particulares y la Administración. El único derecho susceptible de limitar útilmente el poder público debe proceder, no de su negación, sino de su reconocimiento.

Con el tiempo se ha demostrado que las dos soluciones no son irreductibles; entre uno y otro hay una gama de soluciones intermedias que han servido de transición, de manera que la frontera que supuestamente los separaba se ha diluido en una zona incierta¹⁹.

De todos modos, es preciso señalar en este estado que lo que caracteriza a un sistema normativo no sólo es lo que se aplica sino también lo que se inaplica (Nieto). Para eso basta analizar el número de normas que duerme en los anaqueles del Boletín Oficial y, por cierto, analizar las causas.

6. ¿El derecho es un límite o un instrumento para la Administración?

La relación que el liberalismo esperaba establecer entre la Administración y el Derecho se ha invertido; sometida al derecho, la Administración, procede a una especie de reconquista. Sometiéndose a la regla con la cual se la pensaba dominar, modelándola en función de los imperativos de su acción, obtiene antes que la disminución de su poder, un aumento del mismo²⁰.

¿Así, el derecho es un límite o un instrumento para la Administración? Cuando la ley refleja auténticamente la voluntad de la mayoría del país, los principios fundamentales extraídos por el juez conservan su función original de protección del particular por una limitación ponderada de la arbitrariedad administrativa. El derecho que la Administración elabora o inspira, al contrario, se reduce a un reglamento que tiende a reforzar la autoridad del poder administrativo.

El Derecho administrativo es, como se vio en el punto

19. La cierto es que hay en esencia, una diferenciación formal más que sustancial. Hasta comienzos del siglo XIX, las decisiones de las autoridades investidas de poderes administrativos ingleses creaban, de a poco, un cuerpo de derecho sobre materias de la Administración, que iban concentrando en los archivos. Esto forjó una nueva entidad jurídica, en cuanto comenzó a apreciarse el valor de los precedentes almacenados en los archivos -territoriales y ministeriales- que jugaron un relevante papel, porque el *State Paper Office* estaba organizado desde 1578. Esos precedentes daban continuidad y unidad a la actividad administrativa y eran casi la única garantía de los súbditos frente a la arbitrariedad de las autoridades. En un principio, tales precedentes no formaban -tampoco en un primer momento en Alemania o Francia- un cuerpo de derecho que se diferenciase del resto de las normas jurídicas. No formaron un específico Derecho administrativo, sino *un complejo de normas especiales* que se integraban en el derecho común.

20. Grecia, vencida, conquistó a su feroz vencedor; asimismo la Administración, sometida al derecho, ha logrado, de alguna manera, poner el derecho a su servicio. El incremento de la potestad reglamentaria es buena prueba de ello.

4, un instrumento jurídico del Estado para cumplir sus fines. ¿Pero es verdaderamente un refuerzo? El poder administrador, como poder público, no es fuerte y eficaz hasta que es aceptado. La proliferación de los reglamentos, su tenacidad, su complejidad burocrática, no facilitan esta aceptación. Suscitan la invitación y el desprecio de una regla juzgada abusiva. No sirviéndose de ella, la Administración tiene muchas posibilidades de obtener de la masa de la ciudadanía su adhesión, sin la cual no es una autoridad verdadera.

7. Las influencias externas

¿Cuál es el resultado formal del proceso de producción del derecho objetivo? El Boletín Oficial demuestra una maraña informativa donde predominan los intereses de unos determinados grupos políticos o económicos, lo que resulta fácil de demostrar. Pero ocurre que el Derecho no se agota en el momento formal en el que aparece en el Boletín Oficial, sino también en lo que se aplica en los tribunales.

Conviene aclarar, de todas maneras, que el Derecho Administrativo real no es el de los Boletines Oficiales ni tampoco el de los repertorios jurisprudenciales. Lo fundamental es la Administración en marcha o, mejor, la actividad jurídica de la Administración. Cuando ésta actúa puede colisionar con los intereses de grupos que interactúan con el Estado. En esos casos, éstos acudirán a la protección judicial, recabando para ello el auxilio de los abogados. Y acá se produce una consecuencia curiosa (que mucho tiene que ver con la creación del derecho administrativo -sea directa o indirectamente-). El comentario de los fallos (sea que se consideren acertados o no) sienta doctrina. Por eso, lo que ordinariamente se entiende como defensa del ciudadano, muchas veces es la defensa del cliente y el Derecho Administrativo, en gran parte, se ha convertido en una disciplina del cliente²¹.

