

## CAPÍTULO I

### LOS VALORES DEL SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

1. La indefensión del administrado frente a la administración ..... AP-I-1
2. Los valores constitucionales violados por normas inferiores ..... AP-I-2
3. La irrealidad y el exceso como formas de irrazonabilidad ..... AP-I-3
4. La fragilidad del sistema inconstitucional ..... AP-I-3
5. El nacimiento del parasistema ..... AP-I-4
6. La superación del parasistema ..... AP-I-5



## Capítulo I

### LOS VALORES DEL SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

#### 1. *La indefensión del administrado frente a la administración*

La indefensión del administrado frente a la administración<sup>1</sup> asume a veces formas insospechadas en el plano teórico, pero dotadas de suficiente realidad en el plano práctico como para merecer algún comentario. Se trata de indefensión no sólo frente a las normas jurídicas formales, sino frente a las normas y procedimientos que rigen en la práctica pero que no están establecidos en ninguna norma, o que incluso contrarían expresas normas vigentes: El particular que no esté habituado a tratar con la administración se desorienta en mayor medida aún, y no atina siempre a elegir el método adecuado de comportamiento a seguir frente a tales circunstancias. Existe así un procedimiento administrativo paralelo al formal, como también una organización administrativa informal que no siempre coincide con la que el organigrama indica.

Parecida situación encuentra el propio funcionario público, cuyo legajo generalmente no tiene constancias que le sean adversas, pero que sabe que existe un “legajo del aire,” un expediente que no está escrito pero que está muy presente en la mente de sus superiores y compañeros de trabajo; el medio social en que el funcionario se desempeña en su función tiene pues un concepto y antecedentes de él, aunque su legajo no los registre. Ese legajo del aire a menudo funciona y es la explicación y la causa de ascensos o promociones, sumarios y prescindibilidades. Tampoco el agente público tiene defensa fácil frente a tal tipo de legajo: Funcionario y administrado se encuentran así a veces hermanados en una común indefensión.

<sup>1</sup> Para una explicación de este principio cardinal del derecho constitucional y administrativo, tan frecuentemente desconocido en la práctica, nos remitimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1975, reimpresión 1978, cap. XVII, § 13.

## 2. Los valores constitucionales violados por normas inferiores

Lo expuesto anteriormente es sólo la punta del iceberg. En efecto, existen múltiples y fundamentales valores del sistema constitucional, tales como razonabilidad, proporcionalidad, buena fe,<sup>2</sup> etc., que por su rango normativo son superiores a todo el resto del ordenamiento jurídico y en una adecuada interpretación deben privar sobre las normas inferiores que se aparten de ellos.<sup>3</sup> Una norma legislativa o reglamentaria irrazonable, disvaliosa, desviada, persecutoria, etc., es así inconstitucional y como tal debe ser anulada o inaplicada en los casos ocurrentes.

Interpretando el principio de razonabilidad con el alcance que corresponde<sup>4</sup> resulta que muchas normas son irrazonables por desproporcionadas, excesivas, irreales, al margen de cuál haya sido la intención del legislador: La mejor intención también produce normas inconstitucionales, y a veces a mayor convicción mesiánica del emisor de la norma, surge menor debate y crítica y por ende mayor dosis eventual de irracionalidad inconstitucional.

Con todo, ocurre que conforme a la opinión dominante, cuando el órgano administrativo se encuentra frente a una ley inconstitucional —por ejemplo, por contrariar tales supremos valores constitucionales—, él no puede apartarse del precepto disvalioso, sino que debe en todo caso plantear o promover su derogación,<sup>5</sup> y mientras tanto debe cumplirlo. Conviene advertir, por lo más, que tampoco existe en nuestro sistema constitucional un mecanismo para declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una ley con carácter general; que además los jueces entienden que no pueden pronunciarla de oficio, etc., y resulta de ello que en la práctica se pretende cumplir la ley inconstitucional con toda normalidad durante muchos años, hasta que eventualmente el Congreso la derogue. En la vida diaria se toma como formalmente vigente la norma de rango inferior, a despecho de los valores constitucionales que pueda estar lesionando, a pesar pues de ser inconstitucional y por lo tanto intrínsecamente antijurídica.

<sup>2</sup> Para una somera explicación nos remitimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1974, reimpresión 1977, cap. VIII, § 15, y con mayor detalle en el t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1979, cap. VIII, § 7 y 8; cap. IX, § 7, 8 y 9; cap. X, § 6.

