

A G U S T Í N
Gordillo

TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO

Edición 2022

ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE
EDUCACIÓN
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Edición 2022

I.S.B.N: 978-628-7529-11-3

I.S.B.N Digital: 978-628-7529-12-0

© Agustín Gordillo 2022
© Editorial Diké 2022
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas
1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

AGUSTÍN GORDILLO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Edición 2022



Catalogación en la publicación - Biblioteca Nacional de Colombia

Gordillo, Agustín

Teoría General del Derecho Administrativo / Agustín Gordillo ; prólogo -- Medellín : Editorial Diké ; Cali : Universidad Santiago de Cali, 2022.

538 p.

ISBN 978-628-7529-11-3 -- 978-628-7529-12-0 (digital)

1. Procedimiento administrativo - Argentina 2. Derecho administrativo - Argentina I., prol. II. Título

CDD: 342.82066 ed. 23

CO-BoBN- a1082597

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

ÍNDICE

Prólogo	25
---------------	----

SECCIÓN I: EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Capítulo I

BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. <i>Introducción</i>	35
1. Enunciación general	35
II. <i>Bases históricas</i>	36
2. El derecho administrativo en el pasado	36
2.1. En el Estado de policía	36
2.2. En el nacimiento del constitucionalismo.....	37
2.2.1. La indemandabilidad del soberano.....	38
2.2.2. La irresponsabilidad del soberano	38
2.2.3. Los actos del príncipe.....	38
2.2.4. La doble personalidad del Estado.....	38
2.2.5. La “jurisdicción administrativa”	38
2.2.6. El poder de policía	39
2.2.7. Otras etapas históricas	39
3. El derecho administrativo en el presente.....	40
3.1. El estado actual de la evolución histórica	40
3.2. Nuevo impulso del derecho administrativo.....	41
3.3. La intervención reguladora del Estado en la economía	41
3.4. El cambio social y la Administración pública.....	43
3.4.1. El consenso y la adhesión.....	44
3.4.2. La motivación o explicación	44
3.4.3. La participación administrativa.....	44
4. Los órganos de control del proceso.....	45
5. Otros aspectos del proceso de cambio en el derecho administrativo.....	47
5.1. Autoridad y libertad en lo económico y político	47
5.2. Lenguaje y realismo	48

5.3. Expresiones y “poderes” seudonormativos	48
5.4. La fuerza normativa de lo fáctico	49
5.5. La búsqueda de lo incondicionado	49
5.6. Coherencia ideológica	49
5.7. Democratización	50
III. <i>Bases políticas</i>	50
6. Libertad y autoridad en el derecho administrativo	50
7. Teorías estatistas del derecho administrativo	51
8. Orientación a seguir	52
9. La división de los poderes y el derecho administrativo	52
9.1. Equilibrio teórico de los poderes	53
9.2. Desequilibrio real	54
9.3. Criterio rector a adoptarse	55
IV. <i>Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional</i>	56
10. Pueblo y Estado	56
11. Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo	57
12. Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado	57
13. La personalidad del Estado en el sistema de la soberanía conjunta	58
14. La personalidad del Estado en el sistema del Estado de Derecho	59
15. El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad	60
16. Consecuencias de la personalidad única del Estado	60
17. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad	61
18. Los derechos individuales frente al Estado	62
19. Preexistencia de los derechos individuales respecto a la ley	62
V. <i>Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar</i>	63
20. Los derechos individuales en el Estado de Derecho	63
20.1. Crisis del liberalismo clásico	64
21. Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos individuales	64
21.1. Crisis del autoritarismo	65
22. Una nueva solución: El Estado de bienestar	66
23. Estado de Derecho y Estado de bienestar	67
24. Garantías individuales y garantías sociales	68
24.1. Acerca de la posible contradicción entre ambas	69
24.2. Complementariedad	70
25. La libertad en el Estado de bienestar	71
26. La libertad del consumidor	72
26.1. Crítica al principio de la libertad del consumidor	72
26.2. Evaluación de las críticas	73
26.3. La libertad de elección depende del sistema de planificación adoptado	74
27. Orden y libertad	75
28. La distinción entre la libertad política y la libertad económica	76
29. El tipo de planificación y la libertad política	77
30. El equilibrio entre libertad y eficacia	77
31. Crisis y cambio	78

