

## SECCIÓN I

### ***EL DERECHO ADMINISTRATIVO***

CAPÍTULO I: *Bases del derecho administrativo*

CAPÍTULO II: *Las funciones del Estado*

CAPÍTULO III: *Concepto de derecho administrativo*

CAPÍTULO IV: *Fuentes del derecho administrativo*



## CAPÍTULO I

### BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Introducción</i> .....	I-1 / 39
1. Enunciación general.....	I-1 / 39
II. <i>Bases históricas</i> .....	I-2 / 40
2. El derecho administrativo en el pasado .....	I-2 / 40
3. En el nacimiento del constitucionalismo.....	I-3 / 41
4. El derecho administrativo en el presente.....	I-5 / 43
5. Derecho administrativo y ciencia de la administración .....	I-6 / 44
6. Derecho administrativo y economía .....	I-8 / 46
III. <i>Bases Políticas</i> .....	I-9 / 47
7. Libertad y autoridad en el derecho administrativo .....	I-9 / 47
8. Teorías estatistas del derecho administrativo .....	I-10 / 48
IV. <i>Bases cosntitucionales</i> .....	I-11 / 49
9. Pueblo y Estado .....	I-11 / 49
10. Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo.....	I-11 / 49
11. Ssitema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado .....	I-12 / 50
12. La personalidad del Estado en el sistema de la soberanía conjunta .....	I-12 / 50
13. La personalidad del Estado en el sistema del Estado de Derecho.....	I-13 / 51
14. Los derechos individuales frente al Estado .....	I-14 / 52
V. <i>Bases sociales</i> .....	I-14 / 52
15. Los derechos individuales en el Estado de Derecho .....	I-14 / 52
16. Las respuestas totalitarias: La negación de los derechos individuales .....	I-15 / 53
17. Una nueva solución: El Estado de bienestar.....	I-16 / 54

18. Estado de Derecho y Estado de Bienestar.....	I-17 / 55
--	-----------

*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 cual 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 salvaguardia 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.; 5) *bases económicas*: El instrumento de las mejoras sociales que el Estado debe emprender no será la totalitaria supresión de los derechos individuales, sino la aplicación de las técnicas macroeconómicas modernas a través de la planificación, del desarrollo económico, etc., y éstas deben ser también base esencial del derecho administrativo; 6) *bases técnico jurídicas*: Un fuerte espíritu crítico que permita al derecho administrativo desembarazarse de sus viejas doctrinas, elaborar nuevas, y seguir reelaborando sus principios de acuerdo a los progresivos cambios del mundo actual y futuro.

En lo que sigue nos referiremos a las cuatro primeras,<sup>1</sup> dejando para la parte especial de esta obra el estudio detallado de los aspectos específicos del derecho administrativo de la economía.

## II. Bases históricas

### 2. El derecho administrativo en el pasado 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 ha existido siempre, desde el nacimiento mismo del Estado. Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica, 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

<sup>1</sup> Para mayores detalles, ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., cap. I y II.

<sup>2</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1961, p. 48. Desde luego, esto no es una regla absoluta, y 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; Díez MANUEL M., *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 118.

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.

Esta concepción del Estado y sus relaciones con los administrados ha sido dada en llamar, 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 ciencia en tomo al mismo.

### 3. *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 deseñocer porque son superiores y preexistentes a él.

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.

<sup>3</sup>MERKL, *op. cit.*, pp. 95-6.

<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. 56.

<sup>5</sup>Del alemán, *Polizeistaat*.

<sup>6</sup>MAYER, *op. cit.*, p. 56 y nota 12.

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

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.<sup>7</sup>

2) *La irresponsabilidad del soberano*: El Rey “no podía dañar,” esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también el Estado constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable por los perjuicios que sus órganos ocasionaran, y recién en 1933 la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado,<sup>8</sup> la que todavía hoy dista bastante de ser plenamente satisfactoria.

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,”<sup>9</sup> después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas de estas teorías, a pesar de la manifiesta desubicación histórica y jurídica de ellas.

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, pero todavía resta algún sostenedor de la concepción antigua.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> La tortuosa evolución de esta institución en nuestro país la hemos analizado en el libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, pp. 205 y ss., notas 12, 13, 14 y 15.

<sup>8</sup> En el conocido caso *Devoto* (1933), *JA*, 43: 416.

<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 exhaustiva, ver nuestro libro *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963, pp. 11 y ss.

<sup>10</sup> Para una crítica de dicha teoría, ver *infra*, § 11 y ss.

