

## CAPÍTULO II

### PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO PÚBLICO

#### SUMARIO

1. El derecho público en el pasado .....	II-1 / 533
1.1. El estado de policía.....	II-1 / 533
1.2. El nacimiento del constitucionalismo .....	II-2 / 534
1.2.1. La indemandabilidad del soberano .....	II-3 / 535
1.2.2. La irresponsabilidad del soberano .....	II-3 / 535
1.2.3. Los actos del príncipe .....	II-4 / 536
1.2.4. La doble personalidad del estado .....	II-4 / 536
1.2.5. La “jurisdicción administrativa” .....	II-4 / 536
1.2.6. El poder de policía.....	II-5 / 537
1.2.7. Otras etapas históricas .....	II-5 / 537
2. El derecho público en el presente .....	II-6 / 538
2.1. El estado actual de la evolución histórica .....	II-6 / 538
2.2. Nuevo impulso del derecho público .....	II-7 / 539
3. El derecho público en el futuro .....	II-7 / 539
3.1. La intervención reguladora del estado en la economía.....	II-8 / 540
3.2. El cambio social y la administración pública .....	II-10 / 542
3.2.1. Consenso y adhesión .....	II-10 / 542
3.2.2. La motivación o explicación.....	II-11 / 543
3.2.3. La participación administrativa .....	II-11 / 543
4. Los órganos del control del proceso .....	II-11 / 543



## *Capítulo II*

### *PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO PÚBLICO*

#### *1. El derecho público en el pasado*

##### *1.1. El estado de policía*

El derecho público como conjunto de normas jurídicas positivas que regulan las relaciones del Estado con los particulares, puede decirse que tal vez haya existido siempre, desde el nacimiento mismo del estado.<sup>1</sup> Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no fue suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de disciplinas científicas o técnicas, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se trataba de una relación entre sujetos diferenciados.

Históricamente esa época coincide en su mayor parte con la de las monarquías absolutas,<sup>2</sup> dando origen 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 afirma MERKL, se podría decir que en esa época el derecho público se agota en un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado para administrar,<sup>3</sup> no se reconoce ningún tipo de derecho al individuo frente al soberano;<sup>4</sup> el individuo es contemplado como un objeto del poder estatal, y no como un sujeto que se relaciona con él.

<sup>1</sup> Por ejemplo, afirma BODENHEIMER que pueden ser encontradas normas propias del derecho administrativo ya en el propio derecho romano: BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 260 y ss.

<sup>2</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1961, p. 48. Esto no es una regla absoluta y también se puede hablar 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.

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

<sup>4</sup> Esto, por supuesto, al principio, pues siempre se encuentran en la Historia países o épocas en que algún limitado grupo de derechos tuvo algún débil reconocimiento por parte del soberano. Sin embargo, se pudo establecer claramente la regla, en el sentido de que “no existen reglamentos que sean obligatorios para la autoridad frente al súbdito,” como dice MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 56.

Esta concepción del estado y sus relaciones con los particulares se denominó, particularmente en 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 relación a los fines que podía perseguir y en relación a los medios que podía emplear, apenas podía desarrollarse una reflexión científica de ese poder. No creemos que se pueda afirmar, pura y simplemente que *no existía* un derecho público como por ejemplo dijo MAYER,<sup>6</sup> pues, incluso ese principio de poder ilimitado, y las normas que de él emanaron, constituyen un cierto ordenamiento positivo; sin embargo, al menos se puede afirmar que no existía, en absoluto, una rama del conocimiento jurídico en torno al mismo.

### 1.2. *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 jamás causa daño, sino, al contrario, existe una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer porque son superiores o preexistentes a él.

En ese momento, se origina el germen del moderno derecho público, porque, 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 puede 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 público. Esto 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 momento importante de una evolución histórica que se remonta más atrás y que no termina tampoco ahí. En el siglo XIX, en América Latina, se percibe este fenómeno también en Brasil, por la supervivencia del régimen monárquico aun después de la Independencia.<sup>7</sup>

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

<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 que el príncipe regulaba la actividad administrativa “no eran obligatorias para el gobierno en sus relaciones con los súbditos; no constituían para estos ninguna garantía”; en el mismo sentido LESSONA SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, pp. 177 y 178.

