

## PRÓLOGO

### 1. *La democratización de la administración, la constitucionalización del derecho administrativo*

Presentar una “Teoría General” supone buscar un “sistema” si él existe, o sentar las bases para crearlo si es que no existe; en el segundo caso, supone también, necesaria y simultáneamente, denunciar las asistematicidades en el orden jurídico y su funcionamiento real.

Pues bien, el gran problema del derecho administrativo en Iberoamérica es que en todos los países hemos tenido, en uno u otro momento del presente siglo, largos períodos de oscurantismo autoritario, con supresión o debilitamiento de los mecanismos básicos de representación, participación, libertad, opinión pública, control, responsabilidad, etc.

Pero, emergiendo o habiendo emergido algunos de nuestros países de las autocracias, y restituidos en muchos de ellos los mecanismos democráticos, han pervivido en el sistema jurídico una enorme cantidad de trazos derivados de los períodos autoritarios. En otras palabras, *el funcionamiento normal de la democracia política, cuando ocurre, no ha garantizado automáticamente, ni podía quizás haberlo hecho, una paralela y consecuente democratización de la administración. Ha subsistido una administración autoritaria dentro de un contexto político democrático.*

Más aún, completado el paso en muchos países de un estado preconstitucional (sea por no tener Constitución vigente, o no tenerla con contenido democrático) al estado constitucional, la constitucionalización no ha llegado tampoco en forma completa e integral al derecho administrativo. Tenemos así un estado de cosas en el cual *el derecho administrativo es a veces preconstitucional, con supervivencia legal, jurisprudencial y doctrinaria de muchos rasgos autoritarios* según los países y las épocas, y la administración sigue siendo autoritaria en múltiples formas de comportamiento, sin que el derecho administrativo haya sido apto para dar

una respuesta eficaz al problema, y a veces ni siquiera para dar una respuesta al menos *teóricamente correcta* en una sociedad definida como democrática.

En suma, creemos que en la mayor parte de Iberoamérica son tantas las posibilidades de exceso administrativo, tan pocos los controles y limitaciones efectivamente operantes, y todo ello aun cuando funcionan los órganos constitucionales de control específico, que no está en modo alguno logrado un equilibrio aceptable entre libertad y autoridad: El derecho administrativo vigente está sesgado inequívocamente a favor de la autoridad y en desmedro de la libertad.

Es así básicamente un derecho de la administración, de la autoridad, del poder: Pensando las más de las veces por y para ella, y raramente por y para el administrado o individuo. Más aún, quienes intentan restablecer el equilibrio entre autoridad y libertad son a veces criticados por hacer supuestamente “un derecho administrativo del administrado” y no de la administración, como si esto fuera —en la realidad del desfasaje existente— en sí mismo equivocado, cuando es el sesgo contrario el claramente disvalioso frente a la realidad descrita.

## *2. Experiencias y conflictos. Su influencia asistemática*

Las experiencias concretas contribuyen al aumento del desequilibrio citado y no a su corrección. Es difícil o imposible pedirle al magistrado, funcionario público o abogado particular que tiene que resolver aquí y ahora un problema de derecho positivo, que tenga presente el marco conceptual y sistemático en el cual su solución habrá de insertarse o al contrario podrá transgredir. Cada uno resuelve el problema concreto sin necesariamente visualizar al propio tiempo toda una suerte de filosofía general de la disciplina. Pues bien, ¿cómo se presentan los datos de la realidad que recoge el derecho viviente en su aplicación material, cuáles son los conflictos reales más frecuentes entre administración y administrado y cómo se resuelven?

### *2.1. Los funcionarios públicos*

En una primera situación, que cuantitativamente es importante y cualitativamente determinante, se trata de la perspectiva que de los conflictos tienen quienes ejercen concretamente el poder público, los funcionarios y autoridades públicas. Obviamente, es casi imposible que no tengan un sesgo proclive al poder que precisamente están ejerciendo en ese momento.

### *2.2. Las grandes empresas*

Una segunda percepción, poco significativa desde el punto de vista de su utilidad sistemática, se da en los conflictos que puedan tener con la administración las grandes o medianas empresas y los grupos económicos relativamente fuertes. En estos supuestos, el “administrado” suele hacer una muy buena y eficaz utili-

zación de los recursos y remedios que le brinda el orden jurídico; está atento a la defensa de sus derechos, y hace además uso de todos los mecanismos informales de influencia y relación con la administración pública. En estos supuestos el conflicto autoridad-empresa se resuelve sea con cierto equilibrio, sea a favor de la segunda parte de la ecuación y no de la primera.

