

## CAPÍTULO I

### BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Introducción</i> .....	39
1. Enunciación general .....	39
II. <i>Bases históricas</i> .....	40
2. El derecho administrativo en el pasado .....	40
2.1. En el Estado de policía .....	40
2.2. En el nacimiento del constitucionalismo .....	41
2.2.1. La indemandabilidad del soberano .....	42
2.2.2. La irresponsabilidad del soberano .....	42
2.2.3. Los actos del príncipe .....	42
2.2.4. La doble personalidad del Estado .....	42
2.2.5. La “jurisdicción administrativa” .....	42
2.2.6. El poder de policía .....	43
2.2.7. Otras etapas históricas .....	43
3. El derecho administrativo en el presente .....	44
3.1. El estado actual de la evolución histórica .....	44
3.2. Nuevo impulso del derecho administrativo .....	45
3.3. La intervención reguladora del Estado en la economía .....	45
3.4. El cambio social y la Administración pública .....	47
3.4.1. El consenso y la adhesión .....	48
3.4.2. La motivación o explicación .....	48
3.4.3. La participación administrativa .....	48
4. Los órganos de control del proceso .....	49
5. Otros aspectos del proceso de cambio en el derecho administrativo .....	51
5.1. Autoridad y libertad en lo económico y político .....	51
5.2. Lenguaje y realismo .....	52

5.3. Expresiones y “poderes” seudonormativos .....	52
5.4. La fuerza normativa de lo fáctico .....	53
5.5. La búsqueda de lo incondicionado .....	53
5.6. Coherencia ideológica .....	53
5.7. Democratización .....	54
III. <i>Bases políticas</i> .....	54
6. Libertad y autoridad en el derecho administrativo .....	54
7. Teorías estatistas del derecho administrativo .....	55
8. Orientación a seguir .....	56
9. La división de los poderes y el derecho administrativo .....	56
9.1. Equilibrio teórico de los poderes .....	57
9.2. Desequilibrio real .....	58
9.3. Criterio rector a adoptarse .....	59
IV. <i>Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional</i> .....	60
10. Pueblo y Estado .....	60
11. Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo .....	61
12. Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado .....	61
13. La personalidad del Estado en el sistema de la soberanía conjunta ....	62
14. La personalidad del Estado en el sistema del Estado de Derecho .....	63
15. El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad .....	64
16. Consecuencias de la personalidad única del Estado .....	64
17. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucio- nalidad .....	65
18. Los derechos individuales frente al Estado .....	66
19. Preexistencia de los derechos individuales respecto a la ley .....	66
V. <i>Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar</i> .....	67
20. Los derechos individuales en el Estado de Derecho .....	67
20.1. Crisis del liberalismo clásico .....	68
21. Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos indivi- duales .....	68
21.1. Crisis del autoritarismo .....	69
22. Una nueva solución: El Estado de bienestar .....	70
23. Estado de Derecho y Estado de bienestar .....	71
24. Garantías individuales y garantías sociales .....	72
24.1. Acerca de la posible contradicción entre ambas .....	73
24.2. Complementariedad .....	74
25. La libertad en el Estado de bienestar .....	75
26. La libertad del consumidor .....	76
26.1. Crítica al principio de la libertad del consumidor .....	76

26.2. Evaluación de las críticas.....	77
26.3. La libertad de elección depende del sistema de planificación adoptado.....	78
27. Orden y libertad.....	79
28. La distinción entre la libertad política y la libertad económica.....	80
29. El tipo de planificación y la libertad política.....	81
30. El equilibrio entre libertad y eficacia .....	81
31. Crisis y cambio.....	82



*Capítulo I*  
**BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

*I. Introducción*

1. *Enunciación general*

Si en todas las ciencias es importante conocer las bases sobre las que descansan, y la metodología que emplean, para lograr una comprensión más acabada de la disciplina, ello es particularmente necesario en el caso del derecho administrativo, por su complejidad y la falta de cohesión y de sistematización que se advierte en él.

Las “bases” que aquí pretendemos sentar constituyen, además de una explicación del sistema y la metodología a emplear, un intento de señalar los grandes rasgos de una teoría general del derecho administrativo, ubicando su posición y su significado en el mundo moderno. Nos parece en especial importante, en este aspecto, unir dos fuerzas que suelen ir separadas, como si estuvieran dotadas de tensiones antitéticas: La adecuada protección de la libertad individual, y el desarrollo coherente de la actividad económica y social del Estado actual. En realidad, pareciera que siempre se ha dado preferencia a la una o al otro, en desmedro del restante, y quienes se preocupan por uno de tales aspectos muy a menudo han olvidado o incluso negado expresamente al siguiente. Debe igualmente darse la máxima importancia a las bases constitucionales del derecho administrativo, que en nuestro sistema tienen una trascendencia decisiva sobre aquél.

En esencia, las bases de nuestra metodología, que constituyen para nosotros las grandes líneas directrices de la teoría general del derecho administrativo, son las siguientes: 1) *Bases históricas*: La ubicación del derecho administrativo en el pasado, en el presente y en el futuro, para comprender cuál es el momento y la realidad histórica en que le toca vivir, y para saber así dónde está y adónde debe ir; ello es muy importante si se tiene en cuenta que el derecho administrativo, que regula la vida administrativa del Estado, debe ir evolucionando en la misma medida que éste se transforme, so pena de quedarse irremisiblemente en el pa-

sado; 2) *bases políticas*: Los criterios políticos que deben ser rectores del derecho administrativo, en lo que hace a la salvaguardia de la libertad individual, y al funcionamiento de los poderes del Estado, para tenerlos siempre presentes como guía fundamental; 3) *bases constitucionales*: Los límites superiores dentro de los cuales el Estado debe mantenerse, y que lo configuran como Estado de Derecho; 4) *bases sociales*: El significado del Estado de Derecho como salvaguarda de los derechos individuales, debe enriquecerse complementándolo con el contenido del “Estado de Bienestar” en cuanto a la ampliación de la esfera de acción de los individuos, la liberación de la desigualdad, etc.

## II. Bases históricas

### 2. El derecho administrativo en el pasado

#### 2.1. 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 del Estado.<sup>1</sup> 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.

Históricamente esta época coincide en su mayor parte con la de las monarquías absolutas,<sup>2</sup> 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;<sup>3</sup> no se reconoce ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano;<sup>4</sup> el individuo es contemplado como un objeto del poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él.

<sup>1</sup> Por ejemplo, señala BODENHEIMER cómo pueden encontrarse normas propias del derecho administrativo ya en el mismo derecho romano: BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del Derecho*, México, 1964, p. 260 y ss.

<sup>2</sup> 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 MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 95; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 118.

<sup>3</sup> MERKL, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

<sup>4</sup> Esto, desde luego, como principio, pues siempre se encuentran en la historia países o épocas en que algún limitado grupo de derechos ha tenido algún débil reconocimiento por el soberano. Con todo, la regla puede claramente establecerse en el sentido de que “no existen reglamentos que sean obligatorios para la autoridad frente al súbdito,” como dice MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 50; en igual sentido ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1968, 3ª ed., p. 32.

Esta concepción del Estado y de sus relaciones con los administrados ha sido denominada, particularmente con relación a sus últimas manifestaciones, *Estado de policía*.<sup>5</sup> 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 público, como por ejemplo dice MAYER,<sup>6</sup> pues incluso ese principio del poder ilimitado, y las normas que de él emanaran, constituyen un cierto ordenamiento positivo; pero sí al menos puede sostenerse que no existía en absoluto una rama del conocimiento jurídico en torno al mismo.

## 2.2. *En el nacimiento del constitucionalismo*

Con el nacimiento del constitucionalismo, con la eclosión histórica de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se opera a fines del siglo XVIII un cambio en la vida política que afectará radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes. Ya no se dirá 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, que existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer por qué son superiores y preexistentes a él. Comienza una larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder.<sup>7</sup>

En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos de los individuos 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.

No fue fácil, sin embargo, el cambio del “Estado de policía” al “Estado de Derecho,” en lo que respecta al derecho administrativo. Y ello es así porque, como es lógico, el cambio institucional no se produjo de un día para otro y en todos los aspectos. El reconocimiento formal y universal de los derechos del hombre frente al Estado no hace más que marcar el jalón más importante de una evolución histórica que se remonta más atrás y que no termina tampoco allí.

De tal modo, algunas doctrinas y principios que habían comenzado a nacer con anterioridad ganaron mayor importancia y alcance, sin llegar sin embargo

<sup>5</sup> 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.”

<sup>6</sup> MAYER, *op. cit.*, p. 56 y nota 12. En realidad, dice bien RANELLETTI, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 398, que las leyes con las cuales el príncipe regulaba la actividad administrativa, “no eran obligatorias para el gobierno en sus relaciones con los súbditos; no constituían para éstos ninguna garantía;” en igual sentido LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, pp. 177 y 178.

<sup>7</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1979.

a sustituir del todo a las viejas concepciones. Varios ejemplos de esto pueden demostrarlo:

2.2.1. *La indemandabilidad del soberano.* El soberano no podía en el Estado de policía ser llevado ante los tribunales 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; de todas maneras, todavía cuesta demandar al Estado.

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 extra-contractual del Estado, la que todavía hoy dista bastante de ser plenamente satisfactoria.<sup>8</sup>

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 imperio,” primero, y de los “actos de gobierno” o “institucionales,”<sup>9</sup> 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, etc., 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. 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.

2.2.5. *La “jurisdicción administrativa.”* En la vieja época monárquica, existía la llamada “justicia retenida.” El soberano 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

<sup>8</sup> Ampliar en REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969. ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1973.