<sup>3</sup> Tal como lo explicamos en nuestro referido *Tratado*, t. 1, cap. V, § 2 a 5. Ver también da SILVA, JOSÉ ALFONSO, "Aplicabilidade das normas constitucionais," *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1968, p. 200 y ss.; HERNÁNDEZ, RUBEN, *El control de constitucionalidad de las leyes*, San José, Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1978.

<sup>4</sup> Ver por ejemplo LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución nacional*, Buenos Aires, 1944; *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1970; *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas," Separata de *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1966, p. 10 y ss, especialmente p. 24 y ss.

<sup>5</sup> Explicamos la tesis dominante en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. V, § 11. Hemos criticado dicha tesis en *Introducción de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 64 y ss., y en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 70. Han compartido dicho criterio BIDART CAMPOS GERMÁN J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1964, p. 271; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1965, p. 297.

Algo parecido ocurre con los reglamentos: Difícilmente una autoridad administrativa inferior se considerará con competencia para apartarse en un caso concreto de un reglamento que reputé ilegal o inconstitucional, y la consecuencia será también que el reglamento se considerará formalmente vigente y se entenderá que debe ser cumplido no obstante su ilegalidad o inconstitucionalidad.

Resulta de ello que existe siempre un conjunto de normas formalmente vigentes, que *no* son en verdad cabal reflejo de un verdadero sistema jurídico internamente compatible, en cuanto les falta su compatibilidad primaria con los valores básicos del sistema constitucional.

### 3. *La irrealidad y el exceso como formas de irrazonabilidad*

Los apartamientos constitucionales pueden revestir múltiples formas, desde leyes que otorgan facultades judiciales a la administración,<sup>6</sup> reglamentos que asumen potestades legislativas,<sup>7</sup> actos que se pretende sean exentos de control judicial;<sup>8</sup> pueden ser vacíos legislativos que implican inexistencia de medios adecuados de defensa del particular ante la administración,<sup>9</sup> etc.

Sin embargo, pensamos que existe una preponderancia, dentro de los supuestos de normas existentes y formalmente vigentes que son inconstitucionales por irrazonablemente disvaliosas, en que tal inconstitucionalidad se presenta bajo la forma de *exceso* e *irrealidad* en la norma. En efecto, se abusa al crearla de lo que razonablemente puede ser el rol orientador y paradigmático o arquitectónico del derecho. Se plantea como norma de conducta no ya lo *deseable* y *posible*, sino meramente lo humanamente imposible e irrealizable, por tanto lo que sólo puede *quiméricamente* ser “deseable,” pero no el plano de las reales conductas humanas.

Relataba BIELSA que un constitucionalista brasileño, al ser consultado sobre qué reformas propondría a la Constitución, propuso la siguiente: “Artigo único: Tudo brasileiro fica obrigado a ter verghona.” Se resume allí, por una parte, la irrealidad de querer todo llevarlo a una norma escrita, y por la otra, que la clave del buen funcionamiento de un sistema está no tanto en su texto como en los valores con los cuales los ciudadanos efectivamente se comporten, y que de nada vale, sin tales valores, cualquier esquema constitucional y cualquier aspiración que en él plasmemos.

### 4. *La fragilidad del sistema inconstitucional*

Resulta de ello una doble fragilidad: La fragilidad de una Constitución violada sin que los mecanismos del Estado puedan reaccionar a tiempo para corregir y

<sup>6</sup> Para una crítica ver FERNANDO DE LA RÚA, *Jurisdicción y administración*, Buenos Aires, 1979, y sus referencias; nuestro *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. 1, cap. VII.

<sup>7</sup> Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. V, § 15, y t. 2, cap. XII, § 15.1.

<sup>8</sup> *Op. ult. cit.*, t. 2, cap. XIV.

<sup>9</sup> Nos referimos a tales vacíos en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. cit.*

menos aún impedir las infracciones a los valores constitucionales, y la fragilidad del sistema creado en infracción a tales normas superiores. Pues la sociedad percibe que el sistema así violatorio de la Constitución no es valioso y por lo tanto no siente frente al mismo el debido respeto y acatamiento que son las bases mismas del funcionamiento del orden jurídico.

Ahora bien, de allí no nace una precisa y puntual reticencia a cumplir cabalmente las normas inconstitucionales, en sólo aquello que tengan de específicamente disvalioso y antijurídico, sino que surge una genérica actitud de falta de suficiente respeto intrínseco al orden jurídico, al derecho mismo. No se puede pedir al común de la gente que discierna claramente que lo que ve disvalioso no es en verdad derecho sino antijuricidad, una infracción al sistema jurídico constitucional; lo que ocurre entonces es que *todo* el sistema normativo pierde prestigio y consenso, por culpa de aquellas partes suyas que pueden nacer y subsistir en infracción constitucional sin que se produzca una específica reacción correctora oportuna del mecanismo institucional.