<sup>7</sup>Ver por ejemplo GALVÃO DE SOUZA, JOSÉ PEDRO, *Introdução à História do Direito Político Brasileiro*, San Pablo, 1954, p. 133, que afirma: “La permanencia de la dinastía, después de la separación de Portugal, evitaba los choques violentos, las demoradas luchas, a través de las cuales las naciones de

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

### 1.2.1. *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 en el estado moderno durante mucho tiempo, exigiéndose en Argentina hasta 1900 que contara con un permiso especial del Congreso;<sup>8</sup> de cualquier forma, todavía cuesta demandar al estado. Y de todas maneras, de poco sirve poder demandar al estado, si la sentencia que lo condena no es, generalmente, susceptible de ejecución forzosa.<sup>9</sup>

### 1.2.2. *La irresponsabilidad del soberano*

El rey *no podía causar daños*, es decir, no causaba 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 la Corte Suprema Argentina aceptó la responsabilidad extra contractual del estado,<sup>10</sup> la cual, aún hoy día, dista bastante de ser plenamente satisfactoria.<sup>11</sup>

En Brasil, en 1934 existieron normas, después derogadas que pretendieron reconocer como legítima la irresponsabilidad del estado.

Otras formas posibles de irresponsabilidad del estado se vinculan a la indemandabilidad al estado, o a la existencia de categoría de actos no susceptibles de revisión judicial, tales como los previstos en el art. 11 de la carta constitucional brasileña de 1967 (redacción dada por la enmienda n° 1 de 1969), o los derivados del acto institucional n° 5 de 1968, mantenido en vigencia por el art. 182 del anteriormente citado cuerpo normativo.<sup>12</sup>

la América española iban afirmando la propia Independencia.” Y agrega que la famosa “dictadura de la honestidad,” “se transformó rápidamente en el poder personal del monarca.” (P. 133.)

<sup>8</sup>La tortuosa evolución de esta institución en Argentina fue analizada en el libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971, 2ª ed., p. 477 y ss., notas 1 a 4.

<sup>9</sup>Como sucede también en Brasil. Ver SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Río, 1957, cap. V, n° 85, p. 220.

<sup>10</sup>En el conocido caso *Devoto*, del año 1933.

<sup>11</sup>Ampliar en REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969.

<sup>12</sup>Ver CIRNE LIMA, RUY, *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre, 1964, p. 202 que, además de eso, explica las otras limitaciones de la responsabilidad del estado.

### 1.2.3. *Los actos del príncipe*

Correlativamente con lo anteriormente recordado, el acto del príncipe era como un acto de Dios, estando por encima del ordenamiento jurídico; su versión en el Estado constitucional fue la teoría de los “actos de imperio” primero y de los “actos de gobierno”<sup>13</sup> después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas de esas teorías a pesar de su evidente inadecuación histórica y jurídica. En Brasil encontramos como ejemplo los denominados “actos institucionales,” tales como el n. 16 de 1969, que dio lugar a una carta constitucional, o los previstos en los arts. 181 y 182 de ésta.<sup>14</sup>

### 1.2.4. *La doble personalidad del estado*

En la época de las monarquías absolutas en que el Rey era indemandable, irresponsable, etc. se idealizó la teoría del “Fisco,” que venía a constituir una especie de manifestación “privada” del soberano, colocada en un plano de igualdad con los particulares; 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 a la del Rey, sino como 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; recientemente en los últimos años los autores abandonaron la distinción, sin embargo, todavía queda algún defensor de la antigua concepción.<sup>15</sup>

### 1.2.5. *La “jurisdicción administrativa”*

En la antigua época monárquica existía la llamada “justicia centralizada:” El soberano decidía por sí las contiendas entre partes; más tarde se pasa a la “justicia delegada,” en la 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 existieron en algunas monarquías, pero la legislación y los autores tratan a veces de otorgar a la Administración, contra toda lógica, parte del ejercicio de la jurisdicción, produciéndose

<sup>13</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 pormenorizada, ver este *Tratado*, t. 2, cap. XIV.