<sup>9</sup> Los “actos de gobierno” 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,” cap. XII.

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.

2.2.6. 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 limitada 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.<sup>10</sup>

2.2.7. *Otras etapas históricas.*<sup>11</sup> 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 lo fue, y esto se manifestó en intervenciones autoritarias en favor de determinados intereses o clases sociales. 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 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 este aspecto tampoco se produce una transformación fundamental entre el viejo Estado absoluto y el Estado que sucede al constitucionalismo: 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,*”<sup>12</sup> esto es, los derechos de propiedad. Con todo, no debe olvidarse el valor histórico que significa haber

<sup>10</sup> Ver *infra*, cap. X.

<sup>11</sup> En realidad, cabe subdistinguir muchas etapas históricas del derecho administrativo en el pasado. Al respecto, ver GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1970, pp. 9-62, quien analiza separadamente, el derecho romano, el medieval y separadamente los siglos XVIII, XIX y XX.

<sup>12</sup> STUCKA, PÈTR I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Turín, 1967, p. 264. Comparar GROISMAN, ENRIQUE I., *Estado y propiedad*, mimeo, Buenos Aires, 1973.

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: Ésta “respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico,” mientras que luego “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.”<sup>13</sup> Ese es, quizás, el doble juego de valores a que tiende el Estado moderno.

### 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 construcciones que para esta última se construyeron y que sólo con ella tienen sentido y fundamento.*

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, aunque nadie podrá discutir esta afirmación en principio, ello no significa lamentablemente que se la aplique. Son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espurio del pasado; la irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas, denunciar su filiación histórico-política, y suprimirlas cuando ello corresponde, 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 del derecho administrativo, y 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,<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

En lo que respecta a las demás teorías, el panorama es desolador: Todas ellas, sin excepción, 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 autor acomete es precisamente insistir una vez más en el intento de erradicarlas,

<sup>13</sup> Así lo expresa RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4ª ed., p. 23.

<sup>14</sup> 3952, del año 1900, y 11.634, de 1934.

<sup>15</sup> Ley 3952, art. 7º.

coincidiendo en ello plenamente con el espíritu y la orientación que emerge, por ejemplo, de GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros.<sup>16</sup>

### 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 manténgase atado 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 sociedad organizada presenta: Pues aunque la ciencia jurídico-administrativa no haya cambiado, la sociedad y la administración sí lo han hecho. Y en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del derecho administrativo.<sup>17</sup>

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 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 intentan introducir en las estructuras heredadas del pasado.

La transformación en países como el nuestro parece ser intermedia: Se ensaya con formas embrionarias de planificación, se incorporan al sector público del Estado sectores determinados de la producción; se toma como función del Estado la de intervenir en la distribución de la riqueza; se adopta la idea de la propiedad en función social como meta, aunque está distante aún de concretarse.

Con distintas modalidades y particularidades, se evidencia en todo caso un progresivo abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del concepto liberal de propiedad privada, y del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder. Es un intento arduo y complejo, cuyo análisis a nivel del derecho administrativo es incipiente.

### 3.3. *La intervención reguladora del Estado en la economía*

Donde primero se advierte 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<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Ver, con carácter general, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, op. cit.

<sup>17</sup> Ver también MARTÍN MATEO, "Futurología y Administración pública," *REDA*, n° 23, p. 517 y ss.

<sup>18</sup> O derecho público en general, derecho agrario, del trabajo, etc.; normas reguladoras de la producción, industria, comercialización, distribución, etc., de bienes y servicios.

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.

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.<sup>19</sup> En el segundo caso se tratará no sólo de los entes autárquicos tradicionales, sino también de las Juntas Regulatoras, corporaciones de desarrollo, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas con control accionario del Estado, etc.<sup>20</sup>

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 Estado; ahora hay que estudiar la organización económica y administrativa del Estado. El sector público de la economía crece por una parte (empresas públicas y mixtas), y el sector privado de la economía se encuentra 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. Determinar hasta qué punto modifica sus objetivos y sus postulados, hasta qué punto mantiene sus premisas, es indudablemente la tarea del jurista de este siglo y los venideros.

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 ahora, cada vez más, orientar a la empresa privada hacia la solución de los problemas de los cuales no puede alegar ignorancia o irresponsabilidad: La pobreza, la miseria, la marginalidad, la desigual distribución de la riqueza (todas manifestaciones de falta de libertad del individuo que está 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, etc.), sino que va también a la acción social por la vía económica: Regulación de precios y salarios, participación obrera en la conducción y en las ganancias de la empresa, etcétera. En otras palabras, la acción del Estado tiende a dirigirse no sólo al

<sup>19</sup> Ampliar en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973. La tendencia es hacia los planes indicativos o de tipo “orientador.”

<sup>20</sup> Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966. Ver también nuestro artículo “El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina,” *LL*, 1973, 141: 1030 y ss.

aspecto de la redistribución de la riqueza, sino también a la producción y a la preservación.<sup>21</sup>

En otro sentido, también la creciente intervención del Estado en el proceso económico ha llevado a una intensificación de los esfuerzos por producir una integración económica entre los países, como primera etapa hacia una futura integración de mayor grado. La integración de América latina se encuentra más embrionaria que la de Europa, pero de todos modos es mucho lo que se trabaja en ese sentido, y son muchos también los principios jurídicos que se han ido formando al respecto.<sup>22</sup> 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 el campo de acción del derecho administrativo supranacional, de la empresa pública multinacional, etc. Por ahora, con todo, se trata de un proceso que no ha modificado todavía sustancialmente los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales.

#### 3.4. *El cambio social y la administración pública*<sup>23</sup>

Lo antes expuesto sobre la creciente 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 individuales. Ello no es exactamente así: Por una parte, algunos derechos individuales tradicionales sufren embates —propiedad, comercio, industria—; por otra parte, otros derechos individuales no siempre vigentes en la sociedad tratan de ir adquiriendo existencia a través de la acción del Estado. (El postulado de igualdad, y la consiguiente supresión de las desigualdades sociales y económicas existentes.)

Pero no sólo eso: También nace una concepción distinta del orden social, en el cual la sociedad política y la administración que la dirige deben recibir el influjo de concepciones de renovada fuerza. 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. 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

<sup>21</sup> En particular, la preservación del medio ambiente. Ver MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Derecho ambiental*, Madrid, 1981; FERNANDEZ, TOMÁS-RAMÓN, "Derecho, medio ambiente y desarrollo," *REDA*, n° 24, 1980, p. 5 y ss.

<sup>22</sup> BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas, 1968; KAPLAN, MARCOS, *Problemas del desarrollo y de la integración en América latina*, Caracas, 1968.

<sup>23</sup> Ver también PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.

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.<sup>24</sup>

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

3.4.1. *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 no solamente 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,<sup>25</sup> sino en que la decisión misma deberá ser compartida con los destinatarios de ella.

3.4.2. *La motivación o explicación.* Del mismo modo, lo que fue en el pasado exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una “motivación” o explicitación de sus fundamentos, es hoy una exigencia política: Ahora hay que *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 democrático actual y futuro del ejercicio del poder.<sup>26</sup>

3.4.3. *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.*<sup>27</sup> 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, y la gestión tripartita de los diversos servicios públicos: Una parte designada por el poder, una parte designada por los usuarios o administrados, una parte designada por el

<sup>24</sup> Ampliar en nuestro citado libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, *op. cit.*; y en *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; *Problemas del control de la Administración pública*, Madrid, Civitas, 1982.

<sup>25</sup> RIVERO, JEAN, “À propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui: Démocratie et administration,” en *Melanges offerts à René Savatier*, París, Dalloz, 1965, p. 821 y ss., 830; CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN, “Estado democrático y Administración prestacional,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXII, n° 14, Montevideo, 1972, p. 87 y ss., p. 112.

<sup>26</sup> Como dice RIVERO, *op. cit.*, p. 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.” (CORTIÑAS PELÁEZ, *op. cit.*, p. 113.)

<sup>27</sup> Ampliar en SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, y las referencias de la nota siguiente.

personal del ente o servicio administrativo;<sup>28</sup> la obligación de realizar audiencias públicas antes de emitir reglamentos o adoptar grandes proyectos, etc.

#### 4. Los órganos de control del proceso

Toda aquella creciente intervención y actividad del Estado, que implica cuantitativamente mayor poder de la administración, mayores casos de ejercicio del poder (salvo en el caso de los controles sexuales), 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 aun más difícil.

En efecto, mientras muchos observan acertadamente *aquí y ahora* la insuficiencia del control judicial de la actividad administrativa,<sup>29</sup> e incluso la insuficiencia de los controles políticos existentes respecto de la actividad administrativa,<sup>30</sup> otros se preocupan en cambio en pensar que los jueces no tienen suficiente mentalidad 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.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Sobre el tema de la participación nos remitimos a nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio, op. cit.*; *Participation in Latin America, op. cit.*

<sup>29</sup> Ver, entre otros, PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso," *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1968, n° 55, p. 65 y ss.; "Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo," igual revista, Madrid, 1969, n° 59, p. 41 y ss. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Administración pública y libertad*, México, 1971, p. 67 y ss.

<sup>30</sup> 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, n° 1-4, Montevideo, 1972, p. 324 y ss.