Los grupos de intereses, que nunca se han visto frenados por la majestad metafísica del Estado, se han visto menos aún por los funcionarios concretos, a los que presionan con todos los resortes económicos y no económicos de su poder con visibles resultados. La burocracia, aunque pueda resistir determinadas presiones de carácter individual, salvo casos muy raros de excepción, está al servicio del sistema político dominante, lo influye en el Derecho Administrativo vigente.

8. El control del gobierno no puede ser la única preocupación del Derecho Administrativo

Cabe señalar que el control del gobierno no puede ser la única preocupación del Derecho Administrativo, que

21. Esto, de manera alguna, tiende a menoscabar la función de los abogados como defensores del cliente y como doctrinarios. Son, además, la mejor defensa contra los abusos del poder. Pero, tampoco hay que negar la influencia que tienen en el quehacer del Derecho Administrativo y cabe señalar que, al revés de lo que figura en el decálogo del comerciante, no siempre el cliente tiene razón. No siempre la solución favorable al particular es la más justa.

debe preocuparse también de asegurar los medios con los que cumplir sus fines a la administración. Sumisión de la Administración al Derecho, pero sumisión a un Derecho que le permita cumplir plenamente su misión de interés general.

La evolución permanente del Derecho Administrativo es una consecuencia necesaria de su naturaleza de fenómeno social. Cada sociedad se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica; aunque, como puede suponerse, el proceso de arrastre o influencia no es mecánico, sino sutil. Dicho con otras palabras: ¿cuáles son los avatares de ese largo proceso circular de creación y aplicación del Derecho, que arranca de la sociedad y que hasta que vuelve a terminar en ella se va articulando en los eslabones del Estado, la Administración (incluyendo la burocracia) y los Tribunales? Pero, ¿quién es el señor del Estado? Desde luego, no lo son todos los habitantes; ni siquiera todos los ciudadanos. En cualquier caso, para nuestros efectos, el resultado es el mismo: ya no es la sociedad entera, sino sólo una de sus partes o ciertos grupos -los dominantes- los que, a través del Estado, producirán el Derecho²².

En lo que se refiere al Derecho administrativo, parece obvio que el proceso se inicia fundamentalmente a través de la organización estatal. Lo que significa que la relación sociedad-Derecho no es directa: aquél no emana de forma inmediata de la sociedad, sino del Estado, y, por ende, será señor del Derecho el que resulte ser señor del Estado. En un principio lo eran los propietarios, pero esa afirmación, válida en nuestro país para principios del 19 y el siglo XX, no parece totalmente válida ahora²³. Los administrativistas solemos hablar de un modelo de sociedad pluralista compuesta por múltiples grupos y fracciones, que asedian el Estado y participan en él de diversas maneras, sin llegar nunca a dominarlo por completo. Más aún: el auténtico papel del Estado sería precisamente el de árbitro y componedor de todos estos grupos e intereses contrapuestos, actuando el Derecho administrativo como su instrumento equilibrador²⁴.

El control del gobierno es una misión indiscutible y por tanto muy positiva, pero también es cierto que parece lógico exigirle siempre al juzgador una parte de prudencia, lo que resulta más notorio, en mayor medida, cuando se trata de enjuiciar a quien cuida los intereses generales. El papel de los jueces respecto a la Administración suele, a veces, alcanzar un protagonismo primordial porque los poderes del juez, si no se contienen, si no son incluso autocontenidos, pueden adquirir una enorme incidencia y -hay que decirlo con claridad- no siempre es positiva para la cosa pública, si no se tiene una visión muy ajustada de todo el conjunto de consecuencias de su decisorio.

Es fácil observar cómo dentro de las varias soluciones posibles, son muchos los que apuntan a pautas de interferencia judicial exacerbada a la hora de articular los controles. Lo que puede resultar, en muchos casos, que el juez no sólo vigile o controle, sino que interfiera, se inmiscuya y adopte decisiones que reclaman una amplia ponderación de circunstancias que no siempre un juez está en condiciones de reunir. No sólo en los tribunales contencioso administrativos asistimos a un proceso creciente y muy marcado en que cualquier tribunal incide radicalmente en sus decisiones en la actividad administrativa, proyectándose sobre ésta un sutil tejido de mandatos judiciales que, con frecuencia, llegan a dificultar enormemente el normal desempeño de las competencias administrativas²⁵. Creo que es este uno de los datos más vivos de la actualidad administrativa, que es enormemente preocupante. También ocurre que, a veces, los jueces responden a intereses políticos y, consecuentemente llevan a tal control a las autoridades de signo político distinto que impiden o dificultan su accionar.