### 2.3. *El público en general: Usuarios, consumidores, etc.*

El tercer grupo de situaciones es a la vez el más numeroso y el peor resuelto, y aquel que determina la mayor cantidad de defectos del sistema: es el de la enorme masa de ciudadanos, profesionales, empleados, obreros, amas de casa, jubilados y pensionados, pequeños empresarios, desempleados, estudiantes, etc., que carecen de la eficiente defensa de sus derechos del anterior grupo y sin embargo tienen “per capita” la mayor cantidad de relaciones potencialmente conflictivas con la administración. Son los simples usuarios de los servicios públicos de transporte colectivo, teléfonos, gas, electricidad, correos, educación, televisión, salud, previsión social, etc.; son los consumidores, clientes forzosos de las empresas públicas del Estado que producen y venden determinados productos; son los que deben acudir a las múltiples mesas de entradas para hacer colas y ser atendidos por los funcionarios de más bajo rango de que dispone la administración, para llenar formularios que no siempre comprenden, para traer papeles y cumplir recaudos que les exceden en relación al tiempo que sensatamente pueden dedicarle a cada uno de tales problemas de su vida cotidiana.

Comparando los tres grupos de experiencias concretas, y analizando la forma en que habitualmente se las vive y se las percibe, podemos señalar sin temor a equivocarnos que en el primer grupo, el de los funcionarios, las vivencias que suelen generar tales actividades son potencialmente de alto contenido espiritual: se trata de colaborar a la realización del bien público colectivo, al desarrollo y cambio social o económico, la redistribución de la riqueza, o lo que para cada uno sea el bien concreto de la colectividad visto desde su punto de vista, el del ejercicio activo y concreto del poder público. En tal perspectiva, el administrado puede ser percibido global y genéricamente como objetivo final, feliz destinatario y pasivo beneficiario de las bondades que se realizarán desde el poder; o como el “mezquino interés individual” que en el caso hay que lamentablemente violar para poder realizar el “interés público” y el bien colectivo. En ambos supuestos, la perspectiva sigue siendo la preocupación del poder, no la del administrado de carne y hueso que hace individualmente la cola o utiliza anónimamente el servicio.

En la segunda clase de vivencias, las empresas fuertes, si bien se percibe con claridad cuál es el tipo de disfuncionalidad de que padece el derecho administrativo, se cuenta con más y mejores recursos para luchar contra ellas. Por de pronto, realmente se emplean con alguna frecuencia los medios de defensa que el orden jurídico pone a disposición de los administrados: se recurre y reclama

ante la administración, se acciona ante la justicia por la nulidad de los actos administrativos, se demanda la responsabilidad pecuniaria de la administración y sus agentes, etc. Por sobre todo, se ejerce también la influencia sobre el poder, el trato directo, la negociación, etc., que contribuye buena parte de las veces decisivamente, con más el empleo de los remedios jurídicos, a dar una solución más o menos razonable al problema. En este segundo grupo de experiencias, si bien se conoce perfectamente el desequilibrio del sistema, los particulares están en mejor condiciones, en los casos concretos, de enfrentar con algún éxito su disfuncionalidad.

El tercer grupo (usuarios, consumidores, público en general, etc.) es abrumadoramente el más numeroso, en cuanto a situaciones concretas que se presentan, y el más escaso en cuanto a personas que lo encaran desde el plano dogmático del derecho administrativo. Es el individuo aislado, el cliente forzoso de los servicios administrativos, el sujeto pasivo del poder estatal, el que a veces no sabe llenar siquiera un formulario, el usuario de todos los servicios públicos que por la escasa importancia económica del problema encuentra que no hay quien pueda ocuparse de ayudarlo a encarar y resolver el conflicto jurídicamente; a veces él mismo da por perdida la batalla sin siquiera haber consultado a ningún abogado. Son los millones de ciudadanos que tienen contactos y problemas diarios con los millares de funcionarios y autoridades, sin tener posibilidad efectiva de lograr un razonable equilibrio entre su libertad y la autoridad, y sin lograr tampoco que se despierte en todos los demás actores del conflicto (funcionarios, magistrados, letrados) una constante y permanente preocupación por resolver su situación individual y concreta dentro del conjunto del sistema jurídico. Es también, por fin, el medio ambiente y los recursos naturales depredados sin que se reconozca fácil legitimación a los que quieren luchar por su preservación y mejoramiento.