Capítulo II**LAS FUNCIONES DEL ESTADO**

1. La división de los poderes y la libertad	79
2. Soluciones y dificultades existentes.....	80
3. Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica	82
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo, o sustancial)	84
5. Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo”	84
6. Concepto orgánico-material de función legislativa	85
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional.....	87
8. Alcance jurídico-político del problema.....	89
9. Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración	90
10. Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes	90
11. Resumen de las funciones del Estado	92
12. Otros problemas.....	93
12.1. La “jurisdicción voluntaria” y las leyes concretas	93
12.2. Funciones administrativas de órganos no estatales	93
12.3. Las funciones materiales del Estado.....	94

Capítulo III**EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. Derecho público y privado	95
2. El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas	96
3. No es solamente derecho interno	97
4. Es un derecho en formación	98
5. No se refiere principalmente a los servicios públicos	100
6. No se refiere exclusivamente a la administración pública	100
7. No sólo estudia las relaciones de la administración pública	101
8. El derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa	102
8.1. Sujetos de la función administrativa.....	102
8.2. Formas jurídicas y facultades.....	103
8.3. Límites.....	103
8.4. Medios materiales	103
9. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa	103
10. El contenido de la protección judicial	104
10.1. Anulación de actos violatorios de los límites de las facultades discrecionales	105
10.2. Protección judicial del interés legítimo	105
10.3. La misión judicial de proteger al individuo contra el Estado.....	105
10.4. La misión judicial de hacer respetar la Constitución principalmente contra las extralimitaciones de los Poderes Públicos	105
10.5. La misión de control de la actividad administrativa	105
11. Definición de derecho administrativo	107
11.1. Rama del derecho público.....	107
11.2. Que estudia el ejercicio de la función administrativa	107

11.3. Y la protección judicial existente contra ésta	107
12. Relaciones con el derecho civil	108
13. Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública	109
14. La transformación del derecho administrativo	111
15. Relaciones con el derecho constitucional	112
16. Relaciones con el derecho de los recursos naturales	113
16.1. Tierras	113
16.2. Aguas	115
16.3. Minas	116

Capítulo IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. <i>Introducción</i>	119
1. Concepto de fuente	119
II. <i>La Constitución</i>	120
2. Importancia de la Constitución como fuente del derecho administrativo	120
2.1. El Estado en la Constitución	121
2.2. El Estado de Derecho en la Constitución	122
3. Caracteres de las normas constitucionales	123
3.1. La supremacía de la Constitución	124
3.2. La imperatividad de la Constitución	124
3.3. El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales	125
4. Los principios constitucionales	126
5. El Estado bajo el orden jurídico constitucional	128
5.1. La reforma constitucional se impone al Estado	128
5.2. El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho	130
5.3. La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional	131
5.4. La pirámide jurídica estadual y la Constitución	131
III. <i>La ley</i>	132
6. Ley y función legislativa	132
7. Leyes y tratados	133
8. Ámbito de la ley frente a la administración	134
9. La administración frente a la ley inconstitucional	137
IV. <i>Los reglamentos</i>	138
10. Concepto	138
11. Clases de reglamentos	139
11.1. Reglamentos de ejecución	140
11.2. Reglamentos delegados o de integración	141
11.3. Reglamentos de necesidad y urgencia	142
11.4. Reglamentos autónomos	142
12. Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo	143
13. Relación entre el reglamento y el acto administrativo	144
V. <i>Jurisprudencia</i>	145
14. Concepto y alcances	145