No es infrecuente que se extrapolen los aplausos y que cualquier decisión judicial que contenga o paralice la actuación administrativa sea coreada como positiva o de avanzada. Hay medidas de contención oportunas. Si bien nunca hay que bajar la guardia, no estamos ante un modelo inalterable y granítico de Estado y, en concreto, de Adminis-

22. El Derecho Administrativo, a veces, ha cobijado (con o sin tapujos) entre sus principios, normas e instituciones, grandes bolsones de autoritarismo (no puede confundirse con autoridad) y, en otras, ha sido útil al interés de las corporaciones de cualquier signo y no ha apoyado al bien común.

23. El sufragio universal, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones comunitarias, etcétera; han roto, al parecer, el monopolio burgués, y el Estado, en efecto, se encuentra (o debería encontrarse) en el centro de todos los sectores, por encima de todos los egoísmos particularistas.

24. El Derecho Administrativo debe desarrollar principios e instituciones que garanticen el equilibrio entre el cumplimiento del interés público real y el respeto de los derechos de todos. No sólo el de los clientes de los abogados que litigan y suelen formar doctrina y jurisprudencia, sino también de aquellos que no podrían gozar de los derechos de la Constitución si no es por la intervención del Estado. Ante los problemas sociales (concentración de poderes, marginación social, crisis económicas y financieras globales, el fenómeno de la globalización e integración regional, el cambio climático, etc.) ya no basta con pensar el Derecho Administrativo como un límite ante el poder. Debe ser un equilibrador de los derechos civiles y políticos, y de los económicos, sociales y de la tercera generación. Estos derechos, sin la intervención del Estado, no llegarán a ciertos grupos minoritarios o

desplazados (ver § 9).

25. En muchos casos, la Administración actúa mal por simple imposibilidad técnica. El ordenamiento es imperfecto y la sumisión al mismo implicaría la casi imposibilidad de prestar un servicio público (recuerde lector, si los empleados trabajan a "reglamento" la prestación del servicio se transforma en un suplicio para el usuario). En ocasiones el respeto riguroso a la legalidad presupuestaria o la ilegalidad a secas, perjudica y, en ciertos casos casi imposibilita, el funcionamiento normal de los servicios públicos. Exagerando un poco -pero no tanto- diré que el funcionario conciente infringe cada día el ordenamiento administrativo (y quizás, también el penal: las malversaciones indirectas son habituales, sin que exista asomo de culpabilidad por el actor; antes, al contrario puede existir un cierto celo por cumplir con el usuario). En otros casos, tiene mucho que ver con la irregularidad administrativa la ignorancia administrativa. El manejo del Derecho requiere una técnica refinada y difícil que no siempre está al alcance del agente público. Desde hace años la política de personal de la Administración fomenta la *ineptocracia*. Muchos están interesados en que la Administración sea débil o tolerante, según los casos. La sociedad de nuestro días está de acuerdo (muchos sin entenderlo) en ser cicatera con los juristas del Estado, con los profesores universitarios y ni qué decir con los agentes de menor nivel. Los sueldos bajos, la sospecha de corrupción que pende sobre los funcionarios, ayuda a la situación.

tración pública, sino ante uno con una legitimación precisa, que busca unos fines señalados y se caracteriza por hacerlo desde unos medios pautados.

Mientras las cosas discurren por ahí, es positivo, e incluso beneficioso, que la Administración actúe, y bueno es por lo mismo que no se la interfiera por principio y, sobre todo, que no es correcto generalizar simplistamente, pues el complejo universo de necesidades a las que tienen que atender las administraciones públicas demanda técnicas y remedios enormemente diferenciados unos de otros. La cuidadosísima formación del juez en relación con la Administración Pública –y no para hacer trato de excepción pero sí para tener una sólida visión de conjunto– pasa a ser hoy un presupuesto indispensable para poder acceder a tan calificada labor, no digamos si se trata de los que van a tener que controlar por sistema a la Administración.