### *3. Otras influencias asistemáticas*

#### *3.1. La influencia asistemática de la justicia*

En lo que precede hemos hablado de vivencias de conflictos, y cómo ellas influyen en un determinado modo de ser asistemático del derecho administrativo. Sin embargo, cabe agregar que hay también otras vertientes asistemáticas que vienen a introducirse más clínicamente, sin emotividad alguna perceptible, casi diríamos fríamente.

La primera ha sido destacada para el caso del Consejo de Estado francés por el magistral Rivero, y consiste en dictar sentencias que, si son buenas, sirven para la historia, para la formación del pensamiento jurídico científico, para la cátedra y para la ciencia, pero no para la resolución eficaz de los problemas que se le someten. Porque, claro está, redactar sentencias que sirven a los libros, pero no a los sentenciados, no es precisamente una forma de contribuir a la formación

de un derecho administrativo viviente justo y eficaz. Lo mismo les pasa, desde luego, a la inmensa mayoría de los tribunales administrativos o judiciales en el resto del mundo.

Que los tribunales hagan a veces sentencias de cátedra, pero en numerosos casos omitan resolver la causa por razones formales, o dicten sentencia tan tardíamente que la cuestión ha perdido ya todo interés y toda utilidad práctica para el justiciable, ésa es una de las formas más usuales de confundir el rol de la justicia con el rol de la cátedra. Esto, sin entrar en este prólogo al detalle de todo el disfuncionamiento de la justicia en su rol de control de la administración y tutela de los derechos de los administrados.

Y ello sin entrar tampoco a detallar que muchas veces parecen carecer del impulso vital de hacer progresar el control y la democratización de la administración con ideas renovadoras, con cambios y progresos hacia el futuro, y se contentan con repetir las viejas fórmulas del pasado. En una palabra, en llevar la prudencia a un defecto, al quietismo y al inmovilismo conceptual.

### *3.2. La influencia asistemática del legislador*

La segunda colaboración asistemática proviene de los parlamentos. A veces dictan leyes que vienen a suplir el quietismo jurisdiccional; un ejemplo de ello son las leyes que se han ido dictando recientemente en el mundo sobre acceso de la sociedad a los documentos y archivos estatales. En verdad una jurisprudencia que aplicara directamente obvios preceptos y principios constitucionales de publicidad, defensa en juicio, debido proceso, democracia, etc., hubiera debido ser más que suficiente para destruir la supervivencia medieval del secreto de Estado cuando no hay razón alguna concreta que pueda justificarlo en los casos ocurrentes; pero en todo caso, a veces, los parlamentos y las cortes hacen avanzar el derecho administrativo.

Otras veces, los parlamentos se contentan con dedicarse a tantos otros problemas, que olvidan el de corregir las deficiencias jurídicas estructurales del sistema de control de la administración, en cuanto a los individuos aislados que a diario se vinculan con ella. En ocasiones, dejan impertérritos que subsistan normas dictadas por gobiernos autoritarios, librando a la justicia el lento rol de ir poco a poco declarándolas inconstitucionales o adecuándolas a los tiempos. Claro está, la justicia siente a veces que se le quiere encomendar más esfuerzo que el que le corresponde, y que al fin de cuentas el parlamento debería contribuir más a la democratización del derecho, si de ello se trata. El inmovilismo y el tradicionalismo se realimentan así recíprocamente:

### 3.3. *La influencia asistemática de la doctrina*

Dejamos para el final, obviamente, a los que se aproximan al derecho administrativo no por vocación política ni como actores necesarios del proceso administrativo o jurisdiccional, sino por vocación de análisis objetivo o científico: los autores y profesores de derecho administrativo.