VI. <i>La costumbre</i>	147
15. Concepto y admisibilidad en general.....	147

SECCIÓN II: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo V

LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

1. Concepto de órgano.....	151
2. El órgano y el ente al que pertenece.....	152
3. El órgano y el funcionario.....	152
4. La actuación del órgano.....	153
4.1. Criterio subjetivo.....	153
4.2. Criterio objetivo.....	153
5. El criterio jurisprudencial.....	154
6. La competencia.....	155
7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función.....	157
8. Clasificación de la competencia.....	158
8.1. En razón de la materia.....	158
8.2. En razón del territorio.....	159
8.3. En razón del tiempo.....	159
8.4. En razón del grado.....	160
9. Delegación.....	162
10. Admisibilidad y caracteres de la delegación.....	164
10.1. Revocación de la delegación de competencia.....	165
10.2. Relaciones del delegante y el delegado.....	165
10.3. Responsabilidad del delegante y del delegado.....	165
10.4. Contralor por el delegante.....	165
11. La avocación.....	165
11.1. Comparación general con la delegación.....	166
11.2. Procedencia de la avocación.....	167
11.3. Conclusiones comparativas.....	167
12. La jerarquía.....	168

Capítulo VI

ENTES PÚBLICOS

1. Concepto de centralización, desconcentración y descentralización.....	171
2. Autonomía y autarquía.....	171
3. Caracteres de los entes estatales descentralizados.....	172
4. Entes estatales y entes públicos.....	175
4.1. Entes públicos no estatales.....	175
4.2. No hay entes estatales privados.....	176
5. Criterio para determinar si un ente es público o privado.....	177
6. Criterio para determinar si un ente es estatal o no.....	179
7. La prevalencia del derecho público sobre el privado.....	179

8. Complementos imprescindibles de la descentralización	179
9. Conveniencia y peligro de la descentralización.....	181
10. Distintos tipos de descentralización	182
10.1. Entidades públicas estatales.....	182
10.1.1. Administrativas	183
10.1.2. Comerciales o industriales.....	183
10.2. Entidades públicas no estatales.....	186
10.2.1. Con participación estatal	186
10.2.2. Sin participación estatal.....	188
10.3. Entidades privadas.....	189
10.3.1. Con participación estatal.....	189
10.3.2. Sin participación estatal.....	190
11. Gráfico comparativo.....	192

SECCIÓN III: FORMAS JURÍDICAS Y METAJURÍDICAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Capítulo VII

CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

I. <i>Acto, hecho, reglamento, contrato</i>	195
1. Conceptos clasificadores	195
2. Función administrativa.....	196
3. Actividad jurídica y no jurídica	196
4. Actos y hechos de la administración.....	196
4.1. Actos no jurídicos	199
4.2. Actos jurídicos	200
4.3. Hechos no jurídicos	200
4.4. Hechos jurídicos	201
5. Primera definición.....	201
6. Actos y contratos administrativos	201
7. Segunda definición.....	202
8. Actos unilaterales generales e individuales.....	202
9. Tercera definición	203
II. <i>Facultades regladas y discrecionales de la administración</i>	204
10. Introducción	204
11. Criterio de distinción.....	205
12. Aspectos que comprende la regulación.....	206
12.1. Regulación directa.....	206
12.2. Regulación indirecta o inversa.....	208
12.3. Regulación residual.....	209
12.4. Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”).....	209
12.5. Conclusiones	211
13. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales.....	212
14. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional.....	212
15. Los límites a la actividad discrecional	214

15.1. Razonabilidad	215
15.2. Desviación de poder.....	216
15.3. Buena Fe	217
16. Comparación entre legitimidad y oportunidad, y actividad reglada y discrecional	217
17. La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad	218
18. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple	220

Capítulo VIII

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. <i>Introducción</i>	223
1. Caracteres y nulidades del acto administrativo.....	223
II. <i>Presunción de legitimidad</i>	225
2. La presunción de legitimidad. Crítica	225
3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia	227
4. Fundamentos de la presunción de legitimidad	228
4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances	228
4.2. Fundamento positivo de la presunción de legitimidad.....	229
4.3. Consecuencias de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular	230
5. Efectos de la presunción de legitimidad	232
5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos.....	232
5.2. Necesidad de alegar la ilegitimidad	233
5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad?	233
5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo	234
6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo	234
III. <i>Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad</i>	235
7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción.....	235
7.1. Criterio tradicional. Fundamentos	235
7.2. Nuestra distinción	235
7.3. Diferencias de interpretación en cuanto a las potestades coactivas de la administración.....	236
7.4. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo	236
7.5. Implicancia política del tema	237
7.6. Derecho comparado	238
7.7. Conclusiones	239
8. La ejecutoriedad. Alcances y medios	240
8.1. La coerción directa	240
8.2. La coerción indirecta	241
8.3. La ejecución directa	241
8.4. La ejecutoriedad en la práctica.....	241
IV. <i>Impugnabilidad</i>	242
9. Fundamento de la impugnabilidad.....	242
9.1. En sede administrativa	242
9.2. En sede judicial	244
9.3. Comparación	244