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 pasó a la “*justicia delegada*,” en que el Rey “*delega*” la decisión a un consejo, que sigue dependiendo de él, sin tener verdadera independencia como un correcto tribunal de justicia. En el Estado moderno existen tribunales, como también lo existieron en algunas monarquías, pero la legislación o los autores tratan a veces de otorgar a la administración, contra toda lógica, alguna parte del ejercicio de la jurisdicción, produciéndose así la contradicción de la llamada “*jurisdicción administrativa*.” Es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la Administración ejerza atribuciones que le corresponden a otro poder. La doctrina argentina está bastante dividida al respecto, si no en el aspecto teórico, por lo menos en el práctico.<sup>11</sup>

6) *En el Estado de Policía se hablaba de un “poder de policía,”* que era el 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 restringida 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>12</sup>

#### 4. *El derecho administrativo en el presente*

¿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 espúreo del pasado; la irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas, denunciar su filiación histórico-política, y suprimirlas cuando ello corresponda para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho.

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

<sup>11</sup> Ver *infra*, cap. II, y nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, cap. V, pp. 101 y ss.

<sup>12</sup> Ver *infra*, cap. X, y también “La crisis de la noción de poder de policía,” en nuestro libro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, pp. 9-31.

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, 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>13</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 principales empresas que este libro acomete es precisamente insistir una vez más en el intento de erradicarlas.

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 administración sí lo ha hecho. Y en forma muy trascendente.

A consecuencia de ello, el derecho administrativo ha empezado ya a orientarse hacia nuevas direcciones, preocuparse por nuevas cuestiones, crear nuevas instituciones. En esa medida se está gestando en la actualidad un proceso de reverdecimiento, totalmente independiente de la vetustez político-jurídica que hemos señalado en el derecho administrativo, y que seguramente alterará profundamente sus caracteres.

En esa medida, puede tal vez tratarse de entrever cual podrá ser el derecho administrativo del futuro; o por lo menos, cuales son los factores que éste habrá de tener en cuenta para seguir al paso de los tiempos y no transformarse en un conjunto de doctrinas caducas y sin vida.

### 5. *Derecho administrativo y ciencia de la administración*

Se discute en los textos de derecho administrativo si la llamada “ciencia de la administración,” que comprendería el estudio de los aspectos no jurídicos de la administración pública (problemas de organización y métodos, dirección de personal, liderazgo administrativo, etc.) es o no una ciencia separada de nuestra disciplina jurídica.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Ley 3952, art. 7°.

<sup>14</sup> Sobre la discusión ver, en puntos de vista opuestos, DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, pp. 283 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, pp. 152 y ss.

En realidad, si bien puede tal vez abrigarse alguna duda acerca de si efectivamente la ciencia de la administración ha alcanzado el carácter de “ciencia,”<sup>15</sup> creemos que no puede dejar de reconocerse que de hecho tiene la más plena autonomía frente al derecho administrativo. La autonomía de una disciplina se presenta casi siempre *ex post*, como un hecho consumado, cuando aparecen obras que analizan sistemáticamente el problema con un método propio, etc., y esto ya ha ocurrido ampliamente en el caso de la ciencia de la administración, por lo que su autonomía nos parece lograda.

No decimos pues que la ciencia de la administración sea una parte del derecho administrativo, ni que el derecho administrativo sea una parte de la ciencia de la administración, lo que tampoco tendría sentido. Se trata de disciplinas diversas, que estudian cada una distintos aspectos de un mismo fenómeno: Y como el fenómeno es único, no pueden ignorarse mutuamente so pena de no aprehender en su plenitud el objeto de su estudio.

Una ciencia de la administración —muy primitiva, por cierto— surgió ya con el cameralismo, mucho antes del nacimiento de la ciencia del derecho administrativo;<sup>16</sup> posteriormente queda relegada a un segundo plano, al nacer con pujanza el derecho administrativo: Es la época en que se estudiaba conjuntamente ambas disciplinas, pero con un neto predominio de esta última.

En este siglo, y particularmente en los últimos años, se han separado: El derecho administrativo sigue, hoy todavía, siendo rama dominante para el estudio de la administración pública,<sup>17</sup> pero su vieja autoridad comienza ya a resquebrajarse.

El enorme avance de los estudios de ciencia de la administración en Estados Unidos, Inglaterra, etc. y su creciente difusión en nuestros medios, va despertando la conciencia de que la solución jurídica no es *la* solución del problema administrativo, sino sólo una de las facetas de él, y tal vez no la más importante.