<sup>31</sup> Ver CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN, "Estado democrático y administración prestacional," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1972, n° enero-diciembre de 1971, año XXII, n° 1-4, p. 87 y ss., especialmente p. 117, notas 133 y 134, y texto. Dice CORTIÑAS PELÁEZ: "En definitiva, históricamente, por formación y por profesión, es raro que el juez esté a la altura de las exigencias de su época, es casi imposible que presida, como Poder Constitucional responsable en el Estado, la evolución progresiva de las instituciones." (*Op. cit.*, p. 118, nota.) Sin embargo, esta concepción responde sólo a la imagen "popular" de los jueces, pero no se compadece con la realidad: *La reacción también puede estar*, en el aquí y ahora que CORTIÑAS PELÁEZ critica a PARADA, *entroncada en la administración* o en el parlamento; y el cambio ha estado históricamente a menudo en la mentalidad de los jueces. Ocurre con todo que sólo los fallos que implican un freno a la acción de gobierno son publicitados, pero no así las innumerables decisiones en que los jueces han cohonestado la acción de gobierno, *aceptando cambios de juridicidad cuestionable* en una interpretación tradicional. Por lo menos así es la JA en materia de poderes económicos y sociales del Estado, e incluso en materia de poderes políticos del gobierno. Cuando la jurisprudencia ha aceptado, de hecho, el pago diferido de la indemnización expropiatoria, aun con una norma constitucional que exige el pago "previo," por ejemplo, no parece que pueda merecer el mote de "reaccionaria." Véase también, en sentido contrario a la inspiración de CORTIÑAS, a BACHOFF, OTTO, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, Tubingen, 1963, p. 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, p. 139 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

Esta última preocupación nos parece peligrosa e infundada: La historia muestra que los períodos de cambio profundo, buenos o malos, arrastran tras de sí a todo el aparato estatal, y que los jueces no tienen políticamente la fuerza suficiente como para detenerlo. También se olvida que la interpretación judicial de casos, siempre callada y silenciosa, ha tenido muchas veces en la historia concepciones de cambio mucho mayores y más profundas que las sustentadas por la propia administración y aun el mismo Congreso.<sup>32</sup> Por lo demás, si los jueces están al servicio de la “reacción” y no del cambio, la culpa la tienen los poderes ejecutivos y legislativos que los nombran, de donde se desprende que éstos padecen en todo caso del mismo fenómeno y la culpa no la tiene la institución judicial aisladamente.

Creemos por ello que no hay que postularse estados futurísticos hipotéticos, con administraciones “ideales” al servicio del cambio: Ya que ideamos un futuro hipotético optimista en tal sentido, nada nos impide prospectivamente concebir a un poder judicial igualmente al servicio del cambio. Y por lo demás, la concepción del futuro debe tener sus pies bien en tierra en el presente, en el aquí y ahora: Éste no tiene administraciones tan ideales como para que no sea deseable su control, y si algo cabe decir de éste, es que es insuficiente.

Más bien pensamos, con Real, que la cuestión reside en crear nuevos y distintos órganos de control, además de perfeccionar a los existentes (v. gr., introduciendo el recurso o acción de anulación donde no lo hay; admitiendo en mayor grado la suspensión judicial de los actos administrativos, etc.; en la Argentina, dictando el siempre olvidado Código Procesal Administrativo para la Nación.) Esos nuevos órganos de control, “magistraturas” en el sentido de órganos imparciales e independientes, deben estar dotados, a diferencia de los órganos judiciales, *de poderes de iniciativa para ejercer de oficio control preventivo o represivo sobre los actos y procedimientos administrativos*,<sup>33</sup> sin perjuicio de que pueda actuar a pedido de parte, pues, el nuevo órgano del control debe actuar de oficio. El *ombudsman* nórdico sajón, ya difundido con éxito a otros países<sup>34</sup> e incorporado en la Constitución española de 1978 como Defensor del Pueblo, la Contraloría chilena, con sus virtudes y sus defectos,<sup>35</sup> son ejemplos para tener en cuenta al adoptar sistemas independientes de control. El *ombudsman* de origen escandinavo, sea en su concepción original, o en otra, puede sin duda ser un organismo

<sup>32</sup> Es el caso de la integración racial en Estados Unidos con la corte de WARREN; el principio de “*one man, one vote*,” introducido también por dicha Corte; la decisión declarando inconstitucional las leyes restrictivas o prohibitivas del aborto, etc. Y fue justamente un presidente conservador, RICHARD NIXON, quien introdujo modificaciones en la composición de la Corte para designar jueces carentes de visión de cambio y sí por el contrario dotados de actitud conservadora; de donde se desprende que la llamada “reacción” puede siempre venir del Poder Ejecutivo, y en contra precisamente de los avances jurídicos para el cambio, hechos por el Poder Judicial, en el caso norteamericano.

<sup>33</sup> REAL, “Los diversos sistemas...” artículo citado, p. 336.

<sup>34</sup> Ver, por ejemplo, el caso inglés del Comisionado Parlamentario, en WADE, H. W. R., y SCHWARZ, BERNARD, *Legal Control of Government*, Oxford, 1962, pp. 64-73.

<sup>35</sup> Ver ley 10.336, t.o. en 1964. SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, t. II, Santiago, 1961, p. 318 y ss.

que preste un eficaz servicio en el derecho público iberoamericano,<sup>36</sup> y creemos que cabe admitirlo.

También podría intentarse complementar los mecanismos de control creando tribunales administrativos, a los cuales sea potestativo acudir en defensa de los derechos del individuo, manteniendo, desde luego, una ulterior revisión y control judicial amplio y pleno.<sup>37</sup> Corresponde también, sin duda, ampliar a su vez el acceso a la justicia, permitiendo donde ello no ocurra la tutela del interés legítimo y del interés difuso (por ejemplo, para la protección del medio ambiente), etc.

## 5. Otros aspectos del proceso de cambio en el derecho administrativo

### 5.1. Autoridad y libertad en lo económico y político

Explicamos que en el pasado la intervención del Estado tendía hacia lo autoritario en lo político, y hacia lo liberal en lo económico; que en el presente y en el futuro se trata de orientar la intervención del Estado hacia la autoridad en lo económico y la libertad en lo político. Esto implica un cambio cualitativo en la actividad del Estado, pero debe tenerse presente que el nuevo equilibrio intervencionista del Estado no depende de construcciones teóricas sino del modo concreto en que se lo ejerce. Por ello, para no caer nuevamente en un autoritarismo político en aras a una supuesta o real intervención económica, se hace necesario aclarar con precisión dónde comienza y cómo funciona el ejercicio sustancial de los poderes del Estado. Hay concepciones clásicas que sustentan un poder formal más o menos autoritario del Estado: Conviene destacar que históricamente ellas no se han mantenido al margen de excesos políticos, y que el invocarlas para un intervencionismo económico o social, como puede hacérselo y se lo hace, no las depura *ipso facto* de su connotación política tradicional.

Poder de policía, servicios públicos, actos de gobierno, por ejemplo, son todavía hoy manifestación preponderante de autoridad en lo político, sin cambiar sustancialmente la libertad en lo económico. Sólo algunas tibias intervenciones hacia un “Estado de Bienestar” no pueden hacer olvidar los sempiternos apartamientos de un “Estado de Derecho” nunca suficientemente logrado. Por ello creemos prudente advertir contra la existencia de nociones que, con un falso contenido emocional positivo, concitan un consenso no racional de los administrados —y los administradores y jueces— hacia medidas que si se les quitara el ropaje se-

<sup>36</sup> En igual sentido, WADE y SCHWARZ destacan la complementariedad del control judicial y del control del Comisionado Parlamentario, cubriendo este último los casos de mala administración (“*maladministration*”), abusos, arbitrariedades o injusticias, normas reglamentarias defectuosas, etc., que las cortes no llegan a controlar (pp. 70 y 71.) En sentido similar, REAL: “Los diversos sistemas...” *op. loc. cit.*; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 122 y ss. Nos remitimos al mayor desarrollo que hemos hecho en *Problemas del control de la Administración pública en América Latina, op. cit.*, cap. V.

<sup>37</sup> Hemos desarrollado esta alternativa en el cap. II del libro *Problemas del control de la Administración pública, op. cit.*

mántico que las cubre, quizás serían analizadas con mayor concreción y realismo sociológico, político y jurídico.

### 5.2. *Lenguaje y realismo*

Conviene disipar algunas falsas expresiones del lenguaje, ideas o “nociones,” verdaderas brumas del razonamiento jurídico-administrativo, y contribuir a que cada uno analice la realidad y la legislación, las valore económica, política y socialmente, y penetre en su análisis sin preconceptos teóricos que no hacen sino oscurecer un tratamiento científico, real y concreto, de los problemas de que se trata.

Los poderes o atribuciones del Estado, en suma, no necesitan jurídicamente de conceptualizaciones complejas ni abstrusas: Son la *función legislativa*, sometida a la Constitución en el principio de razonabilidad, proporcionalidad, etc., y la *función administrativa*, manifestada a través de sus distintas formas jurídicas, sometida a la Constitución y a las leyes, ambas bajo control *judicial*.

Ninguna otra abstracción conceptual hace falta para entenderlas, y particularmente son superfluas y negativas expresiones tales como “poder de policía,” “servicios públicos” y “actos de gobierno” y otras que, confiamos, el tiempo habrá de ir superando progresivamente.

### 5.3. *Expresiones y “poderes” seudonormativos*

Según trataremos de demostrar, no hay tampoco sustento normativo ni ideológico para muchas teorías y “principios,” a menos que estemos en la idea de legitimar con expresiones pseudo normativas el ejercicio de la fuerza por quienquiera que tenga en sus manos el poder.