### 5. *El nacimiento del parasistema*

Dado que la sociedad en su conjunto no hace finos análisis jurídicos que discriminen qué normas vigentes son inconstitucionales por irreales e irrazonables, ni tampoco lo hacen a tiempo los órganos del Estado, el resultado es que la sociedad no cumple cabalmente el sistema disvalioso, pero no lo hace meramente rebelándose contra las normas disvaliosas, sino contra todo el conjunto, incluido a veces también lo valioso. De ese incumplimiento y desobediencia más o menos generalizada al orden jurídico formal surgen entonces pautas de conducta, principios de organización, normas de procedimiento, etc., que son todo un verdadero seudosistema normativo, paralelo al sistema normativo formalmente vigente. La gravedad de la situación debiera ser manifiesta para cualquiera, como también que es indispensable indagar más en profundidad acerca de los verdaderos alcances del problema, y también acerca de los posibles mecanismos para solucionarlo.

De eso se trata en esta obra, en la cual intentaremos describir clínica y descarnadamente cada parte del problema *según lo percibe el común de la gente*,<sup>10</sup> no según lo percibimos y lo valoramos nosotros. Va de suyo que en cuanto juristas nuestra aspiración es lograr una legislación y administración elaborada y actuando pública y participativamente, permanentemente ajustadas al orden constitucional, en fiel acatamiento a los principios rectores de justicia, razonabilidad, etcétera, que provoquen entonces en los administrados el consenso, respeto y adhesión propios de la sociedad a la que debemos y podemos aspirar. Prescindiremos por ello de calificar punto por punto como valioso o disvalioso lo

<sup>10</sup> Desde luego, no todo el mundo advierte necesariamente todos los casos en que el fenómeno se presenta; en particular, es posible que las referencias específicamente referidas a la organización y procedimiento administrativos sólo sean conocidas por quienes tienen contacto asiduo con la administración.

que vamos relatando y observando, no porque estemos de acuerdo con la escala de valores que *cada* hecho supone, sino porque pensamos que la corrección del problema no se consigue con una mera expresión de juicio valorativa parcial y puntual sobre cada caso: Este trabajo apunta a buscar causas más generales, y explicaciones también más generales, que puedan permitir una *superación* del actual estado de cosas, y no meramente su descripción crítica. ¿Se verá en las soluciones que apuntamos también una propuesta irreal e impracticable, o disvaliosa? En el segundo supuesto, ello implica considerar valiosa la realidad que aquí describiremos, lo cual nadie podrá verdaderamente hacer. Digámoslo en todo caso clara y enfáticamente: El frontal desconocimiento que describiremos del orden jurídico es gravemente disvalioso y debe ser corregido.

### 6. *La superación del parasistema*

La respuesta clásica frente a la violación del sistema jurídico es desde luego la aplicación de sanciones a quien ha cometido la transgresión; la solución obvia y tradicional es entonces mejorar los mecanismos de represión de los infractores, crear más juzgados donde hagan falta, aumentar las dotaciones de personal de los organismos de fiscalización, etc.

Sin embargo, la generalización de las violaciones pareciera estar demostrando que es algo *más* grave lo que está ocurriendo, y que la respuesta tradicional, que por cierto no debe en modo alguno ser abandonada ni disminuida, no es por sí sola suficiente.

Recordamos una anécdota atribuida a MIGUEL ANGEL, según la cual una persona que hacía la limpieza en su atelier le critica una estatua que se encontraba esculpiendo, diciéndole que la nariz le parecía demasiado grande. MIGUEL ANGEL procede a retocar el mentón en su estatua, sin que el observador viera lo que hacía, y le pregunta qué le parece ahora la nariz. “Ahora sí está perfecta,” fue la respuesta. La anécdota puede servir para indicar que a lo mejor el grave defecto que todos observamos en el incumplimiento y falta de respeto al orden jurídico, se encuentra en una corrección en el mentón y no en la nariz.

Trataremos de explicar aquí que ese mentón que hay que corregir para que el orden jurídico sea respetado y aplicado, es el proceso de elaboración de todas las normas jurídicas, que debe necesariamente ser público, debatido, participativo, en un ámbito de libertad y de crítica como el que supone la Constitución nacional.