Ese incuestionable avance de la ciencia de la administración plantea un dilema al derecho administrativo del futuro: Este dilema es el mismo que plantean todas las demás ciencias a la ciencia jurídica. El jurista debe comprender también el fenómeno no jurídico, y *hacer comprender* el suyo al no especializado en derecho; debe señalar qué es aquello que el derecho ofrece como poco menos que

<sup>15</sup> Duda ésta que tomada muy estrictamente puede también hacer cuestionable el carácter de “ciencia” del derecho administrativo...

<sup>16</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, t. I, p. 169.

<sup>17</sup> Como dicen MOSHER, FREDERICK G., y CIMMINO, SALVATORE, *Ciencia de la administración*, Madrid, 1961, p. 58, “...constituye motivo de perplejidad... el hecho de que el Derecho Administrativo haya debido asumir el monopolio de los estudios de administración pública por falta de otra perspectivas;” sin embargo, la causa es evidente: La falta de estudios avanzados de ciencia de la administración produce un vacío que tiende a ser llenado por la única disciplina que se ocupa del mismo fenómeno, aunque con distinto prisma. A medida que siga progresando la ciencia de la administración decrecerá en algo la influencia del derecho administrativo; pero, por cierto, nunca se podrá prescindir totalmente del análisis jurídico de la administración.

inmutable (por ejemplo, las bases constitucionales; la justicia y razonabilidad; etc.) y qué es lo susceptible de cambio (p. ej., a través de una reforma legislativa o jurisprudencial); que es, por fin, aquello que puede usarse como instrumento más o menos dócil en diversos sentidos posibles.

El desentendimiento entre las ciencias jurídicas y no jurídicas parte por un lado de una errada creencia de los no juristas de que el derecho debe ser *mero instrumento* de las técnicas o ciencias no jurídicas, absolutamente maleable para cualquier cosa que el técnico quiera hacer,<sup>18</sup> y por otro lado de una cierta deformación profesional del jurista, que tiende a ofrecer la solución jurídica que en el momento es circunstancialmente aplicable (por existir alguna norma legal o reglamentaria, etc., que en el caso así lo indica), como *la única solución viable*.

En rigor de verdad, el derecho en su conjunto ni es mero instrumento de las técnicas ni es tampoco “objetivo último de la sociedad humana;” tiene, eso sí, ciertos principios que integran la base incommovible de una sociedad en que exista justicia, pero tiene también y en gran parte, principios que pueden modificarse y adecuarse a las circunstancias de hecho. Esa adecuación, para el jurista, consistirá en una reforma legislativa, o en el dictado de un reglamento o un acto administrativo que modifique lo anterior: Es esta posibilidad de reforma lo que el jurista debe hacer comprender al no jurista, para que éste no crea, como lo hace habitualmente, que el derecho es nada más que un esquema rígido, una suerte de camisa de fuerza en la cual se quiere encapsular la realidad.

Por último, debe tenerse presente que el derecho ha sufrido una profunda evolución en los últimos tiempos, abarcando dentro del análisis jurídico consideraciones sociológicas, políticas, etcétera, que lo alejan enormemente de la clásica interpretación exegética, que buscaba el principio jurídico en la mera interpretación gramatical de un texto legislativo. La existencia o la carencia de ley no es óbice para que se construya un principio jurídico; el texto legal es la base, pero en modo alguno un rígido precepto que deba ser interpretado sólo y exclusivamente de acuerdo a sus más mínimas expresiones. Esta tendencia a ajustarse demasiado al texto de la ley, con todo, no es atribuible principalmente a los juristas, sino más bien a quienes, por razón de su profesión, tienen un conocimiento menos profundo del derecho; por ello es necesario advertir al economista que hace sus primeros estudios de derecho administrativo acerca de ello.

## 6. *Derecho administrativo y economía*

Otra de las grandes cuestiones que debe necesariamente afectar el desarrollo futuro del derecho administrativo, es la actividad económica del Estado. Esta ha

<sup>18</sup> Ejemplo de esta errada concepción encontramos en MOSHER y CIMMINO, *op. cit.*, p. 58: “...se ha llegado a alterar la finalidad propia del Derecho, que en lugar de concebirse como medio se concibe como objetivo último de la sociedad humana y de su desarrollo.”

sido y es estudiada, sin duda, al nivel de problemas tales como empresas públicas, bancos oficiales, intervencionismo económico, presupuesto, etc., pero falta todavía, en nuestro país, el análisis jurídico sistemático de otros problemas tal vez más recientes, pero que se plantean con fuerza formidable: La planificación económica, la integración económica, el desarrollo regional, etc.