A veces ocurre con estas expresiones, en efecto, lo que un autor advirtió agudamente respecto de la idea de poder constituyente originario:<sup>38</sup> “... en realidad todo se origina en el carácter ambiguo de la palabra «poder» y en su uso híbrido... A veces esta palabra quiere decir «potestad» (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir «fuerza» (potencia, poderío, dominio, dominación, etc...)” “De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza.”<sup>39</sup> No se crea que esto es una exageración. Uno de los autores que sostiene la tesis de los actos no justiciables, por ejemplo, critica la afirmación de que ellos no estén permitidos por el orden normativo, no por falsa, sino por insuficiente para indicar su falta de juridicidad y dice: “No obstante negar el carácter normativo de la misma... ello no significa privarle de su carácter jurídico, sino que *aún sin asidero normativo está impuesta en el orden de la*

<sup>38</sup> CARRIÓ, GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, 1973.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, pp. 50 y 51.

*realidad existencial y, consecuentemente, en el orden axiológico, lo que significa que su carácter es jurídico, no metajurídico o fáctico.”*

#### 5.4. *La fuerza normativa de lo fáctico*

Aquella tesitura, de que algunos poderes-fuerzas, porque se dan en la realidad empírica o existencial, son por ello valiosos, y que por ser (y ser valiosos, en este predicado) son jurídicos, aunque el sistema normativo no los permita, es una clara evocación de las teorías de la “fuerza normativa de lo fáctico,” que buen sustento ideológico dieron a las fuerzas del Tercer Reich en su momento, y lo dan a las ideologías autoritarias de izquierda o de derecha en cualquier tiempo y lugar. En semejante esquema el derecho desaparece como un trasto inútil, prejuicio “burgués” o “liberal,” según como se lo quiere denostar: Lo único que basta es averiguar lo que ocurre o puede ocurrir en la *realidad*, para de allí predicar que ello es, por tal sola causa, axiológicamente ponderable y jurídicamente permitido. Pero eso es un sinsentido, es traspasar los límites del lenguaje y la razón. Las pseudo-nociones jurídicas tienen así un papel legitimador por excelencia de lo fáctico;<sup>40</sup> resultan estar siempre del lado del que ocasionalmente detenta el poder, es decir, *la fuerza*: Son expresiones extranormativas que llevan en definitiva a sostener que el sujeto estatal “tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza.”<sup>41</sup>

#### 5.5. *La búsqueda de lo incondicionado*

Como señala CARRIÓ, habría que indagar una respuesta de alcance general que explicara el porqué de estos asertos;<sup>42</sup> puede tratarse, como él mismo lo señala en el caso que analiza, de “una tendencia irreprimible de la razón: La búsqueda de lo incondicionado. En este caso lo que se busca es una fuente única, ilimitada y suprema, de toda norma jurídica y de toda justificación jurídica.”<sup>43</sup> Esa tendencia “irreprimible” a *la búsqueda de lo incondicionado*, de la fuente de toda justificación jurídica, encuentra en esta materia un objeto de atención en las expresiones seudonormativas que aquí criticaremos.

#### 5.6. *Coherencia ideológica*

La búsqueda del origen de estas nociones quizás deba remontarse a una superada coherencia ideológica: Libertad en lo económico, autoridad en lo político. Los actos de gobierno, por ejemplo, son limitaciones a la libertad, pero no a la propiedad; la noción de poder de policía, a su vez, es planteada por muchos autores en un

<sup>40</sup>Y se les aplica la analogía que CARRIÓ hiciera con aquella cuarteta, según la cual “vinieron los sarracenos / y nos molieron a palos / que Dios ayuda a los malos / cuando son más que los buenos.” (*Op. cit.*, p. 52.)

<sup>41</sup>CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>42</sup>*Op. cit.*, p. 56: “... desafueros lingüísticos semejantes perpetrados por los teóricos del derecho.”

<sup>43</sup>CARRIÓ, *op. cit.*, p. 57.

capítulo referente a las limitaciones a la libertad, claramente diferenciado de las limitaciones a la propiedad, que seguiría reglas distintas y no las del poder de policía: Se omite entonces, expresamente, el encuadre de los derechos humanos y las libertades públicas, y se formaliza el encuadre de las restricciones a tales derechos. Los servicios públicos, a su vez, analizados como potestades que se reconocen a quien presta el servicio y no como derechos de los destinatarios del servicio, son también manifestación preponderante de la idea de autoridad o prerrogativa de poder, en desmedro de los derechos individuales. Por ello estas y otras teorías o expresiones seudonormativas tienen una coherencia ideológica interna difícilmente sostenible en la actualidad; o de lo contrario son ideológicamente incoherentes al propiciar la ampliación del ámbito de poder en aquello en que el mismo no contribuye precisamente al mejoramiento de la libertad. Lo mismo cabe afirmar de otras múltiples “inmunidades” del poder: “Poderes normativos,” “discrecionales,”<sup>44</sup> “potestad sancionatoria,”<sup>45</sup> “orden público,”<sup>46</sup> etc.

### 5.7. *Democratización*

En suma, debe tenerse presente que en modo alguno se halla concluido el proceso de juridización democrática de la administración pública, ni de constitucionalización y democratización del derecho administrativo, y que debe por ello continuarse a tales fines con el empleo de un permanente espíritu crítico.<sup>47</sup>

## III. *Bases políticas*

### 6. *Libertad y autoridad en el derecho administrativo*

El derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia 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,” ha dicho un autor;<sup>48</sup> pero aunque no lleguemos a pensar que la tensión o el conflicto sea insoluble, y admitamos la posibilidad de un equilibrio dinámico entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna.

<sup>44</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, op. cit., y sus conclusiones de pp. 97-99.

<sup>45</sup> Al respecto, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional,” en *REDA*, nº 29, 1981, p. 359 y ss., y sus referencias; “El problema jurídico de las sanciones administrativas,” en *REDA*, nº 10, p. 399 y ss.

<sup>46</sup> MARTÍN RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente del ejercicio de los derechos*, Madrid, Civitas, 1975.

<sup>47</sup> Ver también, por ejemplo, la serie de artículos “De la República a la Democracia,” de NIETO, en *REDA*, nº 11, p. 567 y ss., nº 15, p. 573 y ss., nº 18, p. 359 y ss.

<sup>48</sup> HASS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, p. 7.

La historia registra primero el despotismo estatal sobre los individuos; luego y como reacción, la exacerbación 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 harto 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 a su vez, por lo tanto, buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizarán las tensiones y contraposiciones del individuo y el Estado.

Y 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.

### *7. 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 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 del Estado—, entonces está destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: La protección de la libertad humana.<sup>49</sup>

Más lamentable aún es que esas actitudes no suelen ser desembozadas: Nadie dice abiertamente que el Estado lo es todo y el individuo nada; nadie, probablemente, lo piensa en el fondo seriamente. 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 vale esa elocuencia, 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

<sup>49</sup> 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.” El no adoptar claramente este punto de partida puede llevar a soluciones disvaliosas aun en trabajos bien documentados.

autoridad e individuo—, se olvidan las declamaciones 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.

### 8. *Orientación a seguir*

El equilibrio político, la sensibilidad jurídica, no se satisfacen sólo con declaraciones 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 muchísimos años 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 latinoamericana.

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.

### 9. *La división de los poderes y el derecho administrativo*

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

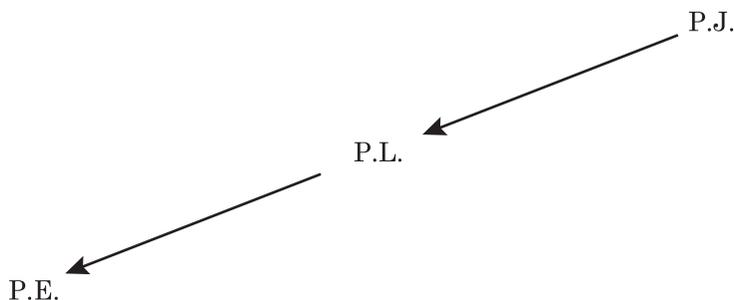
### 9.1. *Equilibrio teórico de los poderes*

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 1.º dispone qué es lo que el Poder Ejecutivo puede o no gastar, en la ley de presupuesto; 2.º 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; 3.º si no está satisfecho con su gestión lo puede remover mediante el juicio político; 4.º 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 ello 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:



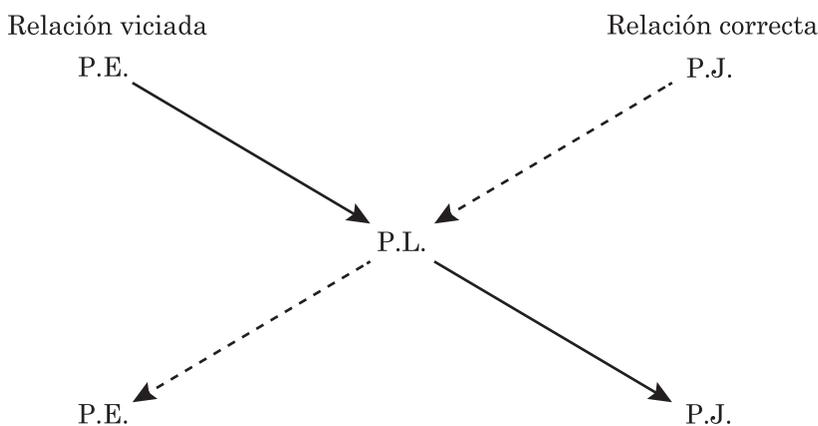
### 9.2. Desequilibrio real

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: 1.º 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; 2.º 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; 3.º 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 benévola los actos del mismo, entendiendo 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 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 no sólo declarará la inconstitucionalidad cuando ésta sea “clara y manifiesta,” como si no fuera su deber declararla cuando existe, sea o no manifiesta, etc.