En el lento progreso iberoamericano hacia la democratización de la administración y constitucionalización del derecho administrativo, pareciera que la mayor responsabilidad por contribuir a dicho progreso debiera objetivamente corresponderle a este sector de la sociedad. Claro está, su primera exigencia es que no tiene ningún rol activo en la resolución de conflictos: el profesor no puede dictar actos administrativos arbitrarios (salvo las notas, quizá), no resuelve pleitos o litigios entre administración y administrados (salvo la doctrina que aporta con sus libros y artículos), no hace leyes (salvo cuando aconseja o contribuye a su preparación); pareciera “prima facie” el menos responsable del estado de cosas que en este libro vamos a analizar.

Pero si los académicos y doctrinarios no asumen sobre sí la carga de la renovación y crítica constante de las ideas, ¿quién lo habrá de hacer por ellos? O dicho de otra manera, ¿quién tiene en la sociedad más deber moral de producir ideas nuevas que mejoren el sistema jurídico? Si no son los escritores y profesores, si éstos se limitan a explicar el orden constituido, a repetir lo que las leyes y sentencias ya han resuelto antes que ellos, y omiten criticar los vacíos y los errores de ambos, entonces se produce un reciclaje constante de las mismas viejas ideas: se enseña al alumno de hoy, magistrado o legislador de mañana, las ideas y principios aprendidos del pasado ya insuficientes en la sociedad de hoy.

El cambio se produce de vez en cuando, sí, y se expone fielmente; pero, ¿cuántas veces la doctrina se adelanta al cambio, se apresura a señalar la disfuncionalidad concreta del sistema de defensa de los derechos humanos, se compromete a enseñar a pensar en una perspectiva democrática y humanista, antes que contentarse con describir un mecanismo y a veces perderse en especiosos análisis de algún detalle técnico interpretativo que con razón comienza por no interesar siquiera a los propios discípulos?

No es malo, sino tardío, sólo felicitar desde la cátedra los adelantos operados en la administración, la legislación o la justicia; lo que resulta más necesario, sin embargo, es proporcionar desde la cátedra las ideas nuevas que puedan servir al cambio y al progreso jurídico y social.

Nadie va a cambiar por sí solo nada, ciertamente. Todo cambio es fruto de una larga y compleja labor colectiva. Pero la parte que en ello le corresponde a la doctrina es así la de adelantarse a indicar el sendero y advertir sus peligros, no la de venir historiando lo que ha pasado antes, el camino recorrido, las verdades ya oficializadas por el uso colectivo.

Algo de esto es lo que hemos querido siempre hacer en nuestra producción científica; esto es lo que queremos resumir y proponer como idea fuerza en la presente Teoría General.

#### *4. El problema sistemático en una crisis estructural*

Obsérvese, por fin, que no hablamos aquí de la eventual solución de fondo, obviamente inalcanzable en un mundo en crisis en el cual el desempleo o paro se torna a veces estructural, el servicio de la deuda externa de muchos países iberoamericanos absorbe todo crecimiento posible en términos reales, y en general sólo resta una administración de la crisis, la pobreza y la austeridad, en lugar de una administración distributiva, del desarrollo, del crecimiento, de la prosperidad. Pero es que aun sin hallar en lo inmediato solución económica o social de fondo a tales problemas, puede al menos corregirse el desfasaje de legitimación democrática que significa no darles tampoco medios efectivos, sencillos, accesibles, de lograr un equilibrio entre autoridad y libertad, entre administración y administrado.

Para todos esos millones de personas no habrá posiblemente solución mágica que elimine las desigualdades económicas y sociales, a menos que se revierta la crisis y se produzca un acelerado desarrollo socioeconómico, lo cual no parece muy probable en el corto y mediano plazo. La gran pregunta que debemos formularnos quienes nos preocupamos de los problemas de la administración y del derecho administrativo es si tampoco habremos de brindarles al menos una perspectiva jurídica e institucional que les proporcione la dosis de acceso al poder a que en una democracia de objetivos igualitarios deberían tener derecho.

Ya que no es posible brindarles a todos los ciudadanos pleno empleo, total seguridad social y económica, salud, vivienda, etc., intentemos al menos proporcionarles protección contra la arbitrariedad, un trato razonable y democrático de las administraciones públicas, participación en la administración, la sensación y la realidad de ser parte activa e igualitaria de la sociedad, al menos en cuanto hace al funcionamiento de la administración.

Esa es la lección, ése es el mensaje, que esta Teoría General del Derecho Administrativo quisiera transmitir a sus amables lectores.

Agustín Gordillo