<sup>14</sup> Además de eso, la existencia de actos o cuestiones no susceptibles de control jurisdiccional siempre persiste. Como dice SEABRA FAGUNDES, *op. cit.*, cap. III, quinta parte, n° 74, “Las Constituciones de 1934 y 1937 dispusieron expresamente que el Poder Judicial no podía conocer de *cuestiones exclusivamente políticas*. La actual silencio. Pero no obstante eso, la veda persiste. Es que ella deriva de la índole del régimen y de imperativos de su funcionamiento.” Los actos institucionales, por su parte, constituyen una forma más acentuada aún de acto político del gobierno no apreciable jurisdiccionalmente. Dicha teoría fue receptada en la Argentina por MARIENHOFF.

<sup>15</sup> Para una crítica de dicha teoría, ver *infra*, cap. III, notas 8 a 12.

de esa manera, la contradicción de la denominada “jurisdicción administrativa;” es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse al sistema de división de poderes resulta inconcebible que la administración ejerza atribuciones que le corresponden a otro poder. La doctrina está bastante dividida sobre el tema, si no en el aspecto teórico, por lo menos en el práctico.<sup>16</sup>

La legislación, a veces, prevé algún caso expresamente, como ocurre con el art. 149, § 1º, de la carta constitucional Brasileña de 1967. (Redacción de la enmienda n° 1/69.)

### 1.2.6. *El poder de policía*

En el estado de policía se hablaba de un “*poder de policía*,” que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar, dictar órdenes, para realizar lo que el soberano entendía conveniente; al pasarse al estado de derecho el concepto fue limitado en relación 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>17</sup>

### 1.2.7. *Otras etapas históricas*<sup>18</sup>

Lo expuesto hasta ahora en relación a los aspectos jurídico-políticos del poder absoluto en el estado de policía, además debe también completarse con la función —positiva o negativa— del estado en el proceso económico y social. La denominada idea liberal-burguesa del estado lo idealiza como un estado-árbitro, imparcial, prescindente e independiente. Pero, en realidad, no siempre lo fue y eso se manifestó en intervenciones autoritarias a favor de determinados intereses o clases sociales. La concepción del estado y de la administración como agentes del “bien común,” o del “interés público,” tomada como abstracción permanente y generalizada (todo estado sirve siempre al bien común) es una idea que no puede ser aceptada dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria, de que el estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: Se deberá 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 ese aspecto se produce una transformación fundamental entre el viejo estado absolutista y el estado que continúa al constitucionalismo: Es solamente más adelante en el tiempo que se comenzaron a operar las primeras modificaciones

<sup>16</sup> Ver *infra*, cap. “El problema de la jurisdicción administrativa.”

<sup>17</sup> Ver “La crisis de la noción de poder de policía,” en nuestro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, pp. 9-31, y en este *Tratado*, t. 2, cap. XII.

<sup>18</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, que analiza separadamente el Derecho romano, el medieval e individualmente los siglos XVIII, XIX, y XX.

en la concepción económica y social del estado. En un primer momento ello no fue así; incluso llegó a sostenerse que “la declaración de derechos de la Revolución Francesa consideró el estado un aparato creado para garantizar y tutelar los derechos del hombre y *en primer lugar los derechos civiles*,”<sup>19</sup> es decir, los derechos de propiedad. Asimismo, no se debe olvidar el valor histórico que significa haber abandonado el principio absolutista del poder y reconocer la existencia de, al menos, derechos políticos de los habitantes frente al poder.

Posteriormente, en los estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración antigua: Ésta “respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico,” mientras que después “estos dos postulados, en cierto modo, se invirtieron: El liberalismo se introdujo en el orden político y la autoridad en el orden económico.”<sup>20</sup> Ese es, tal vez, el doble juego de valores al que tiende el estado moderno.

## 2. *El derecho público en el presente*

### 2.1. *El estado actual de la evolución histórica*

¿Qué importancia tiene destacar todo esto? Simplemente advertir que si realmente nos colocamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, *no podemos de ningún modo mantener las construcciones que para ésta última se elaboraron y que solamente con ella tienen sentido y fundamento*.

Ninguna justificación, ni jurídica y ni política, menos aún ética, puede existir para pretender aplicar al estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Sin embargo, aún cuando nadie pueda discutir esa afirmación en principio, eso no significa, lamentablemente que sea aplicada. Son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy como un legado espurio del pasado; el irrenunciable trabajo del jurista es estar atento para detectarlas, denunciar su filiación histórico-política y suprimirlas cuanto ello sea necesario, para dar verdadera vigencia a los principios del estado de derecho.<sup>21</sup>

Desde ya es innegable que la tarea no es fácil, que tal vez nunca llegue la plena madurez política del derecho público, y que siempre permanezca en él algún trazo de autoritarismo, de absolutismo o de cualquier tendencia de fuerza.