Como resultado de todo esto, el equilibrio originariamente contenido en la Constitución para los tres poderes se halla profundamente alterado, aún dentro de un gobierno *de jure*,<sup>50</sup> 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:



### 9.3. Criterio rector a adoptarse

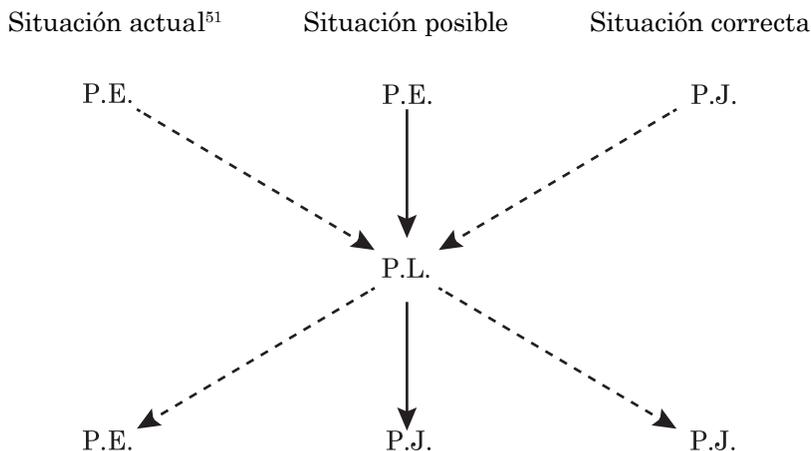
Es necesario, pues, tener presente que la crisis del parlamento con sus consecuencias ya vistas, da por resultado un falseamiento del principio de la división de los poderes, que lo lleva a un extremo sumamente peligroso para el mantenimiento de las libertades, que tiene por función proteger.

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,

<sup>50</sup> Y con mayor razón, por supuesto, si se trata de un gobierno *de facto*.

estaríamos destruyendo ya definitivamente la división de poderes y 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 acentuarlos aún más.

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



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.

#### *IV. Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional*

##### *10. Pueblo y Estado*

El derecho administrativo de cada país, y con él la organización estatal, 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

<sup>51</sup> 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.

la estructura básica del derecho constitucional y especialmente del administrativo, y con ello los caracteres estructurales de la organización estatal.

### 11. *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.<sup>52</sup> 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 un producto de ella.<sup>53</sup> 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 pre-establecido.

### 12. *Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado*

En otros países, en cambio —y podemos dar como ejemplo a Francia en su sistema constitucional tradicional (no tal vez en el actual)—, la Constitución no proviene directamente del pueblo excluyendo la intervención de los 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.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> 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 otros poderes de contrapeso, o en que la propia Constitución queda supeditada a “Estatutos” 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 o 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 prerequisite 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.

<sup>53</sup> Como dice MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., 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.

<sup>54</sup> 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 LÓPEZ, MARIO JUSTO, *Introducción a los estudios po-*

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

### 13. *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 jurídico y, por lo tanto, sus actos nunca pueden ser considerados antijurídicos, ni pueden originarle responsabilidad;

*líticos*, t. I, Buenos Aires, 1969, p. 359, la justificación “siempre del mando —y naturalmente del mando de uno o de pocos— sin restricciones.” “Con la doctrina de la soberanía —cualquiera sea su formulación— se legitima siempre y en definitiva, el gobierno sin restricciones, la posibilidad de oprobio. Los intentos para despersonalizar la soberanía, por nobles y bien intencionados que hayan sido, resultan estériles. Si se admite la soberanía, se admite el sometimiento incondicional de unos por otros.” En sentido similar se expresa el mismo autor en su libro *La soberanía*, Buenos Aires, 1967, p. 55, donde agrega: “Ya que es inevitable que alguien mande que no lo haga a cuenta de su capricho y de nuestra deshonra;” “Que haya gobierno, sí, gobierno, todo el gobierno que sea necesario, pero que no haya gobierno soberano, «sin restricciones legales» —para decirlo con palabras de BODIN, “Que el gobierno de los hombres no sea obra de la voluntad exclusiva de ninguno de ellos.” (LÓPEZ, *La soberanía*, op. cit., p. 55; ver también del mismo autor, *El mito político*, Buenos Aires, 1973.) Con todo que coincidimos enteramente en el juicio de valor de LÓPEZ pensamos que formular el principio o el mito de la soberanía como soberanía exclusivamente del pueblo y en ningún caso del gobierno o del Estado, conduce al mismo fin. Y pensamos que aún como *mito* —tal como lo califica LÓPEZ— es enteramente válida y preferible a cualquier formulación en que la soberanía pueda aparecer de algún modo ejercida, directa o indirectamente, por órganos de poder. De allí la distinción que formulamos en el texto.

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.

#### 14. *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.<sup>55</sup> 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

<sup>55</sup> Una distinta forma de llegar a la misma conclusión práctica es afirmar, primero, que las decisiones supremas deban ser adoptadas mediante procesos que eviten el capricho de unos y la deshonra de otros: “Si la elección se hace, y sólo es cuestión de voluntad, la doctrina de la soberanía puede ser olvidada en el rincón de los trastos inservibles.” (LÓPEZ, *La soberanía, op. cit.*, p. 56, donde sigue a LOEWENSTEIN.) Por más que compartimos obviamente, la elección de voluntad de que el poder sea ejercido con límites, tantos como podamos introducirle, siempre será cuestión de *eficacia* establecer si sirve a ese fin tener un dogma de soberanía popular intransferible a órgano alguno del Estado, o en cambio prescindir de él y limitarse a la constante voluntad de mantener limitaciones al ejercicio del poder. Pensamos nosotros que las dos ideas no son necesariamente incompatibles y que bien puede utilizarse en todo momento la segunda idea de contención del poder, sin abandonar por ello la primera, que cumple a nuestro juicio un rol al menos psicológico de contención, sin perjuicio de que puede además operar dogmáticamente como un método de interpretación del orden jurídico constitucional, según veremos en el resto de este capítulo.

facultades emergen siempre de un orden jurídico previo que le ha sido impuesto, y por ello son infra-jurídicas, 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, incurrirá en responsabilidad.

### 15. *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 derecho, tampoco se justifica, por lo demás, intentar hacer similar diferenciación respecto de la actuación estatal dentro de un orden jurídico como sujeto. Algunos autores<sup>56</sup> han querido distinguir entre el Estado como “persona de derecho público” y como “persona de derecho privado,” pero ello es doblemente erróneo, *a)* porque, como veremos, la actuación del Estado moderno está en su casi totalidad sometida al derecho público, siendo muy raro encontrar una clara sumisión al derecho privado; *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.

En efecto, es de advertir que 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 “quíntuple personalidad:” Comercial, laboral, civil, administrativo-fiscal y penal. Ello sería obviamente absurdo, e igualmente absurdo es pretender que porque el Estado se le apliquen, igual que a cualquier sujeto, 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.

### 16. *Consecuencias de la personalidad única del Estado*

El advertir que la personalidad del Estado es una sola no constituye un mero problema académico, sino que tiene importantes consecuencias. En particular, al

<sup>56</sup>BIELSA, *op. cit.*, t. I, p. 165. El resto de la doctrina está en contra: VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMIN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 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, p. 127 y ss.; DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69, etc. En el derecho español la cuestión está resuelta de igual modo a texto expreso: Ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 30.

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 hoy sometidas a un nuevo orden jurídico superior. Esto ha de ser un paso de suma importancia para el posterior desarrollo del derecho administrativo, sobre la base de los principios constitucionales, y no sólo legales o reglamentarios.

### 17. *La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad*

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, queda de todos modos relegado como una etapa más en la evolución. 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, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, superando así el dogma de la soberanía popular representada en el Parlamento, y pasando a la representación de la soberanía del pueblo en la Constitución.

Esta transición otorga un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete último del significado de las normas constitucionales y, por lo tanto, de la validez de las normas legislativas,<sup>57</sup> 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 ha sentado algunas reglas de fundamental importancia para el control de la constitucionalidad de las leyes, enunciando en particular el principio de la “razonabilidad” de las leyes, de acuerdo con el cual toda ley que sea *desproporcionada* en los medios que emplea con relación a sus fines, o que sea arbitraria, debe ser tachada de inconstitucional y, por lo tanto, no

<sup>57</sup> 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. p. 231 y ss.; ERMACORA, FÉLIX, *Verfassungsrecht durch Richterspruch*, Karlsruhe, 1960, quien señala como principales tareas de la jurisprudencia en la interpretación constitucional las siguientes: 1°) formulación de un sistema de principios del derecho público; 2°) asegurar la efectividad de los principios estructurales de la constitución; 3°) desarrollar el derecho constitucional a partir de las normas constitucionales, en general, y 4°) en particular, para efectividad de los derechos fundamentales y de la libertad, entre otras: *Op. cit.*, p. 12 y ss. Ver también, de MARCIC, RENÉ, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 86 y ss.

aplicada.<sup>58</sup> Es de lamentar con todo, que esta atribución sea ejercida con excesiva prudencia y, por tanto, con insuficiencia.