V. <i>Estabilidad</i>	245
10. La estabilidad del acto administrativo.....	245
11. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa.....	246
12. Requisitos de la estabilidad.....	247
13. Acto administrativo.....	247
13.1. Unilateralidad.....	247
13.2. Individualidad.....	248
14. Que de él hayan nacido derechos subjetivos.....	248
14.1. No hay estabilidad de los intereses.....	248
14.2. No hay estabilidad de los deberes.....	249
14.3. Funciona a favor, no en contra, del administrado.....	249
14.4. Debe “nacer” un derecho.....	250
14.5. El derecho puede ser civil o administrativo.....	250
15. Que sea notificado al interesado.....	251
16. Que sea regular.....	252
16.1. El acto anulable tiene estabilidad.....	252
16.2. La revocabilidad del acto nulo.....	253
16.2.1. Excepciones a la revocabilidad del acto nulo.....	253
16.2.1.1. “Prestaciones” o “derechos subjetivos”.....	253
16.2.1.2. Acto “firme y consentido”.....	254
16.2.2. La suspensión del acto y la estabilidad.....	255
16.3. La protección contra la revocación del acto estable.....	255
17. Que se trate de un acto de la administración activa.....	257
18. Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales.....	258
19. Excepciones a la estabilidad.....	259
19.1. Connivencia dolosa.....	259
19.2. Revocación a favor del interesado.....	259
19.2.1. La revocación sin perjuicio de terceros en el caso de los contratos.....	261
19.2.2. La revocación sin perjuicio de terceros y la estabilidad en la función pública.....	261
19.3. La revocación de los actos precarios.....	262
19.3.1. El caso de los permisos de construcción.....	263
19.4. Que haya una ley que autorice la revocación.....	264
19.4.1. Enunciación general.....	264
19.4.2. Revocación y propiedad.....	265
19.4.3. Revocación y estabilidad.....	267
19.4.4. Revocación y expropiación.....	269

Capítulo IX

VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. OBJETO Y COMPETENCIA

I. <i>Elementos y vicios del acto administrativo</i>	271
1. Elementos del acto administrativo.....	271
2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación.....	272
3. Vicios y nulidades.....	273
II. <i>Vicios del objeto</i>	274
4. Objeto prohibido.....	274

5. Objeto violatorio de facultades regladas.....	275
6. Imprecisión u oscuridad.....	276
7. Imposibilidad de hecho.....	277
8. Irrazonabilidad.....	278
8.1. La contradicción del acto.....	278
8.2. La falta de proporcionalidad.....	279
8.3. La absurdidad del objeto.....	280
9. Inmoralidad.....	282
9.1. La ley inmoral.....	283
9.2. El acto inmoral.....	284
10. Cuadro comparativo de los vicios del objeto.....	285
III. <i>Competencia</i>	286
11. Competencia en razón del grado.....	286
11.1. Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano.....	286
11.2. Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por des- centralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma.....	288
12. Competencia en razón de la materia.....	288
12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales.....	288
12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas.....	289
12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos.....	289
13. Competencia en razón del territorio.....	289
14. Competencia en razón del tiempo.....	290
15. Cuadro comparativo de los vicios de la competencia.....	291
IV. <i>Vicios de la voluntad</i>	291
A) Vicios de tipo objetivo.....	291
16. Concepto de voluntad.....	291
17. Enumeración de los vicios de la voluntad.....	292
18. Vicios en el origen de la voluntad.....	293
18.1. Funcionario de hecho.....	293
18.2. Usurpador.....	294
19. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto.....	295
19.1. Defensa en juicio.....	295
19.2. Licitación pública.....	296
19.3. Concurso u oposición.....	296
19.4. Dictamen o trámite sustancial.....	296
19.5. Otros vicios de procedimiento.....	298
20. Vicios en la emisión de la voluntad.....	298
20.1. Actos simples dictados por órganos colegiados.....	299
20.2. Actos que requieren autorización.....	299
20.3. Actos que requieren aprobación.....	300
21. Gráfico comparativo de los vicios objetivos.....	302
B) Vicios de tipo subjetivo.....	303
22. Desviación de poder.....	303
22.1. Noción y fundamento conceptual.....	303
22.2. Fundamento legal y antecedentes.....	303
22.3. Casos de desviación de poder.....	304
22.3.1. El funcionario actúa con una finalidad personal.....	304
22.3.2. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros.....	304