En lo que respecta a la situación actual del problema, puede decirse que en más de un país, solamente la primera de las teorías antiguas de la monarquía está

<sup>19</sup> STUCKA, PÉTR. I. I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Turín, 1967, p. 264.

<sup>20</sup> De esta manera lo expresa RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4ª ed., p. 23.

<sup>21</sup> Tenía razón, en parte, el autor que advertía contra los estudios de las ramas del derecho público como “construcción de un normativismo formalista,” olvidándose de remitir los problemas de las distintas ramas a la parte general de una teoría del Estado y de una filosofía y sociología política. Ver GALVÃO DE SOUSA, JOSÉ PEDRO, *Política e Teoria do Estado*, San Pablo, 1957, pp. 262 y 263.



abandonada: La indemandabilidad del soberano; ello se consiguió porque fueron dictadas dos leyes especialmente para solucionar el problema,<sup>22</sup> y aún así, no de forma cabal, porque una de esas leyes dispone que la sentencia que se pronuncia contra el estado, si es condenatoria, tendrá mero carácter declaratorio, es decir, no puede ejecutarse coactivamente.<sup>23</sup>

En lo que respecta a las otras teorías el panorama es desolador, todas ellas sin excepción tienen uno o más defensores en la actualidad, y en mayor o menor medida se pretende siempre aplicarlas. Uno de los objetivos que este libro pretende es, precisamente, insistir una vez más en la intención de erradicarlas.

## 2.2. *Nuevo impulso del derecho público*

Sin embargo, se solucionen o no estos problemas, sea el derecho público realmente propio de un estado de derecho, o se mantenga ligado al marco de un estado de policía, el mundo no se detiene. Si con optimismo pensáramos que rápidamente el derecho público se libertaría de sus viejas concepciones, se debería comenzar a considerar los múltiples nuevos problemas que la sociedad organizada presenta: pues, aunque la ciencia jurídico-administrativa no se haya modificado, la sociedad y la administración sí lo hicieron. Y de forma trascendente; corresponde, pues referirse al futuro del derecho público.

## 3. *El derecho público en el futuro*<sup>24</sup>

No teniendo el derecho público aún solucionado los problemas recibidos del pasado y siendo su presente, por lo tanto, anacrónico en muchos aspectos, la urgencia es mucho mayor, dado que se acerca a él un futuro intenso y lleno de cambios para lo cual esta rama del derecho se prepara con pasos inciertos. El estado, cuya función pública se busca regular, se encuentra juntamente con la sociedad en un constante convertirse y se advierten claramente, tanto los cambios que él mismo sugiere, como los que a través de él se pretende introducir en las estructuras sociales heredadas del pasado.

<sup>22</sup> N° 3952 de 1900, y n° 11.634 de 1934.

<sup>23</sup> Ley n° 3.952, art. 7°.

<sup>24</sup> Existe una intensificación actual por los problemas del futuro, partiendo de una “percepción aguda de ciertas cosas y de ciertos hechos... que ya existen en el presente y que solamente se tornarán más evidentes en el futuro,” “se vuelve posible, en cierta medida, conocer una posibilidad futura a partir de un hecho presente.” DALMO DE ABREU DALLARI, *O futuro do Estado*, San Pablo, 1972, pp. 2 y 3. Claro está, que la prospectiva no hace una mera extrapolación del presente, sino también una detección de las contradicciones particulares o universales que indican la probabilidad de que nuevas situaciones de cambio se produzcan.

### 3.1. *La intervención reguladora del estado en la economía*<sup>25</sup>

Donde primero se encuentra un importante cambio en la estructura y actividad del estado es en su actuación en el campo económico: Fuera del proceso económico, *regulando* por medio de normas que son de derecho público<sup>26</sup> y, *dentro*, por medio de la acción de múltiples formas de *empresa pública*, que de una u otra manera influyen decisivamente en el proceso.