### 18. *Los derechos individuales frente al Estado*

De todos modos, la Constitución no es en este caso un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; es un auténtico y efectivo *orden jurídico imperativo*, tanto para el Estado como para 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.<sup>59</sup> La Constitución ofrece un cierto equilibrio de las atribuciones que otorga; por un lado reconoce algunas atribuciones al Estado, pero por el otro lado reconoce ciertos derechos inalterables a los individuos. Ni uno ni otros pueden tener una supremacía; ambos deben armonizarse mutuamente dentro del marco del orden jurídico constitucional. Es fundamental advertir que la enunciación de los derechos de los individuos no es una mera declaración programática: Es una norma jurídica imperativa, 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.”<sup>60</sup>

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

### 19. *Preexistencia de los derechos individuales respecto a la ley*

Por tales razones los derechos individuales preexisten a las leyes y a los actos administrativos: El art. 14 de la Constitución argentina expresa, similarmente a otras constituciones, que los habitantes de la Nación “*gozan* de los siguientes

<sup>58</sup> 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, 1964, p. 228 y ss.; LINARES, *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1971.

<sup>59</sup> Como dice BRUNNER, GEORG, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Colonia, 1963, pp. 105-106, 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.)

<sup>60</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

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.

Inversamente, si la ley quiere desconocer el derecho individual, reglamentándolo irrazonablemente, modificándolo o alterándolo 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 art. 28 de la Constitución, 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.

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 refirme, como habiéndola, como existiendo una ley que pretenda 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.

*V. Bases sociales del derecho administrativo:  
Estado de derecho y Estado de bienestar*

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

Estos principios que enumeramos anteriormente 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 por lo general bajo el nombre genérico de “Estado de Derecho.” El concepto de “Estado de Derecho,” por cierto, no es 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 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 los 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. 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 la Constitución. 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 ya citada frase de Alberdi puede, nuevamente aquí, ser considerada 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.” Es muy explicable que esto sea así, y muy justificado también, pues siempre ha habido y habrá tal vez en el mundo experiencias de gobiernos totalitarios que quieran obrar arrasando a los individuos: Contra esos gobiernos protege la idea del Estado de Derecho, como una valla, como un límite.<sup>61</sup>

### 20.1. *Crisis del liberalismo clásico*

Pero, si bien ello es justificado y completamente 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, enfermedad, accidentes, ignorancia, vejez) excluyen permanentemente 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 había podido al parecer superar.

### 21. *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

<sup>61</sup> Ver también SMEND, RUDOLF, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, p. 311 y ss., su artículo *Bürger und Bourgeois in deutschen Staatsrecht*.

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 han hablado y hablan con frecuencia de la instauración de una “legalidad socialista,”<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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, igualmente criticable —aunque con distintos motivos— que el del liberalismo capitalista.

### 21.1. *Crisis del autoritarismo*

Pero esto tampoco ha probado ser una solución, pues tiene la misma contradicción interna del liberalismo clásico, 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 de este modo, 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, etc. 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.<sup>64</sup>

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: 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

<sup>62</sup> Desde luego, se trata de la “legalidad comunista,” que nada tiene que ver con los socialdemócratas europeos.

<sup>63</sup> Ampliar en BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, pp. 30-36, y su lúcida comparación de la “legalidad individualista,” la “legalidad socialista,” y la “legalidad social.”

<sup>64</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*, Buenos Aires, 1962, p. 36.

supervivencia;<sup>65</sup> 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,”<sup>66</sup> 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 como una organización social que “crea las condiciones óptimas para dar una completa respuesta a las necesidades fundamentales del hombre, sea ellas materiales, psicológicas o intelectuales” y que “permite esta expansión de los comportamientos humanos,”<sup>67</sup> 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 al 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.

Y es llamativo que, teniendo en última instancia fines coincidentes, y profunda antítesis en los medios para conseguirlos, tanto el uno como el otro fracasen en realizar una perfecta unión de fines y medios. Ello demuestra bien a las claras que en ambos casos los medios elegidos son erróneos e inadecuados para producir los resultados deseados.

## 22. Una nueva solución: El Estado de bienestar<sup>68</sup>

Apartándonos de ambos extremos y buscando justamente la unión de aquello que ha sido lo fundamental en el Estado de Derecho (las garantías individuales

<sup>65</sup> O como dice MANHEIM, 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; hay que ahogarla en ciernes, lo cual requiere un nivel nuevo, hasta ahora desconocido, de atención alerta por parte del pueblo, que habrá de estar en guardia ante los peligros que amenazan a la sociedad por parte del personal, las técnicas y las estratagemas de los grupos usurpadores.” En igual sentido WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann. Arbor, 1963, pp. 85-86.

<sup>66</sup> HOBHOUSE, *Democracy and Reaction*, Londres, 1903, p. 228.

<sup>67</sup> JANNE, HENRI, “Les problèmes de la planification,” en el libro del mismo nombre, Bruselas, 1963, p. 123.

<sup>68</sup> Ampliar: PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y administración pública*, Civitas, 1983; TREVES, GIUSEPPINO, “El Estado de bienestar en el Estado de Derecho,” en revista *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1959, t. XVIII, p. 5 y ss.; ROBSON, WILLIAM A., *The Welfare State*, Londres, 1957, traducción de DIFRIERI, JORGE A., Buenos Aires, 1965 (mim.); MYRDAL, GUNNAR, *Beyond the Welfare State*, Londres, 1960.

de la libertad) y esto que ahora se aparece como indispensable (la superación del ahogo económico y social), surge en los últimos años la concepción del “Estado de Bienestar” o Estado Social de Derecho,<sup>69</sup> Estado Social,<sup>70</sup> Estado de Desarrollo,<sup>71</sup> etc. 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.»”<sup>72</sup> O en otras palabras, 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.”<sup>73</sup>

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.”<sup>74</sup> La tendencia contemporánea es hacia la inclusión de cláusulas sociales en la Constitución.<sup>75</sup>

### 23. *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 de 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?

<sup>69</sup> BACHOFF, OTTO, *Begrif und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, separata*, Darmstadt, 1968; FORSTHOFF, ERNEST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1954, p. 27 y ss.; XIFRA HERAS, JORGE, *Curso de derecho constitucional*, t. II, Barcelona, Bosch, 1962, p. 39 y ss., y otros.

<sup>70</sup> BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, p. 58 y ss.; BONAVIDES, PAULO, *Do estado liberal ão estado social*, San Pablo, 1961, p. 203 y ss.

<sup>71</sup> OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, 1969, p. 13 y ss.

<sup>72</sup> TREVES, *op. cit.*, p. 5.

<sup>73</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162, haciendo referencia en particular al derecho del trabajo. Es muy importante destacar que estas reflexiones en el sentido de que el orden jurídico debe buscar la igualdad entre las personas, y no presuponerla en modo algo simplista, deben aplicarse también al Estado: También ha de ser aspiración del jurista y del mundo moderno eliminar las arbitrarias sumisiones que a veces los individuos deben sufrir a manos del Estado; y lograr también allí la aspiración de igualdad. El Estado debe también ser demandable, responsable, obligado, etc., como un sujeto más del orden jurídico, para que realmente se satisfaga la meta de igualdad humana.

<sup>74</sup> MANNHEIM, *op. cit.*, p. 43; BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, p. 43.

<sup>75</sup> PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pp. 29-94.

En realidad, 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 sería verdaderamente exacto. A nuestro juicio, la noción de “Estado de bienestar” ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola y actualizándola, pero en modo alguno suprimiéndola. En rigor, la noción de “Estado de bienestar,” tomada aisladamente, podría también resultar insuficiente, por cuanto hace principal hincapié en la acción positiva que el Estado debe tener, dando en cierto modo por supuesta la existencia de todos los límites negativos que la doctrina clásica del Estado de Derecho se ha ocupado de construir. 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 algunos autores han querido encontrar. 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 sería 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.”<sup>76</sup>

#### 24. *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, etc.; incluso algunas constituciones modernas incluyen entre los derechos de los individuos, al par de los clásicos, estos “derechos sociales.” 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 meros derechos programáticos, normas de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no deciden por su cuenta efectivizarlos. Entre los primeros figuran generalmente las disposiciones que establecen el derecho a la huelga, derecho esencialmente operativo; entre las segundas, normas que establezcan, por ejemplo, el derecho del obrero “a la participación en la dirección de las empresas,” normas

<sup>76</sup>TREVES, *op. cit.*, p. 7. En igual sentido LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, San Pablo, 1966, p. 490.

esencialmente programáticas y que no son exigibles sin ley que las reglamente. Por lo general, la misma esencia de los derechos sociales exige 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;”<sup>77</sup> es decir, que generalmente la enunciación constitucional de tales derechos tendrá un mero carácter programático, y no será el actual y real conferimiento al individuo de un derecho subjetivo. En esa medida resulta a nuestro juicio dudosa la supuesta necesidad de modificar la Constitución para incorporarlos, ya que ellos pueden ser introducidos directamente por la legislación sin necesidad de una reforma constitucional 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 aquí teorizar acerca de cuál es el criterio que habrá de seguirse para interpretar una norma constitucional 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.

#### 24.1. *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 otra, establece garantías sociales, conceptos ambos que a veces se oponen.”<sup>78</sup> “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?”<sup>79</sup>

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 tenderían a proteger sólo a las clases económicamente inferiores, y no tanto frente a las autoridades públicas, sino frente a las clases económicamente más poderosas.<sup>80</sup> En sentido similar BURDEAU considera que los derechos so-

<sup>77</sup> BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; KELSEN, HANS, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, pp. 261-262.

<sup>78</sup> BURGOA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, México, 1961, p. 184.