9. El interés público

El interés público²⁶ o colectivo –que tiene, obviamente, una esencia pluralista– no es un concepto vago que el Estado puede definir de cualquier modo, sino que está formado, en última instancia, por los derechos de las personas (Escola; CIDH, OC 5/1985). Pues el bien común es en bien de todas las personas (CSJN, "ALITT"), de allí que las prerrogativas le están conferidas al Estado para la defensa y satisfacción de los derechos individuales, sociales o colectivos. Si esto es así, cuando reconoce unos derechos necesariamente restringe otros derechos. Por eso, es labor del Estado perseguir el equilibrio entre derechos y, en su caso, resolver el conflicto entre derechos en términos de equidad e inviolabilidad de las personas y respecto de la autonomía individual.

Como ejemplifica Bielsa, la oposición entre el interés público y los derechos individuales se presenta, en el ejercicio del poder de policía, cuando se decide entre la libertad individual y la seguridad pública. Impone un proceso de preferencia (discriminación) de valores, aparentemente en oposición, aunque siempre haya una unidad conceptual hacia la cual convergen los dos órdenes de intereses y derechos (in medio veritas)²⁷.

El modo de hacer efectivos ciertos derechos es, indefectiblemente, restringiendo otros, lo que lleva a un conflicto básico: ¿Qué derechos deben satisfacerse y cuáles no? ¿Qué derecho debe restringirse? ¿Cuál es el límite de esas restricciones? ¿Cuál es el contenido de los derechos? ¿Cómo satisfacerlos? Esto será elegido por el Estado. ¿Hay jerarquía de derechos?²⁸ Desde luego, surgirá la pregunta:

¿qué Estado? Escribo estas reflexiones pensando, sólo, en uno democrático²⁹.

10. El Derecho Administrativo en el Estado Social Democrático de Derecho

Vimos que el Derecho Administrativo se construyó desde dos bases: las prerrogativas de la administración y los derechos individuales, que funcionaron como dos términos de una ecuación: autoridad-libertad (Gordillo) a los que se intentaba llevar al equilibrio. No es posible pensar el Derecho Administrativo actual sólo desde el campo de los derechos individuales, sino que es necesario pensar ese término en forma de derechos sociales y colectivos³⁰.

En nuestro país, recién en los últimos años, el Derecho Administrativo comenzó a interesarse por los derechos sociales e incorporar los derechos de tercera generación (ambiente derecho de los consumidores y los usuarios) con motivo de su expresa regulación constitucional (1994).

No obstante ello, el Derecho administrativo actual, en el marco de lo que aspiramos: un Estado social y democrático del Derecho, deja unas zonas cuya cobertura jurídica es capital para los individuos. La tecnología y la masificación han desbordado al individuo, que sólo sobrevive gracias a ciertos servicios y unas organizaciones cuya dirección ha perdido por completo. Pero ocurre que los mecanismos jurídicos que existen actualmente para atender esas necesidades son imperfectos, ya que el control de su operatividad sigue basado en la intervención de los tribunales³¹.

La relación jurídica administrativa entre la Administración y los particulares conlleva las comunicaciones³² entre dichos sujetos. En la acción administrativa es importante la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Ello importa retos a la dogmática jurídica que es necesario abordar por el Derecho Administrativo, elaborando un marco normativo adecuado que contemple las singularidades que impliquen la utilización de esas tecnologías. Lo propio cabe decir del acceso a la documentación y la transparencia de la actividad administrativa y la búsqueda del "buen gobierno".

29. En esta actualidad nuestra, la democracia presupone el Estado y el Estado presupone la democracia; o sea que la decisión que responda la pregunta debe ser tomada por la mayoría en un proceso deliberativo de participación, discusión y respeto por los sectores minoritarios.

30. Como vimos que nació (ver nota 9).

31. La ideología liberal atrae a los juristas por ser buena y honesta y defender a los individuos que es uno de los objetivos primordiales del Derecho, pero no hay que olvidar a los sujetos que no tienen acceso a la justicia ni los intereses de la colectividad. Ahí comienza la insuficiencia del liberalismo y la necesidad de su superación, la que puede encarnarse en el Estado democrático social del Derecho.