22.3.3. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración.....	305
22.4. Aspectos probatorios	305
23. Arbitrariedad	305
24. Distintos casos de arbitrariedad.....	307
24.1. Actos que omiten decidir.....	308
24.2. Decisiones que prescinden de los hechos.....	309
24.3. Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria o cometen un total e inexcusable error de derecho	310
24.4. Actos ilógicamente motivados.....	312
24.4.1. “Falacias no formales”	312
24.4.2. “Falacias formales”	314
24.5. Otras hipótesis	316
25. Diferencia entre “arbitrariedad” y el vicio tradicional de “violación de la ley”	316
26. Error.....	317
26.1. El error como causal de nulidad	317
26.2. Errores de menor gravedad	318
26.3. Acerca del llamado “error de derecho”	318
27. Dolo, violencia, simulación	319
27.1. Dolo.....	319
27.1.1. Dolo del administrado.....	319
27.1.2. Dolo del funcionario.....	319
27.1.3. Dolo del administrado y del funcionario	320
27.2. Violencia o intimidación	320
27.2.1. Violencia sobre el administrado	320
27.2.2. Violencia sobre el funcionario	320
27.2.3. Observaciones comunes	320
27.3. Simulación	321
27.3.1. Ejemplos	321
27.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios	322
27.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos	322
28. Gráfico comparativo de los vicios subjetivos de la voluntad.....	323
V. <i>Vicios de forma</i>	324
A) Formas de instrumentación y publicidad	324
29. Concepto.....	324
30. La forma escrita.....	325
31. La fecha	325
32. El número.....	326
33. El órgano y entidad de que emana el acto.....	326
34. La motivación.....	327
34.1. Concepto.....	327
34.2. Fundamentos.....	328
34.3. Consecuencias de su omisión.....	328
34.4. Requisitos de una motivación suficiente.....	328
34.5. La motivación previa, concomitante y ulterior	329
35. Parte dispositiva o resolutive.....	330
36. La firma del acto.....	331
37. Otras formas de instrumentación	332
37.1. Forma oral.....	332

37.2. Signos.....	333
37.3. Actos tácitos.....	334
37.4. El silencio.....	334
38. Formas de publicidad.....	335
39. Especies de formas de publicidad: Publicación y notificación.....	336
40. Gráfico comparativo de los vicios de forma.....	338
B) Otros criterios relativos a la forma. Crítica.....	339
41. La forma y la expresión de la voluntad.....	339
42. Crítica de la distinción entre formas “ad substantiam” y “ad probationem” ...	340
43. Crítica de la distinción entre formas “esenciales” y “no esenciales”.....	341
43.1. El criterio doctrinario y legal.....	341
43.2. Casos de validez a pesar de violación de formas esenciales.....	343
43.3. Casos de nulidad por violación de formas no esenciales.....	343
44. Crítica de la distinción entre forma y formalidad.....	344
45. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo.....	345