<sup>79</sup> BURGOA, *op. cit.*, p. 185.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, pp. 186-187.

ciales son de una clase y específicamente de la clase obrera.<sup>81</sup> 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 esencial sea la primera; b) porque las garantías sociales, por su parte, tampoco son exclusivamente oponibles a otros individuos económicamente más poderosos, sino también, en muchos casos, al mismo Estado (jubilación, seguro social, asistencia médica); c) por último, porque no sólo las clases obreras o económicamente inferiores pueden ser titulares de los 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.

#### 24.2. Complementariedad

En realidad, ambos tipos de garantías —si es que una tal división puede efectuarse— se complementan y reafirman mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementan recíprocamente. ¿Podríamos acaso decir que la libertad de enseñar y aprender sería efectiva sin una libertad de expresión del pensamiento? ¿O que la libertad personal sería plena sin la libertad de entrar y salir del país? Evidentemente, no: La existencia de 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.”<sup>82</sup>

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 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.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 310.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 311.

### 25. *La libertad en el Estado de bienestar*

Como afirma ROBSON: “*La libertad debe desempeñar un papel vital en el Estado de bienestar y un interrogante 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 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 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 auto-expresión y participación. HOBHOUSE señaló que “existen otros enemigos de 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.”<sup>83</sup>

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, etcétera) 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.

## 26. *La libertad del consumidor*

Una de las críticas que inicialmente se han hecho a la planificación y al Estado de bienestar, es que ellos suprimen la libertad económica de elección por parte del consumidor, al impedirle comprar lo que quiere y forzarle a comprar sólo de entre aquellas cosas que el planificador quiere que consuma: “Si la oferta está fijada rigurosamente en calidad y cantidad por los planificadores, la libertad estará extremadamente reducida.”<sup>84</sup>

En realidad, es necesario distinguir entre “libertad de consumir” y “obligación de consumir.” Ni una ni otra existen plenamente en uno o en otro caso, según veremos.

La libertad del consumidor se estructura generalmente alrededor de los siguientes elementos:

a) Dentro del sistema del mercado libre, las instituciones permiten a los consumidores elegir los bienes y servicios que les brindan mayor satisfacción; el libre juego de la empresa privada, pues, maximiza la satisfacción del consumidor;

b) a través de la libertad de comprar lo que quiere, el consumidor puede influir mediante su demanda sobre los planes de producción, encauzándolos hacia las actividades para las que hay mayor demanda.<sup>85</sup>

### 26.1. *Crítica al principio de la libertad del consumidor*

Se reprocha a la primera afirmación el que no existe nunca verdaderamente “libertad del consumidor,” puesto que:

a) “*El mercado atiende a todo el que posee ingreso que gastar sin que importe la distribución del ingreso entre los individuos;*”<sup>86</sup> dicho en otras palabras, el acceso del consumidor al mercado está “bloqueado” por las instituciones económicas;

<sup>83</sup> ROBSON, *op. loc. cit.*

<sup>84</sup> LAMBERT, M. P., “Les principaux types de planification,” en el libro *Les problèmes de la planification*, Universidad Libre de Bruselas, Bruselas, 1962, pp. 33 y 27 y ss.

<sup>85</sup> LAMBERT, M. P., *op. loc. cit.*

<sup>86</sup> HAGEN, EVERET E., *Planeación del desarrollo económico*, México, 1964, p. 23.

b) el consumo de los individuos se ve determinado por su escala de necesidades, pero ésta es a su vez una resultante de pautas sociales,<sup>87</sup> de “hábitos de consumo” que están creados por el medio social, la propaganda empresaria,<sup>88</sup> etc., con lo cual su “libertad” no resulta ser tal; se ha dicho incluso que el consumidor actúa por *determinismo*.<sup>89</sup>

c) Se agrega, por fin, que la satisfacción del consumidor no es ajena a la planificación, y que ésta puede también maximizar la satisfacción a través de un análisis de la “estructura de la demanda de los consumidores,” y de su influencia sobre los precios relativos del mercado.<sup>90</sup>

Se expresa también que la planificación en realidad no viene a suprimir esta libertad relativa que existe en un sistema no planificado; que no pretende imponer un consumo determinado, sino que el consumidor siempre tendrá la elección final entre consumir o no, o entre qué cosas consumir. Se afirma que la libertad del consumidor “no quedaría suprimida más que por la introducción de un *sistema de racionamiento* análogo al aplicado en tiempo de guerra y que sólo permite al consumidor adquirir cantidades determinadas de los diferentes productos. Pero *racionamiento y planificación* no son idénticos. Por el contrario, veremos que *no hay posibilidad de planificación racional más que en el marco de una cierta libertad de consumo*.”<sup>91</sup>

## 26.2. Evaluación de las críticas

Con todo, estas observaciones pecan en parte de forzadas. Es cierto que la planificación no sustituye la *elección pura* —que por otra parte no existe— por la *orden pura* —que sería absurda e irracional—; pero no es cierto que la relativa libertad de consumir que existe en un mercado libre, no sufre alteración alguna al pasarse a un sistema planificado. Es evidente que esa *relativa* libertad de elección se ve transformada en una distinta *relativa* libertad de elección, aunque de naturaleza y alcances diversos. El consumidor ya no estará tal vez bloqueado por las instituciones económicas, pero en lugar de que sus hábitos de consumo estén determinados por pautas sociales o por la propaganda empresarial, estarán ahora determinados por pautas gubernamentales y por la propaganda gubernamental;

<sup>87</sup> BETTELHEIM, CHARLES, *Problemas teóricos y prácticos de la planificación*, Madrid, 1962, p. 27.

<sup>88</sup> Ver AUSTRUJ, JACQUES, *Le scandale du développement*, París, 1965, pp. 72 y 73. Desde luego, no puede dejar de verse el clásico libro de PACKARD, VANCE, *The Hidden Persuaders*, sobre las formas sutiles que la propaganda asume.

<sup>89</sup> BETTELHEIM, CHARLES, *op. loc. cit.*

<sup>90</sup> DOBB, MAURICE, artículo “Planificación, en el Diccionario de economía política,” de NAPOLEONI, CLAUDIO, Madrid, 1962, pp. 1299-1324, quien agrega, con referencia a la planificación soviética: “... si se analizan las recientes variaciones de los precios, especialmente después de la segunda guerra mundial, se puede comprobar que los artículos que se ofrecen en cantidades insuficientes en relación con su demanda tienden a ser aumentados en el siguiente período de planificación, y que la medida de tal aumento depende de la medida de la insuficiencia de la oferta.”

<sup>91</sup> BETTELHEIM, *op. cit.*, p. 27.

la maximización de su satisfacción, en lugar de obtenerla en forma principal directamente a través de su poder de compra, la obtendrá indirectamente a través de las valoraciones de los organismos de planificación.

Tampoco es cierto que planificación y racionamiento nunca lleguen a confundirse: Si se adopta el principio de la *gratuidad* de algunos productos, como lo han ensayado ya algunos países socialistas, es evidente que al faltar el parámetro de los precios, que funciona como elemento de repartición (compra quien quiere y tiene el dinero para hacerlo), debe crearse un nuevo sistema de repartición: Tal sistema sólo puede ser autoritario, similar a los racionamientos de la guerra, ya que el producto gratuito se habrá de entregar a las personas que acrediten que no lo han recibido anteriormente, que se encuentran dentro de las condiciones legales establecidas para recibirlo, etc.; en otras palabras, quien tenga el vale o tiquet de racionamiento, o figure en la lista que al efecto se confeccione.<sup>92</sup> Como se advierte, la supresión de los precios lleva inevitablemente a un sistema de racionamiento,<sup>93</sup> y esto, tanto socialistas como no socialistas están de acuerdo, no conduce a una optimización de la satisfacción del consumidor.<sup>94</sup>

### 26.3. *La libertad de elección depende del sistema de planificación adoptado*

Siendo ello así, es obvio que los extremos absolutos no deben ni pueden existir, en materia de libertad del consumidor. En otras palabras, lo que ocurre es que a una falta de libertad absoluta se sustituye otra falta de libertad absoluta: Por ello, para poder establecer si la planificación altera o no la libertad del consumidor, es necesario determinar de qué naturaleza es esta nueva libertad relativa que suplanta a la anterior: Esto, a su vez, se logra analizando cuál es el tipo de planificación empleado.

Si la planificación es imperativa y unilateral, entonces pareciera no haber duda de que la anterior libertad relativa se ha visto sustituida por otra de mayor relatividad aún: La maximización de la satisfacción del consumidor se verá lograda sólo si el órgano técnico acierta en la elección que hará unilateralmente y sin consultar a la comunidad; además, su decisión se transformará en una imposición para toda la economía. En cambio, si la planificación es indicativa, y si el plan sólo se elabora en plena armonía y concertación con los representantes de la comunidad, a través de comisiones mixtas que trabajan en él, entonces sí no puede verdaderamente afirmarse que la planificación sea limitativa de la libertad

<sup>92</sup> LAMBERT, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

<sup>93</sup> LAMBERT, *op. cit.*, p. 34.

<sup>94</sup> LAMBERT, *op. cit.*, p. 34. Ya citamos más arriba a DOBB, MAURICE, cuando expresa que “racionamiento y planificación no son idénticos... no hay posibilidad de planificación racional más que en el marco de una cierta libertad de consumo.” (*Op. cit.*, p. 27.) Cuando el bien es gratuito, nadie se va a privar de consumirlo, con lo cual la libertad de consumo en la práctica no existe; y para evitar que sea consumido en forma no igualitaria, se impone un sistema de control que no es otra cosa que un racionamiento.

de elección del consumidor, ni que resulte en una restricción de su satisfacción en la elección del consumo que va a realizar; por el contrario, la planificación elimina algunos —no todos, pues ello resultaría imposible— de los obstáculos que hacen relativa la libertad del consumidor, y le da en esa medida un grado algo mayor de libertad de consumo. Desde luego, la *absoluta* libertad del consumidor nunca podrá existir, sea en un sistema planificado imperativa o indicativamente, o en un sistema no planificado; pero ello es algo específico al derecho de consumir lo que desea, sino común a todos los derechos, si se tiene presente que ningún derecho es absoluto.