En el primer aspecto se tratará, de acuerdo a los casos, del llamado simplemente “intervencionismo” del estado en materia económica o más específicamente en algunos casos de la planificación.<sup>27</sup> En el segundo caso se considerará no solamente los entes autárquicos tradicionales,<sup>28</sup> sino también las juntas reguladoras, 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>29</sup>

La acción del estado, multiplicada de esta manera a través de su intervención en el campo de la economía, presenta al derecho público 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 por un lado crece (empresas públicas y mixtas), y, por otro, el sector privado de la economía se encuentra sometido a crecientes regulaciones (intervencionismo o planificación, según los casos); el derecho público que estudia la acción del estado, no es más ni puede ser el mismo, dado que la acción del estado cambió tanto. Determinar hasta qué punto modificó sus objetivos y sus postulados, hasta que punto mantuvo sus premisas es, indudablemente, la tarea del jurista de este siglo y de los próximos.

De cualquier manera debe ser dicho que la intervención estatal, clásicamente orientada para apoyar a la industria y el comercio privados y la propiedad privada, para propiciar su crecimiento, busca ahora, cada vez más, orientar a la empresa privada para la solución de los problemas de los cuales no puede alegar ignorancia o irresponsabilidad: La pobreza, la miseria, la marginalización, la

<sup>25</sup> Sobre ello véase VENÂNCIO FILHO, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Río, 1968; CARVALHOSA, MODESTO, *Direito econômico*, San Pablo, 1973, y *A ordem econômica na Constituição de 1969*, San Pablo, 1972.

<sup>26</sup> El Derecho Público en general, Derecho agrario, del trabajo, etc., normas reguladoras de la producción, industria, comercialización, distribución, etc., de bienes y servicios.

<sup>27</sup> Ampliar en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, parcialmente reproducido *infra*, t. 12.

<sup>28</sup> Sobre el tema ver BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, San Pablo, 1967.

<sup>29</sup> Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1967; ver también OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, MANOEL, *Fundações e empresas públicas*, San Pablo, 1972; CRETTELLA JÚNIOR JOSÉ, *Empresas Públicas*, San Pablo, 1973.

desigual distribución de la riqueza. (Todas las manifestaciones de falta de libertad del individuo que está excluido de los sectores más caracterizados del poder económico y social.)<sup>30</sup> 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: Control de precios y salarios, participación de operarios en la dirección y en los lucros de la empresa, etc.

En otro sentido, también la creciente intervención del Estado en el proceso económico llevó a una intensificación de los esfuerzos para producir una integración económica entre los países como primera etapa para una futura integración de mayor nivel. La integración de América Latina se encuentra más embrionaria que la de Europa, pero de todos modos mucho se ha trabajado en este sentido y son varios los principios jurídicos que fueron siendo formados para ese propósito.<sup>31</sup> En la medida en que la integración latino-americana pueda ir convirtiéndose de aspiración a realidad, se producirá, igualmente, una modificación del derecho público, haciendo crecer el campo de acción del derecho público supranacional, de la empresa pública multinacional, etc. Sin embargo, se trata de un proceso que no modificó, todavía, substancialmente, los órdenes jurídicos administrativos nacionales,<sup>32</sup> a pesar de que algunos autores señalen este proceso como una tendencia a la formación de grandes federaciones.<sup>33</sup> Sin embargo, la regionalización interna avanza constantemente.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Se señala, por ello, que con el tiempo habrá una integración creciente del pueblo en los fines del Estado, una vez que sean rechazados los privilegios institucionalizados, y que el Estado “en lugar de apuntar a objetivos que considera propios, desligados del pueblo, o de orientarse por los intereses o por las características de los grupos dominantes o de elite, el Estado deberá dar preponderancia absoluta a los intereses de todo el pueblo,” DALMO DE ABREU, DALLARI, *O futuro do Estado*, San Pablo, 1972, p. 228.

<sup>31</sup> Entre la abundante bibliografía que se produjo al respecto se puede ver, para América Latina, Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Derecho de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, 1969; 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; GARCÍA MARTÍNEZ, CARLOS, *Integración económica entre Estados*, Buenos Aires, 1968; GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *Zona latinoamericana de libre comercio. Reseña jurídica*, Buenos Aires, 1963; ZELEDÓN, MARCO TULIO, *La Odeca. Sus antecedentes históricos y su aporte al derecho internacional americano*, San José, Costa Rica, 1966; ORTEGA ARANDA, ELENA LUISA, *La carta de Punta del Este y la Alianza para el Progreso*, Santiago de Chile, 1967; SIDJANSKI, DUSAN, *Dimensiones institucionales de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, 1967.