Con el indudable avance de la planificación indicativa en los países occidentales, a modo de respuesta a la planificación imperativa de los países socialistas, se introduce en la vida del Estado un instrumento de tremendas consecuencias e incontables problemas jurídicos. Estos problemas pertenecen en su mayor parte, teóricamente al menos, al derecho administrativo, pero no han recibido la tensión que su importancia justifica. No es ello de extrañar, sin duda, teniendo en cuenta que Francia, que ha sido prácticamente pionera en materia de planificación indicativa, recién últimamente esté comenzando a producir trabajos sistemáticos sobre los aspectos jurídicos del tema; pero de todos, modos constituye un dato objetivo que permite señalar tendencias futuras que la disciplina ha de ofrecer.

La importancia que otorgamos a estos problemas dentro del marco del derecho administrativo queda ya demostrada por la naturaleza y el título mismo de esta obra, que intenta adentrarse a la consideración especial de esta parte de la materia, sin perjuicio, desde luego, de la exposición, de sus principios generales.

No llegamos a considerar que esta especial atención del derecho administrativo en relación a la economía pueda producir en el futuro próximo el nacimiento de una nueva rama del derecho, pero creemos que su estudio está destinado a influenciar en alguna medida la naturaleza y contenido de la disciplina general haciéndole perder un poco más el aspecto formal que tenía en el pasado, y dándole tal vez mayor dinamismo.

### *III. Bases políticas*

#### *7. 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>19</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>19</sup> HAAS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, p. 7. Ver también el excelente trabajo de SCLMEIDER, PETER, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960.

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.

#### 8. *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 estos y aquellos poderes al Estado; cuando desconfía, huye y niega de los argumentos que en algún caso parecen querer reconocer un ámbito de libertad; cuando como los débiles se inclina hacia el sol de los poderosos —en el caso el Estado—, entonces está destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: La protección de la libertad humana.

Mas 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 del individuo, pero que entraña un verdadero conflicto entre 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 cuerpo de detalle, se los olvida, se los contradice, se

los destruye es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho administrativo.

#### *IV. Bases constitucionales<sup>20</sup>*

##### *9. Pueblo y Estado*

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

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

##### *10. 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. La Convención Constituyente no es un órgano del Estado, sino que representa directamente al pueblo; por ello cabe afirmar en este caso que la Constitución es impuesta por el pueblo al Estado. El Estado *nace* de la Constitución, con los caracteres y atribuciones que ésta le fija; el Estado está pues *dentro* de la Constitución y ésta no es un producto de él sino que él es producto de ella.<sup>21</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 preestablecido.

<sup>20</sup> Sobre estos aspectos ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, cap. III, pp. 61 y ss.

<sup>21</sup> Como dice MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Múnich 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 quien lo contenga a él.

### 11. *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 estatales normales, sino que por el contrario emana directamente del Estado, quien a través de sus órganos regulares —en este caso el Poder Legislativo— es quien 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.

Acá el pueblo no *impone* una Constitución al Estado, sino que el Estado *se da a sí mismo* una Constitución, de acuerdo a 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 quien está contenido dentro de la Constitución, sino la Constitución que está contenida dentro del Estado.

### 12. *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 un programa de gobierno, una expresión de deseos y finalidades vertida 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 a 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; 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.

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

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

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

Finalmente, 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>22</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 una 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 a 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>23</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 suprajurídicas, de “soberanía” o “imperio.” Son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho; si esas facultades son ejercidas con exceso se transforman en antijurídicas, y serán dejadas sin efecto por los tribunales ante el reclamo del individuo afectado.

#### V. *Bases sociales*<sup>24</sup>

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

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

<sup>22</sup> Como dice BRUNNER, GEORG, *Die Grundrechte im Sowjetsystem*, Köln, 1963, p. 105-6, 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. 106.)

<sup>23</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

<sup>24</sup> Ampliar: TREVES, GIUSEPPINO, “El Estado de bienestar en el Estado de Derecho,” en revista *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1959, t. XVIII, pp. 5 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, *El Estado de Derecho (Rechtsstaat)*, Montevideo, 1957; ROBSON, WILLIAM A., *The Welfare State*, Londres, 1957,

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.

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 “todos” los individuos un derecho de 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.

#### 16. *Las respuestas totalitarias: La negación de los derechos individuales*

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

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>25</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: 1º) La experiencia de los que lo han intentado demuestra que la “temporariedad” es poco menos que permanencia; 2º) la prolongada inactividad en el ejercicio de un derecho termina necesariamente por atrofiarlo, tal vez definitivamente; *sólo el ejercicio constante de los derechos individuales es la auténtica garantía de su supervivencia;*<sup>26</sup> 3º) 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 del 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>27</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.