Capítulo X

EL PODER DE POLICÍA

1. Poder o función.....	347
2. Atribución o servicio público.....	347
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal.....	348
4. Caracteres clásicos generales.....	350
5. Su crisis en el Estado actual.....	350
5.1. La tranquilidad pública.....	350
5.2. La confianza pública.....	351
5.3. La economía pública.....	351
5.4. La estética pública.....	351
5.5. El decoro público.....	351
5.6. La seguridad social.....	351
6. La promoción del bienestar social y el poder de policía.....	352
7. La crisis de la “noción” de poder de policía.....	354
8. Otros caracteres antiguos de la policía.....	355
9. Crisis.....	355
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica.....	356
11. La distinción entre policía y poder de policía. Crítica.....	358
12. El régimen jurídico de la policía. Crítica.....	359
13. Crisis del fundamento político en la noción de poder de policía.....	361
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción.....	362
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica.....	362
15.1. Facultades de la administración.....	362
15.2. Facultades del Congreso.....	366

Capítulo XI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. Origen de la noción	371
2. Nociones tradicionales.....	371
3. El servicio público como organización	372
4. La finalidad del servicio público	372
5. Caracteres del servicio público	373
6. El régimen jurídico del servicio público	373
7. Elementos de la noción tradicional	374
8. La crisis del concepto de servicio público	375
9. La persona que presta el servicio	375
10. El objeto o finalidad del servicio	376
11. El régimen de derecho público	377
12. Reestructuración del régimen jurídico de los servicios públicos.....	379
12.1. Carácter autoritario del régimen jurídico tradicional.....	379
12.2. Interés público e interés individual	379
12.3. El interés público no es el interés de la administración pública	381
12.4. El interés público no es sólo la conveniencia material	381
12.5. El interés público en una sociedad socialista	382
13. El régimen jurídico actual no protege el interés público.....	383

Capítulo XII

LOS “ACTOS DE GOBIERNO”

I. <i>Planteo general del problema</i>	385
1. Los diferentes conceptos de “gobierno”	385
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno.....	386
3. Gobierno y actos de gobierno.....	386
4. Carácter metajurídico de la teoría.....	387
5. Problemas a considerar	388
II. <i>Origen y evolución de la teoría</i>	389
6. Origen.....	389
7. La teoría del móvil político.....	390
8. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración.....	390
9. Insuficiencia de la distinción	391
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia.....	392
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)</i> ...	393
11. En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio.....	393
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos.....	395
12.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan ..	396
12.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él.....	398
12.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directa- mente	400
12.4. El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada	

de los hechos	401
12.5. Continuación. La revisión de las facultades discrecionales	403
12.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea “soberano en su esfera”	404
13. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad	405
14. Estructura infraconstitucional del Estado	406
15. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto	406
IV. <i>El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial</i>	408
16. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos	408
17. Qué es “revisión judicial”	408
18. Diferencia entre “revisión judicial,” y “anulación judicial” del acto	410
19. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisi- bles judicialmente	411
20. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo	411
21. Aplicación de esos límites por el juez	412
V. El acto de gobierno ante la política	412
22. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política	412
23. El principio de la irrevisibilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público	413
VI. <i>Conclusión</i>	414
24. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos admi- nistrativos	414

SECCIÓN IV: LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO
FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Capítulo XIII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. <i>Concepto de procedimiento administrativo</i>	419
1. El proceso: Concepto amplio	419
2. Concepto restringido	420
3. Alcances del problema	420
4. Peligro de la noción amplia	421
5. Derecho procesal administrativo	421
6. El procedimiento administrativo y la función administrativa	422
6.1. Los órganos administrativos	422
6.2. Los órganos judiciales	422
6.3. Los órganos legislativos	423
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos	423
8. Definición de procedimiento administrativo	424
II. <i>Principios fundamentales del procedimiento administrativo</i>	424
9. Enumeración de los principios	424
10. Principio de la legalidad objetiva	425

