

APUNTES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Por Dr. Isaac Augusto Damsky 

El presente artículo integra el libro “Desde los Derechos: Aproximaciones a un Derecho Administrativo de las personas y la sociedad civil” de Ediciones Rap S. A., se difunde con autorización expresa de su autor y sin fines comerciales.

EN HOMENAJE AL PROFESOR DON JORGE FERNÁNDEZ RUIZ

“Este propósito mínimo, hacer realidad los derechos del ser humano, es, precisamente por su sencilla elementalidad, el más grande y difícil que puede hacerse el ser humano”.

(Hanna Arendt, *La tradición oculta*).

SUMARIO

PRELIMINAR: EXORDIO O DEL “ENCUENTRO”	01
I. Introducción	03
II. La construcción histórica de la Administración pública	06
II.1. Antigüedad	07
II.2. Edad Media	08
II.2.1. Breve mención de la influencia del Papado	10
II.3. La reforma y los antecedentes del Estado Moderno	10
II.4. El surgimiento de las monarquías absolutas	12
II.5. Frente a las puertas de la Revolución Francesa	13
II.6. La división de poderes y la teoría del Estado constitucional	14
III. Conclusiones preliminares. La teorización clásica del concepto Administración pública	18

EXORDIO O DEL “ENCUENTRO”

1. Encuentro. Para mí, esa es la palabra clave de todo mi homenaje a Don Jorge. Encuentro con él, encuentro con todos ustedes gracias a él. Encuentro entre

1. Arendt, Hanna, *La tradición oculta*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 74.

estudiantes y de estudiantes con maestros y de maestros con sus maestros. Encuentro del Derecho con la Ciencia y la Moral y de éstas con la Política, el Estado y, en todo ello, entronización del encuentro en y para la Justicia, gracias a él. Otra palabra hubiese sido magnanimidad en su sentido más “tomista”. La virtud que, entiendo, más lo representa. Pero no. Porque a él no le hubiera gustado. Simplemente porque, debido a su magnanimidad, le agradan poco los elogios, pues el elogio sería personal, no reconocería otredad y no dejaría lugar al resto y, en cambio, él es Luz y Guía, un *sol* que alumbra el camino de numerosos peregrinos sin opacarlos. Por el contrario, él los ilumina.

2. Don Jorge abre *surco* e invita a todos a la libre, igualitaria y enorme tarea de abrir sus propios surcos. Algo propio de los verdaderos Maestros, pues –como dice Enrique Mariscal– para llegar a Maestro se debe alcanzar la maestría y no la obediencia a determinada persona; la luz brillará en la mente libre del predominio de otra mente. Fina estampa, ésta, que tan bien lo representa. Precisamente, jamás encontraremos en él vestigio alguno de esas tiranías éticas o intelectuales ejercidas por personas autoritarias que no toleran percepciones ni juicios que no sean exactamente como las de sus propios criterios.

Por el contrario: él es una escuela de vida que nos enseña a aprender a convivir con lo distinto. Aprendemos de él, en su ética, que es en la armonía de las diferencias, donde la vida ofrece, generosamente, sus ofrendas más bellas.

Y, también, por la felicidad que irradia en cada encuentro sostenido en su larga trayectoria, validamos en él el aforismo: *Elija para su vida una tarea que le resulte casi un juego y no enfermará, ni se jubilará.*

Tengo entonces para mí que en el encuentro con Don Jorge se cumple –en él y por su intermedio en ustedes– el anhelo de amistad tan bellamente graficado por el célebre escritor chino Lin Yutang: “Quiero para mí, algunos buenos amigos que me sean tan familiares como la vida misma, con los que no necesite ser cortés, capaces de citar a los grandes filósofos, espiritualmente ricos y que puedan hablar de poesía con igual sinceridad; que tengan aficiones claras y una opinión definida sobre la gente y las cosas; que tengan sus creencias particulares y respeten las mías”.

3. Sucede que *toda vida real es encuentro. El encuentro no se da en el tiempo y el espacio sino que el espacio y el tiempo se dan en el encuentro*, como enseñaba Martin Buber.

Don Jorge me hizo el gran honor –entre tantos otros– de venir a mi tierra –lo hizo muchas veces pero ésta fue muy especial para mí– a presidir el memorable Encuentro Franco-Argentino-Mexicano sobre Protección del Patrimonio Cultural, declarado de interés público, avalado por el Teatro Colón, abarrotado de concurrencia estudiosa y distinguida entre la que se contaba tanto con nuestro decano saliente –el querido y recientemente extinto Profesor Atilio Alterini– y la decana recientemente electa, primera en su género en el cargo y muy destacada Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos, la Profesora Mónica Pinto.

Ese encuentro, dentro del cual se discutieron variados aspectos vinculados con la historia de nuestra ciencia administrativa y nuestra identidad jurídico americana en común lo sostuvimos en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 29 de septiembre de 2009, fecha en la cual la Legislatura de mi Ciudad lo consagró a él como su Visitante Distinguido. Dejó allí Don Jorge una única huella indeleble. Y sin saberlo ninguno de los presentes, Don Jorge dejó inaugurada la enseñanza del patrimonio cultural en mi Facultad. Cristalizaría ello, entre variados frutos, en el primer curso que comencé a dictar al poco tiempo.

Muy cara a mis afectos es entonces la asignatura escogida para homenajearlo a través de algunas breves reflexiones sobre la construcción histórica de la Administración pública y algunas de sus técnicas de actuación. En honor a sus enseñanzas y a aquella memorable conferencia que él nos pronunciara en nuestra querida Facultad de Derecho. Vamos pues y sin más rodeos –tal como le gusta a él– a su encuentro.