### 17. Una nueva solución: El Estado de bienestar

Apartándose de ambos extremos y buscando justamente la unión de aquello que ha sido lo fundamental en el Estado de Derecho (las garantías individuales de la libertad) y esto que ahora se aparece como indispensable (la superación del ahogo económico y social), surge en los últimos años la concepción del “Estado de Bienestar.” Como dice TREVES: “Se trata de una forma de Estado que interviene

<sup>25</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, 1962, p. 36, traducción de M. I. AZARETTO DE VÁZQUEZ.

<sup>26</sup> O como dice MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168: “...una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura; 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 de usurpadores.”

<sup>27</sup> HOBHOUSE, *Democracy and Reaction*, Londres, 1903, p. 228.

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>28</sup> O en estas 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 existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.”<sup>29</sup>

### 18. *Estado de Derecho y Estado de bienestar*

La diferencia básica entre la concepción clásica del liberalismo y la del Estado de bienestar, es que mientras en aquélla se trata tan sólo de ponerle vallas al Estado, olvidando 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?

En realidad, si tomamos la noción tradicional del 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 o sustituyéndola. En rigor, la noción de “Estado de bienestar,” tomada aisladamente, podrá 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»

<sup>28</sup>TREVES, *op. cit.*, p. 5.

<sup>29</sup>RADBUEH, GUSTAVO, *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.

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>30</sup>

### Sinopsis

1. El derecho administrativo debe tratar de conjugar bases políticas (respeto a la libertad humana) y socioeconómicas (desarrollo, superación de la miseria, etc.), de modo que no prevalezcan las unas sobre las otras; debe también basárselo históricamente, para saber su sentido actual; ubicarlo en la Constitución y despojarlo de sus viejas doctrinas, cuando éstas carezcan de fundamento lógico-jurídico efectivo.

2. En el Estado de policía, el derecho administrativo no existía como ciencia, porque imperaba la total ilimitación del poder estatal.

3. Con el nacimiento del constitucionalismo surge el derecho administrativo, pero mantiene sin embargo muchas construcciones que sólo se justificaban en el Estado de policía. (Indemandabilidad, irresponsabilidad, actos del príncipe, doble personalidad del Estado, jurisdicción administrativa, poder de policía.)

4. En el presente el derecho administrativo se ha desembarazado de muy pocas de esas teorías, pero, termine o no su evolución política, debe analizar ya otros fenómenos que afectarán su desenvolvimiento futuro.

5/6. Uno de estos fenómenos es la ciencia de la Administración (estudio no jurídico de la Administración pública) y otro la economía, a los cuales el derecho administrativo debe recurrir para dar soluciones adecuadas al mundo moderno.

7/8. 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; muchos libros y autores se inclinan preferentemente por la autoridad, dando así un corte estatista a la disciplina.

9/11. La soberanía del pueblo puede manifestarse a través del propio Estado, o directamente, a través de una Convención Constituyente; en el primer caso, la

<sup>30</sup>TREVES, *op. cit.*, p. 7. Ampliar en nuestra *Introducción*, *op. cit.*, cap. II, pp. 55 y ss.

Constitución emana del propio Estado soberano; en el segundo, el Estado está sometido a la Constitución emanada del pueblo soberano.

12/13. En el primer caso, el Estado tiene una doble personalidad: soberana, cuando dicta su Constitución o en general las leyes, y jurídica, cuando como Administración actúa bajo esas leyes; en el segundo caso el Estado, dado que está siempre bajo un orden jurídico —el constitucional— tiene una sola personalidad, que es jurídica.

14. Los individuos tienen garantizados sus derechos frente al Estado en la Constitución, y si aquél los viola su conducta es antijurídica.

15. El concepto de Estado de Derecho se ocupa de poner límites a la acción del Estado, para la defensa de los derechos individuales, pero olvida la corrección de las desigualdades sociales y económicas que puedan existir.

16. Los sistemas totalitarios se preocupan, teóricamente al menos, de lograr condiciones sociales y económicas dignas para los administrados, pero desconocen para ello sus libertades. Tanto esta concepción como la anterior —15— son contradictorias consigo mismas.

17/18. Buscando la síntesis de lo positivo de ambos extremos surge la idea del Estado de bienestar, que se preocupará por lograr el mejoramiento socioeconómico de los individuos, pero manteniendo el pleno respeto de las garantías de la libertad. El Estado de bienestar no desconoce el Estado de Derecho, sino que lo complementa y revaloriza.