10.1. Alcances del principio.....	425
10.2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa.....	426
11. Principio de la oficialidad.....	428
11.1. Principio de la impulsión de oficio	428
11.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio	428
11.3. Comparación con el proceso civil	429
11.4. Otras consecuencias del principio.....	430
11.5. Principio de la instrucción	430
11.6. Principio de la verdad material	431
12. Principio del informalismo en favor del administrado	431
12.1. El informalismo como arbitrariedad	431
12.2. El informalismo en favor del administrado. Origen.....	432
12.3. Su formulación en el derecho argentino.....	433
12.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos.....	432
12.5. Otras aplicaciones del principio.....	432
12.6. Conclusión.....	435
13. Principio del debido proceso (garantía de la defensa).....	436
13.1. Su aplicación al procedimiento administrativo.....	436
13.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa	438
13.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política	441
13.4. Elementos de la garantía de la defensa.....	441
13.4.1. Derecho a ser oído.....	442
13.4.1.1. Publicidad del procedimiento	442
13.4.1.2. Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo.....	443
13.4.1.3. Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas.....	443
13.4.1.4. Obligación de decidir expresamente las peticiones	443
13.4.1.5. Obligación de fundar las decisiones.....	443
13.4.1.6. Derecho a hacerse patrocinar por letrado	443
13.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo.....	443
13.4.2.1. Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida.....	443
13.4.2.2. Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.....	443
13.4.2.3. Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración.....	443
13.5. Campo de aplicación del principio de la defensa	444
13.6. Nuevos desarrollos del principio.....	445
14. Principio de contradicción	445
14.1. Contenido y alcance del principio de contradicción.....	445
15. Otros principios	448
15.1. Carácter escrito del procedimiento.....	448
15.2. La oralidad como complemento.....	448
15.3. Mediación o inmediación.....	449
15.4. Ausencia de costas.....	450
15.4.1. Improcedencia de la condena en costas	450
15.4.2. Supresión del sellado de actuación	451
15.4.3. Caso en que hay dos particulares en contradicción	451

15.5. Celeridad, economía, sencillez y eficacia..... 452

Capítulo XIV

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

I. *Concepto*..... 453

1. Concepto amplio..... 453

1.1. Recursos jurisdiccionales y administrativos..... 453

1.2. Diferencias..... 454

1.2.1. Autoridad que los decide..... 454

1.2.2. Función que ejerce el que los decide..... 454

1.2.3. Carácter en que actúa quien decide..... 454

1.2.4. Extensión del control ejercido..... 455

1.2.5. Derechos protegidos..... 455

1.2.6. Facultades procedimentales del órgano decidente..... 455

1.2.7. Naturaleza del acto que decide el recurso..... 455

1.2.8. Estabilidad de la decisión..... 455

1.2.9. Recurribilidad de la decisión..... 455

1.2.10. Unidad de acción, pluralidad de recursos..... 456

1.2.11. Onerosidad o gratuidad..... 456

1.2.12. Intervención profesional requerida..... 456

1.2.13. Dirección del proceso y del procedimiento..... 457

1.2.14. Otras diferencias de procedimiento..... 457

2. Recurso, reclamación y denuncia..... 458

2.1. En la doctrina..... 458

2.2. En la práctica argentina..... 459

3. El recurso como acto y como derecho..... 460

3.1. El recurso es un derecho..... 460

3.2. El recurso es un acto..... 460

3.3. El recurso es un medio de defensa..... 461

3.4. Conclusiones..... 462

II. *Requisitos formales*..... 463

4. Los requisitos formales..... 463

5. Su exigibilidad en la práctica..... 463

6. Requisitos mínimos exigibles..... 464

7. El recurso debe ser escrito..... 464

7.1. Papel..... 465

7.2. Escritura..... 466

7.3. Firma..... 467

8. Presentación por telegrama..... 468

9. El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente..... 469

III. *Requisitos sustanciales*..... 470

10. La clara manifestación de voluntad..... 470

11. Fundamentación del recurso..... 471

IV. *Omisión de requisitos formales o sustanciales*..... 471

12. Criterio a seguir..... 471

13. La complementación de un recurso con otro..... 473

V. <i>Efectos de la interposición del recurso</i>	473
14. Interrumpe el término	473
15. No interrumpe la prescripción de la acción	473
16. Suspende la prescripción de la acción	474
16.1 Suspensión por un año, una sola vez	474
16.2. Remisión. Caducidad de la instancia	474
17. No implica trabar la litis en forma inmutable	475
18. No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado	476
19. Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso	476
19.1. Recursos improcedentes	476
19.2. Recursos en subsidio	476
20. ¿Hacia el principio de la unidad del recurso administrativo? Ejercicio crítico ..	477