<sup>32</sup> Por ello, es que, en este campo, como en muchos otros, sigue siendo fundamental la advertencia de que debe determinarse el “Estado posible,” en palabras de VILANOVA, LOURIVAL, *O problema do objeto da teoria geral do Estado*, Recife, 1953, p. 184.

<sup>33</sup> DALMO DE ABREU DALLARI, *O futuro do Estado*, San Pablo, 1972, pp. 163 y 164.

<sup>34</sup> Ver por ejemplo, GRAU, EROS ROBERTO, *Regiões metropolitanas*, San Pablo, 1974, p. 37 y ss.

### 3.2. *El cambio social y la administración pública*

Lo anteriormente expuesto sobre la creciente intervención del estado en la economía, que es también intervención en el proceso social, haría pensar *prima facies* en un estado que se agiganta en perjuicio de las libertades individuales. Esto no es exactamente así: Por un lado, algunos derechos individuales tradicionales que sufren restricciones —propiedad, comercio, industria— por otro lado, otros derechos individuales no siempre vigentes en la sociedad tratar de ir adquiriendo existencia por medio de la acción del estado. (El postulado de la igualdad y la consiguiente supresión de las desigualdades sociales y económicas existentes.)

Pero no es solamente eso: También nace una concepción distinta del orden social, en la cual la sociedad política y la administración que la dirige deben recibir la influencia de concepciones de renovada fuerza. Ya no es suficiente el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de comando, sea quien fuere aquel que manda. Ahora se pretende 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 repelen, pero se revelan insuficientes: *Hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder*,<sup>35</sup> de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos. Aparecen así múltiples canales de participación política, no todos, sin embargo, fueron aceptados o introducidos en los sistemas políticos y administrativos vigentes pero necesariamente habrán de serlo con el transcurso del tiempo.<sup>36</sup>

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

#### 3.2.1. *Consenso y adhesión*

Ya no es suficiente ni satisface la “ejecución unilateral” de la administración, similar a la relación jerárquica castrense: Ahora se tiende a un liderazgo fundado en el consentimiento de los liderados o particulares, en el cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión de quien será objeto de la misma, como así también del funcionario que será el órgano ejecutor.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Esto es válido tanto para las sociedades no socialistas como para las socialistas, como observa ATALIBA NOGUEIRA, “Perecimiento do Estado,” *RDP*, n° 14, 1970, p. 7 y ss., p. 9: “El futuro gobierno tiene que buscar nuevas formas de participación del pueblo en la dirección del Estado.”

<sup>36</sup> Ampliar en nuestro *Planificación, participación y libertad en el proceso del cambio*, *op. cit.*

<sup>37</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, pp. 821 y ss., 830; CORTIÑAS PELAEZ, LEÓN, “Estado democrático y administración prestacional,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXII, n° 1/4, Montevideo, 1972, p. 86 y ss., p. 112.

### 3.2.2. *La motivación o explicación*

Del mismo modo, lo que fue en el pasado exigencia jurídica, que el acto público contuviera una “motivación” o explicitación de sus fundamentos, es ahora una exigencia política, es adecuado *explicar* al ciudadano por qué se le impone una norma, y debe *convencérselo* con la explicación; porque si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consentimiento que es la base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder.<sup>38</sup>

### 3.2.3. *La participación administrativa*

Es necesario advertir que la administración no puede ni debe administrar sola: El pueblo *debe participar en la decisión administrativa*. Aparecen de esta manera 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, prueba, 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 particulares, y otra nombrada por el personal de la entidad o servicio administrativo.<sup>39</sup>

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

Toda aquella creciente intervención y actividad del estado y que implican cuantitativamente mayor poder de la administración, mayor área de ejercicio del poder (salvo en los casos de los controles sexuales), y por lo tanto mayor probabilidad estadística de violaciones o abusos en el ejercicio de ese poder, coloca para el derecho público que emerge del pasado y titubea en un presente difícil, un futuro incierto y aun mas difícil.

De hecho, mientras muchos observan acertadamente *aquí y ahora* la insuficiencia del control judicial de la actividad administrativa,<sup>40</sup> e inclusive la insuficiencia de los controles políticos existentes respecto a la actividad administrativa,<sup>41</sup> otros

<sup>38</sup> Como dice RIVERO, *op. cit.*, p. 827 y ss., hoy la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Se trata de superar así por medio de la explicación y de la participación, la manifiesta contradicción entre un poder forjado por los ciudadanos y una Administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos.” (CORTIÑAS PELAEZ, *op. cit.*, p. 113.)