32. Para darse una idea del cambio en el área de las comunicaciones, recordemos que las comunicaciones entre España y las Filipinas tardaban en el s. XVI dieciocho meses; Napoleón III, en 1867, tardó tres semanas en saber que su ejército había sido derrotado en México. Hoy en día, las comunicaciones son instantáneas, en tiempo real.

26. El interés público y su alcance está limitado por el ordenamiento jurídico vigente, particularmente, los derechos y garantías.

27. La solución dada en la concepción liberal diferirá de la elegida en la socialista. Más aún dentro de aquella, no sería igual si se sigue la línea liberal igualitaria (Rawls) o la conservadora (Nozick – que propugna un *Estado mínimo* que proteja al individuo y haga que se cumplan los contratos). Y todavía, dentro del mismo sistema, las circunstancias influirán en la valoración del método interpretativo (Bielsa).

28. Recuerdo ahora escritos de Bidart Campos y Ekmedjian discutiendo si había jerarquía de derechos y cuál era.

11. El problema actual de la "globalización", la democracia y el Derecho Administrativo

Un factor de profunda transformación del Derecho Administrativo es el fenómeno de la globalización económica (Auby). Por él, el Estado-nación está perdiendo progresivamente su tradicional poder de decisión política y regulación jurídica a favor de dos grandes tipos de sujetos de ámbito supraestatal, uno, de carácter privado: las grandes empresas transnacionales³³; el otro público: las organizaciones internacionales o supranacionales. La pérdida de poder político de aquél frente a las grandes corporaciones privadas parece fuera de toda discusión³⁴. Estas no sólo elaboran las normas que, de facto regirán sus relaciones comerciales, al margen de los ordenamientos nacionales, (la llamada *lex mercatoria*) y someten sus disputas a órganos no estatales de resolución de conflictos (árbitros), sino que sobre todo se encuentran en condiciones de ejercer una gran influencia sobre los legisladores nacionales, exigiéndoles la continua adaptación del ordenamiento jurídico a sus intereses empresariales, bajo la amenaza de invertir su capital en otro país más atento a sus peticiones³⁵. Así, los Estados en general no dudan en adaptar sus legislaciones a las exigencias empresariales, generándose una auténtica competencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales (la llamada *regulatory competition*).

Desde una perspectiva relacionada con la reforma del Estado, alguna literatura jurídico-publicista avanza en los conceptos de "Estado coordinador y cooperativo", "Estado centralizador" y "Estado simplificador". Estado coordinador en el sentido de creador de representaciones organizativas y métodos racionalizadores que, además de asegurar la cooperación entre distintas administraciones, abren vías a la simplificación de la comunicación entre el Estado y los ciudadanos. "Estado contractualizador" (y no "Estado estatutario") que asegura relaciones contractuales con los titulares de sus órganos, funcionarios y agentes, a semejanza del sector privado, valorando el elemento humano, la formación y la gestión activa del personal ("nuevo trabajo público")³⁶.

33. En 1998 había 40.000 empresas matrices de ese carácter (más 250.000 filiales) que constituían el elemento dominante de la economía al acaparar las 2/3 partes del comercio mundial de bienes y servicios. Según Cassese en el 2002, 145.000 empresas eran multinacionales.

34. De los 100 organismos económicos más grandes del mundo, 51 son empresas y 49 son Estados. El volumen del negocio de la General Motors es superior al producto interno bruto de países como Arabia Saudita, Turquía y Polonia; los ingresos de General Electric son comparables a los de Israel y los de IBM superiores a los de Egipto; en el año 2000 el valor en bolsa de Nokia era el doble del producto interior bruto finlandés.

35. La supresión de barreras de todo tipo a la circulación de bienes, servicios y capitales permite que estas empresas puedan operar a escala planetaria y trasladar con enorme facilidad y rapidez su capital e instalaciones comerciales e industriales de un lugar a otro del globo.

36. Resulta fácil advertir que los adjetivos del Estado no son (por lo menos en gran parte de los casos) más que calificaciones denominadoras de nuevas tareas del Estado. Algunos de estos adjetivos (Estado-garantizador, Estado económico) revelan que algunas de las dimensiones de la política se transmiten a la ejecución de las políticas públicas situadas en los ámbitos gubernamental-administrativos e implementadas en términos de *governanza*. Algunas construcciones

En nombre de un verdadero "Estado descentralizador", se apunta a la transmisión a favor de comunidades regionales y locales (en el sentido de creación de "nuevas regiones"), de tareas de interés público con la consecuente transferencia de instrumentos y facultades.