Por lo demás, también tiene su importancia para determinar el grado de optimización que se puede lograr en la satisfacción del consumidor, saber si existe o no una auténtica libertad de prensa: Si ella no existe, la prensa sólo hará algunas críticas anecdóticas y mínimas a los defectos del sistema de planificación en satisfacer al consumidor;<sup>95</sup> si, en cambio, “la democracia política es real, si la libertad de prensa es real, puede haber un control de la calidad infinitamente más eficaz.”<sup>96</sup>

### 27. Orden y libertad

Lo que acabamos de decir, acerca de la falta de absoluta libertad del consumidor, en cualquier sistema, y de la inutilidad de un reparto autoritario similar a los racionamientos de guerra, como maximización de la satisfacción del consumidor, nos lleva también al planteo fundamental del orden y la libertad.

“Estado e individuo, orden y libertad: La tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble,”<sup>97</sup> se ha dicho, pero no debe pensarse que asegurar simultáneamente el orden y la libertad sea imposible;<sup>98</sup> la tensión o el conflicto no es insoluble, aunque es claro que la obtención de un equilibrio dinámico entre ambos, ha de ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna. No es de extrañar, entonces, que aparezcan muchas “soluciones” que se salen del cauce y sacrifican el orden a la libertad, o la libertad al orden.<sup>99</sup>

Sin embargo, las posiciones antagónicas que sacrifican un extremo al otro, en última instancia se asemejan: El orden absoluto, en que la libertad es apenas una excepción, no es sino una apariencia de orden...,<sup>100</sup> y la libertad absoluta, en que

<sup>95</sup> Tal es el caso de la revista *Krokodil*, en la Unión Soviética, conocida por sus pullas menores a los defectos de calidad de la producción soviética, y que más que una crítica *del pueblo a su gobierno*, “es la crítica de los subordinados por los jefes,” como acertadamente lo indica LAMBERT, *op. cit.*, p. 31.

<sup>96</sup> LAMBERT, *op. cit.*, p. 31.

<sup>97</sup> HASS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, n° 1, *supra*, p. 7. Nos permitimos reiterar esta cita en atención a que encierra, a nuestro modo de ver, el núcleo del problema de la materia. Sigue la misma idea DROMI, *Acto administrativo, op. cit.*, p. 3.

<sup>98</sup> SCHUMACHER, E. F., “Betrachtungen zur Wirtschaftslenkung in Grossbritannien,” en el libro *Planung ohne Planwirtschaft*, dirigido por PLITZKO, ALFRED, Tübingen, 1964, p. 23.

<sup>99</sup> SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

<sup>100</sup> SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

la intervención ordenadora del Estado es también la excepción, no es sino una apariencia de libertad. Es que, en definitiva, una existencia humanamente valiosa no es posible ni en absoluta libertad ni en el absoluto orden: La cuestión central de la política es entonces: ¿Dónde libertad?, ¿dónde intervención ordenadora?<sup>101</sup> Esto nos lleva a la cuestión de determinar no sólo el tipo de planificación que adoptaremos, sino también el tipo de libertad que queremos lograr y/o asegurar, y el tipo de orden que queremos admitir.

### 28. *La distinción entre la libertad política y la libertad económica*

Pues bien, hemos esbozado ya en las páginas anteriores una distinción entre libertad política y libertad económica, o entre liberalismo político y liberalismo económico, que es de fundamental importancia para el tema de la planificación y la libertad. Desde luego, si se identifica el término genérico “libertad” con libertad tanto política como económica, estamos dando una definición semejante a la del *laissez faire*.

Sin embargo, esa asimilación total es inexacta: Primero, porque si bien es verdad que el liberalismo económico frecuentemente va acompañado del liberalismo político,<sup>102</sup> no resulta cierto lo contrario, o sea, que la falta de liberalismo económico (el intervencionismo del Estado) sea necesariamente causa de una supresión de las libertades políticas. Ejemplo de esto último puede serlo Inglaterra bajo gobiernos laboristas, país que se puede caracterizar en tales circunstancias como económicamente intervencionista y contrario al *laissez faire*, pero políticamente liberal y sumamente respetuoso de las libertades públicas.<sup>103</sup>

De todo ello sacamos la conclusión de que ambos tipos de libertad se disocian, y que la una no es necesariamente determinante de la otra. Por el contrario, intentaremos indicar en las páginas que siguen, que la unión de la plena “libertad económica” con la libertad política resulta de hecho negatoria o atentatoria contra la segunda; en otras palabras, que la libertad política no existe de hecho plenamente cuando hay también, al mismo tiempo, un completo liberalismo económico caracterizado por la clásica máxima del *laissez faire*.

A la inversa, deberá notarse igualmente que la existencia de libertad económica sin libertad política también resulta en última instancia irreal. Esto nos lleva a la aparente contradicción entre el concepto “liberal” de libertad (ausencia de toda restricción, de cualquier naturaleza, por parte del Estado) y el concep-

<sup>101</sup> SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

<sup>102</sup> La inexistencia de controles económicos suele ir acompañada de inexistencia de restricciones políticas, aunque esto no sea una regla absoluta, como lo señalamos en la nota siguiente. Igualmente, es frecuente que las personas liberales en materia política sean también liberales en materia económica, es decir, que participen plenamente de la vieja idea del *laissez faire*.

<sup>103</sup> Por lo demás, la afirmación de que el liberalismo económico conlleva el liberalismo político no siempre es exacta tampoco: Puede servir de ejemplo de ello el caso de Rhodesia, que bajo el presente régimen puede considerarse un país económicamente liberal, pero políticamente autoritario; en igual situación se encuentra probablemente Africa del Sur.

to socialista de libertad (que la organización social permita a las personas el máximo de expansión),<sup>104</sup> pues si se piensa bien, ambos valores coinciden en su fin último, divergiendo, en cambio, en cuanto a cuál sea el medio por el cual ese fin debe expresarse.

### 29. *El tipo de planificación y la libertad política*

Con todo, es del caso recordar nuevamente que el tipo de planificación que se adopte tiene siempre una cierta fuerza atractiva hacia los caracteres mutuamente similares. No debe olvidarse nunca que si bien puede todavía ser posible hacer una planificación económicamente intervencionista, parcialmente imperativa, pero políticamente liberal, será muy difícil que la planificación sea políticamente liberal si además de económicamente intervencionista, es socialista, centralizada, total, completamente imperativa.<sup>105</sup>

### 30. *El equilibrio entre libertad y eficiencia*

Como dice MEDINA ECHEVARRÍA,<sup>106</sup> “las fórmulas totalitarias —soviéticas y de otros tipos— serán quizá más eficaces en muchos casos, pero el hombre heredero de la mejor tradición europea preferirá siempre la posibilidad del diálogo o, si se quiere, el valor quizá intangible de la *legitimidad* sobre el pragmatismo de la *eficacia*.” “Es evidente que nunca han existido regímenes perfectos ni momentos sin mácula —ni la misma Atenas de Pericles—, pero todo el esfuerzo europeo ha consistido en mantener a la inglesa un mínimo de equilibrio entre el poder civil y el militar, el temporal y el espiritual, el político y el económico, el administrativo y el parlamentario. Los momentos claros fueron cuando eso se pudo conseguir; los momentos oscuros, cuando se impuso la confusión o el predominio transitorio de uno u otro.”

Es necesario entonces buscar y hallar, al emplear la planificación como instrumento del desarrollo económico y social, ese inasible equilibrio entre la eficacia y la libertad y procurar que ninguno de ellos sea sacrificado al otro; debemos buscar la eficacia, pero nunca a costa de la libertad. Lamentablemente, “las más nobles entre las palabras que el hombre inventó son como cuchillos romos por el uso;” “Por desgracia, no hay palabra más desgastada que «libertad.» Importa, sin embargo, invocarla de nuevo con la esperanza de apresar su sentido primigenio.”<sup>107</sup>

<sup>104</sup> JANNE, HENRI, en su estudio sociológico sobre *Les problèmes de la planification*, en el libro de igual título de la Universidad Libre de Bruselas, *op. cit.*, p. 117 y ss., p. 123, considera que ambos sistemas de significación son antinómicos; sin embargo, creemos más bien, como los indicamos en el texto, que tienen una profunda coincidencia valorativa, y que sólo se apartan en cambio, aunque radicalmente, en los medios con los cuales cada uno considera que deben obtenerse los fines buscados.

<sup>105</sup> Ampliar en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, y en *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, 1981.

<sup>106</sup> MEDINA ECHEVARRÍA, JOSÉ, *Consideraciones sociológicas sobre el desarrollo económico*, Buenos Aires, 1964, p. 129.

<sup>107</sup> MEDINA ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 130.

### 31. *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 la 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 sólo 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, etc.<sup>108</sup>

<sup>108</sup> Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestros libros *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982 y *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, op. cit.; *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, etc. Ver también las ponencias presentadas al Congreso Iberoamericano sobre *Democracia, Sociedad y Administración Pública*, INAP, Alcalá de Henares, España, 12 al 14 de junio de 1984, y nuestra comunicación acerca de *La participación administrativa*.