<sup>39</sup> Sobre el tema de la participación remitimos al lector a nuestro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*.

<sup>40</sup> Ver, entre otros, PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso,” *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1968, n° 55, p. 55, 65 y ss.; “Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo,” misma revista, Madrid, 1969, n° 59, p. 41 y ss.

<sup>41</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. Dice agudamente REAL: “El juicio político penal se transformó en un

se preocupan en pensar, por otro lado, que los jueces no tienen suficiente mentalidad de cambio para servir al proceso que tal vez la administración inicie en el día de mañana, pensando, entonces, en una administración al servicio del cambio y en jueces al servicio de la reacción, defiendan pues una reducción de ese poder.<sup>42</sup>

Esta última preocupación nos parece peligrosa e infundada: La historia muestra que los períodos de cambios profundos, buenos o malos, arrastran tras de sí todo el aparato estatal y que los jueces no tienen, políticamente, fuerza suficiente para detenerlo. Recordamos, además, que la interpretación judicial de casos, siempre callada y silenciosa, tuvo muchas veces en la historia concepciones

“cañón de museo.” Es demasiado espectacular y no es eficaz, sobre todo cuando se requieren quora funcionales elevados de dos tercios de componentes del órgano de juzgamiento (*op. cit.*, p. 324); la responsabilidad político-parlamentar es ilusoria, en la mayoría de los casos, para proteger los derechos heridos por la administración, porque la solidaridad política de sus mayorías legislativas” (y agregaríamos nosotros, de sus minorías si solamente éstas tienen, impidiendo la concretización de los dos tercios de la oposición necesarios para cualquier medida de control) “... Con sus correligionarios gobernantes las lleva a respaldarlos aún en sus errores, salvo si se trata de errores de gran repercusión pública. Y además en esos casos los mecanismos internos partidarios extraconstitucionales suelen provocar la renuncia de ministros sin llegar a la censura, que se tornó prácticamente imposible.” (*Op. cit.*, p. 325.) Además de todo, apunta REAL con acierto “los órganos políticos y la opinión pública no suelen tener sensibilidad jurídica. Las violaciones de la administración y funcionarios raras veces conmueven al escenario político.” (*Op. loc. cit.*) REAL recuerda además, PARRY GLYN, *British Government*, Londres, 1969, que afirma que en Inglaterra “el último impeachment ocurrió en 1805 y esta función es ahora obsoleta.” (Parry, *op. cit.*, p. 1969.) Por último, cabe señalar que aun cuando el partido gobernante cuente solamente con minoría legislativa, raramente tiene la mayoría de los dos tercios del parlamento necesarios para el funcionamiento del juicio político del presidente y de los ministros, o para cualquier moción de censura. La reciente experiencia chilena de los primeros años del gobierno de Allende muestra la insuficiencia de la acusación parlamentaria, aún con mayoría de la oposición. Se trata, como dice REAL, de un cañón de museo, y como máximo se conseguirá hacer ruido con él, frente a la opinión pública y la imprenta, sin embargo no se puede atacar eficazmente a la eficacia de las medidas del gobierno que lesionan los derechos de los ciudadanos o del público.

<sup>42</sup>Ver el brillante, aunque en este aspecto no convincente trabajo de CORTIÑAS PELÁEZ LEÓN, “Estado democrático y administración prestacional,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1972, 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, a 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 es compatible con la realidad: La reacción también puede estar en el aquí y ahora que CORTIÑAS PELÁEZ critica en PARADA, entroncada en la administración o en el parlamento; y por otro lado estuvo históricamente a menudo en la mentalidad de los jueces. Todavía ocurre que sólo los fallos que implican un freno a la acción del gobierno reciben publicidad, pero no así las innumerables decisiones en las cuales los jueces contestaron la acción del gobierno, aceptando cambios jurídicos cuestionables en una interpretación tradicional. Por lo menos así es la jurisprudencia argentina en materia de poderes económicos y sociales del Estado, e inclusive en materia de poderes políticos del gobierno. Cuando la jurisprudencia aceptó, de hecho, el pago diferido de la indemnización expropiatoria, aunque una norma constitucional 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, BACHOFF, OTTO, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, Tübingen, 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.

de cambios mucho mayores y más profundos que las sustentadas por la propia administración y por el propio Congreso.<sup>43</sup> Además de todo, si los jueces están al servicio de la *reacción* y no del cambio, la culpa la tienen los poderes ejecutivo y legislativo que los designan, de donde se infiere que éstos padecen en tal coyuntura del mismo fenómeno, y la culpa no la tiene la institución judicial aisladamente.