Asistimos hoy a un proceso de transformación en cuanto al análisis jurídico-científico del desarrollo de la Constitución y del Derecho constitucional, íntimamente ligado a la dinámica de supranacionalización. El problema de la democracia está fuertemente vinculado a la transformación del Estado, que asume hoy, simultáneamente, tareas nuevas y distintas, relacionadas con la organización estatal y la actividad económica. En este nuevo escenario mundial de un Estado que se intenta garantizar y regulador³⁷, el modelo de legitimación de la democracia residirá, no tanto en derivaciones legitimadoras, sino en procesos de creación del derecho y en estructuras de reconocimiento recíproco, interacción y división de responsabilidades.

La cuestión es esta: ¿el concepto de democracia es el mismo en todas estas manifestaciones de Estado? ¿La democracia del Estado político-representativo es la misma que soporta el modelo de "administración garante" en el que no es raro que la definición de "política" se acerque a un género de *negotiated rule-making*? Para el pensamiento dominante la democracia presupone el Estado y el Estado presupone la democracia. Pero ¿qué democracia? ¿Qué Estado? Porque el Estado de derecho no coincide necesariamente con la democracia. Implica la sumisión de todas las autoridades públicas a una regla que las vincula, pero no necesariamente la elaboración de la norma por los ciudadanos o sus representantes elegidos según la exigencia que entendemos democrática.

La administración del "Estado garantizador-regulador" se revela como una "administración implementación". La implementación significa, en rigor, establecer modelos político-decisionarios de políticas públicas. El gobierno-dirección de estas políticas reclama legitimación democrática, lo que explica que el nuevo derecho administrativo se deba ocupar de diseñar las dimensiones de esta legitimación. Concretamente: se debe procurar imprimir un "carácter atento y dinámico a la democracia", de modo que el modelo clásico de legitimación no neutralice el recorte del modelo legitimador de una "administración plural y diferenciada", propia de las constelaciones políticas contemporáneas. El Derecho administrativo debe avanzar hacia una comprensión del principio democrático dinámico y abierto al futuro. En ri-

conceptuales, como las de "estatalidad abierta", "implementación de políticas públicas", aliadas al modelo de Estado activador y cooperativo, primordialmente estructurado con base en un derecho administrativo de cooperación, insinúan que la verdadera *ciencia de dirección* ya no es el Derecho constitucional con sus dogmas democrático-legitimadores de las decisiones político-legislativas, y sí el Derecho administrativo, ahora convertido en instancia políticamente decisoria-ejecutiva..

37. El Estado actual, no sólo pierde protagonismo a favor de organismos supranacionales (vertical), sino que está perdiendo protagonismo horizontalmente, en beneficio del mercado. En los últimos años, ha habido una verdadera reformulación del papel del Estado y sus funciones, lo que configura un nuevo equilibrio entre Estado y sociedad.

gor, no puede ser intención de la disciplina soslayarse a la comprensión normativo-institucional de la democracia, ni tampoco ubicar el problema de la legitimación en un plano infraconstitucional.

12. Alguna recomendación

Dado este panorama y pensando que la globalización vino para quedarse, hay que hacer esfuerzos para tener la mayor cantidad de políticas públicas propias. En nuestra materia, lo que tendría que realizarse en el campo de la Administración Pública consistiría en: asumir los esfuerzos que infunde la democracia para confirmar sus valores, el involucramiento cívico y la participación ciudadana Reconocer los nuevos roles que juega la ciudadanía democrática con respecto de lo público; desarrollar más formas democráticas de organización y gestión. Por otra parte, se requiere fortalecer la capacidad institucional, ya que en los Estados débiles el agujero negro es la Administración Pública. Se ha dicho que son cuatro los elementos que se deben abordar dentro de la estatalidad:

a) diseño y gestión de la organización (tarea que le corresponde a la Administración Pública);

b) diseño del sistema político (pertenece al campo de las ciencias políticas);

c) base de legitimación (se relaciona con el diseño institucional sistémico pero también comprende la dimensión normativa). Las sociedades deben legitimar democráticamente las instituciones, y;

d) factores culturales y estructurales- de carácter subpolítico, que comprende, cultura, normas y valores-.