Capítulo XV

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Dificultades del tema	479
2. Confusión entre “lo contencioso-administrativo” y el derecho procesal administrativo	480
3. El “contencioso-administrativo” clásico y el derecho procesal administrativo actual	482
4. La cuestión en las provincias	483
5. En el ámbito nacional	484
6. Estado actual del problema	485
7. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”	486
7.1. Derechos protegidos	486
7.2. Naturaleza del procedimiento	486
7.3. Facultades del juez en la sentencia	487
8. “Plena jurisdicción” y “anulación” en el orden nacional	487
9. Confusión entre el sistema norteamericano y el francés	489
10. Confusión entre “acción” y “recurso de apelación”	491
11. El proceso administrativo en la práctica	494
11.1. Tiempo, costo, eficacia	494
11.2. Perspectivas	495

Capítulo XVI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I. <i>Introducción</i>	497
1. Significación de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios	497
2. La responsabilidad civil en general	497
3. La responsabilidad del Estado	499
4. Tipos de responsabilidad del Estado	499
II. <i>Responsabilidad por acto judicial</i>	500
5. La regla de irresponsabilidad por acto judicial	500
III. <i>Responsabilidad por acto legislativo</i>	501

6. La regla de la irresponsabilidad por actos legislativos	501
7. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo.....	502
7.1. Perjuicio especial	502
7.2. Enriquecimiento sin causa.....	502
7.3. Sustitución del derecho por una indemnización	503
7.4. Posible desarrollo de las excepciones.....	503
8. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional	504
IV. <i>Responsabilidad por hechos y actos administrativos</i>	505
9. La responsabilidad por hechos y actos administrativos.....	505
10. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado .	506
10.1. Distinción por “funcionarios” o “empleados”	506
10.2. Distinción por “actos y hechos”	507
10.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima	508
11. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado.....	509
12. Comparación entre nuestro concepto de responsabilidad directa y el juris-	
prudencial de responsabilidad indirecta	510
13. Coordinación entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario.....	512

Capítulo XVII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Introducción	515
2. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones	
legales por parte del funcionario	516
2.1. Los particulares	516
2.2. Los demás funcionarios públicos.....	516
2.3. El Estado	518
3. Quiénes son responsables.....	519
4. Problemas que presenta el artículo 1.112.....	520
5. La omisión como causal de responsabilidad.....	521
6. El daño como elemento de la responsabilidad.....	523
6.1. El problema de las relaciones entre particulares	523
6.2. El problema en los actos de los funcionarios públicos	524
6.3. El daño económicamente apreciable.....	525
7. La culpa como elementos de la responsabilidad.....	526
7.1. La necesidad de que haya culpa.....	526
7.2. El caso de error	527
8. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales	528
9. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas direc-	
tamente al interesado.....	528
9.1. Qué son las “obligaciones legales”.....	528
9.2. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al	
Estado.....	529
10. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabili-	
dad del Estado.....	531
10.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios	
públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado.....	531
10.2. Es una obligación conjunta	532
10.3. Esta obligación conjunta no es solidaria	533

10.4. Es en principio simplemente mancomunada.....	534
10.5. Por excepción, en caso de insolvencia del funcionario, debe responder el Estado por el todo: Fundamento	534
10.6. Funcionamiento de esta responsabilidad conjunta.....	535
10.7. Conclusiones.....	536

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Experiencias y conflictos. Su influencia asistemática*

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

2.1. *Los funcionarios públicos*

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

2.2. *Las grandes empresas*

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Otras influencias asistemáticas*

3.1. *La influencia asistemática de la justicia*

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

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

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

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

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

3.2. La influencia asistemática del legislador

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

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

3.3. *La influencia asistemática de la doctrina*

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

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

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

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

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

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

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

4. El problema sistemático en una crisis estructural

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

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

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

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

Agustín Gordillo