Creemos, por eso, que no hay que argumentar estados futurísticos hipotéticos con administraciones “ideales” al servicio del cambio: Ya que idealizamos una concepción optimista. En ese sentido, nada nos impide prospectivamente concebir un poder judicial igualmente al servicio del cambio.

Por todo eso, la concepción del futuro debe tener sus pies bien puestos en la tierra, en el presente, en el aquí y ahora: Éste no tiene administraciones tan ideales al punto de que no sea deseable su control, y si algo cabe decir de él es que es insuficiente.

También creemos, realmente, que la cuestión reside en crear nuevos y diferentes controles, además de perfeccionar los existentes. (*Verbigracia*, introduciendo el recurso o la acción de anulación donde no existe; admitiendo en mayor grado la suspensión judicial de los actos administrativos, etc.; en Argentina, imponiendo el siempre olvidado código procesal administrativo.) Esos nuevos órganos de control, “magistraturas,” diferenciados de los órganos judiciales, deben estar dotados *de poderes e iniciativas para ejercer de oficio el control preventivo o represivo sobre los actos y procedimientos administrativos*,<sup>44</sup> sin perjuicio de que puedan actuar a pedido de parte, pues el nuevo órgano de control puede actuar de oficio. El *Ombudsman* nórdico-sajón,<sup>45</sup> ya difundido con éxito en otros países,<sup>46</sup> la *Contraloría Chilena*, con sus virtudes y sus defectos,<sup>47</sup> y otros<sup>48</sup> son ejemplos para tener en

<sup>43</sup> Es el caso de la integración racial en los Estados Unidos con la Corte de Warren; el principio de *one man, one vote* introducido también por dicha Corte, etc. Y fue justamente un presidente conservador, Richard Nixon, quien introdujo las 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 deduce que la llamada “reacción” puede siempre venir del Poder Ejecutivo, y exactamente contra los avances jurídicos para el cambio, hechos por el Poder Judicial, en el caso norteamericano.

<sup>44</sup> REAL, “Los diversos sistemas...,” *art. cit.*, p. 336.

<sup>45</sup> Ver al respecto, SOTO KLOSS, EDUARDO, “El Ombudsman nórdico sajón,” *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 1, julio de 1971, p. 37 y ss.; y *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, 1972, vol. II, p. 355 y ss.

<sup>46</sup> Ver por ejemplo el caso inglés del “Comisionado Parlamentario,” en WADE, H. W. R. y SCHWARZ, BERNARD, *Legal Control of Government*, Oxford, 1962, p. 64-73.

<sup>47</sup> Ver la ley chilena 10.336, de 1964, SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, tomo II, Santiago, 1961, p. 318 y ss.

<sup>48</sup> BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, pp. 115-120, que también hace una comparación con la institución del Ombudsman, analizado en las pp. 109-111 de su libro, y señala la compatibilidad entre los diversos sistemas de control de la actividad administrativa. Destaca, acertadamente, que debe por un lado mejorarse el sistema de control contencioso-administrativo en abierta crisis (p. 121), introducirlo cuando no existe (pp. 126 y 127), y crear de manera adicional otro sistema de control que llegue donde el control contencioso-administrativo no llega. (Pp. 122-124.) En el mismo sentido, WADE y SCHWARZ destacan la complementariedad del control judicial y del control del “Comisionado Parlamentario” inglés, cubriendo este último los

cuenta al ser adoptados sistemas independientes de control. En la Argentina, la Procuración del Tesoro de la Nación, perfeccionada con la independencia de que carece, y con facultades de suspender o anular de oficio, actos administrativos.

casos de mala administración (maladministration), abusos, arbitrariedades o injusticias, normas reglamentarias defectuosas, etc., que las Cortes no llegan a controlar. (P. 70 y 71.)