PARTE PRIMERA: EL CONCEPTO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE ALGUNAS DE SUS TÉCNICAS

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de mis reflexiones lo constituye la afirmación de la necesidad de iniciar un relectura y un replanteo de las categorías desde las cuales se elaboraron las teorías de la organización y el control administrativo, porque

su formulación tradicional – inexplicablemente aún vigente– es ya obsoleta, contradice los postulados fundantes del derecho a la buena Administración, resultando oclusivas del real mandato que pesa sobre la Administración pública en tanto vicaria y coadyuvante en la procura de la dignidad humana. Todo ello, a su vez y desde una óptica sistémica, determina que los tradicionales pero actuales contenidos normativos sean disfuncionales, pues se integran fragmentariamente al plano histórico-fáctico destinado a regir, y con ello no satisfacen enteramente el mandato de las normas constitucionales.

Prueba de ello lo constituyen los contornos difusos que presenta la identificación actual de lo que debe y no debe entenderse por Administración pública. En su noción subjetiva como organización que pende del Poder Ejecutivo, resulta inaprensible dada la existencia de estructuras burocráticas en los otros Poderes, la existencia de otras formas de gestión pública realizada por sujetos privados con más la rémora del proceso privatizador de la década de 1990 que encuentra hoy coexistiendo, por un lado, a personas jurídicas privadas que ejercen cometidos públicos al amparo de contratos de concesión, licencias o permisos anudados al fragor privatizador y, por el otro, a nuevas pero distintas formas de empresas estatales ahora conformadas como sociedades anónimas de un solo socio – el Estado–, que no obstante cumplir cometidos estatales paradójicamente se encuentran sometidas al derecho privado y exentas del derecho público –y, por ende, de los postulados tradicionales de la organización administrativa.

Pues bien, esta breve y frugal presentación ya de por sí posee aptitud kafkiana, pues hoy, utilizando la teoría tradicional de organización administrativa, es muy difícil comprender qué es y qué no es Administración pública. Más difícil aún será determinar cuándo una actividad se comprende dentro de la imprecisa noción de “función administrativa”.

A lo expuesto se agrega la falta de coordinación entre las organizaciones públicas, las formas privadas de actuación de lo público –sociedades anónimas estatales y privadas destinadas al cumplimiento de cometidos administrativos– y su consecuente falta de mecanismos y técnicas procedimentales de articulación

e intermediación con los particulares², puesto que un punto que no trataré por exceder pero que sí debe mencionarse es que ésta obsolescencia de la teoría de la organización administrativa impacta sobre el procedimiento administrativo volviéndolo también obsoleto. Y todo lo anterior, sin dudas, ocluye la utilización de toda técnica tradicional de control sobre la Administración pública pensado también dentro de una concepción tradicional y estática.

Las circunstancias descritas son significativas de la insuficiencia de las normas y los principios fundantes de la teoría de la organización y control aplicada en nuestro país. Sin embargo, una visión más amplia del panorama nos indica que la dimensión del problema es aún mayor y alcanza a otras latitudes.

Así, en la introducción a su libro, *Eficacia y Administración*, el catedrático español Parejo Alfonso iniciaba décadas atrás su exposición sobre las reformas administrativas españolas, con una descripción que se adecuaba a los términos descriptos. Decía: “Cualquier reflexión actual sobre la Administración pública debe partir y ser consciente del clima de desorientación e incluso confusión que se padece en la materia. Las causas de la desorientación son variadas, pero entre ellas destaca el cuestionamiento hoy del Estado, y la paralela reafirmación, como paradigma, de la sociedad civil, con postulación de la retirada de aquél a favor de dicha sociedad”. Asimismo, en la presentación refiere: “[...] en muy breve tiempo el sujeto central y razón de ser del derecho administrativo, la Administración pública, ha experimentado cambios que forman parte de un proceso aún no concluido en tanto que parte del más amplio de transformación social y del Estado al que estamos asistiendo. Los datos más significativos son el peso adquirido por la actividad económica y la asunción progresiva de responsabilidades en nuevos sectores de alta sensibilidad social. Tales datos hacen realidad la crisis

2. Situación advertida décadas atrás, en pleno fragor privatizador, por el sector más tradicional de la doctrina argentina. Así, el Dr. Juan Carlos Cassagne, al explicar las distinciones entre las personas públicas estatales y no estatales, señalaba: “[...] existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la Administración pública, sea porque el legislador las creó en ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal [...] dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público”. Más adelante destaca el cúmulo de dificultades que presenta el criterio de que la composición del ente por capital estatal lo defina como público. Así, señala: “[...] este criterio resulta con relación a las personas jurídicas públicas, cuando menos impreciso, teniendo en cuenta la dificultad para caracterizar como estatal el capital de una entidad y las posibles transferencias accionarias que puedan realizarse durante la vida de la entidad, lo cual supone un régimen cambiante e inorgánico”. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1991, p. 174.

del Estado y de lo público, y su teorización como factor clave de la vida social”³. Esta situación se profundizó en nuestro país, por un lado, debido a la progresiva reasunción estatal de cometidos abdicados durante la década privatizadora y, por el otro, por las implicancias jurídicas de las acciones asistenciales directas del Estado que intensificaron las estructuras y categorías conformadoras de un verdadero derecho social administrativo, pero bajo el mantenimiento de las viejas estructuras jurídicas. De por sí, se crea un clima de confusión.

Sin lugar a dudas que el cuadro de situación descripto pone en evidencia que las desconexiones e imprecisiones existentes en torno al contenido organizacional de lo que debe entenderse como Administración pública, su rol, sus cometidos y sus fines, obedecen, entre otros componentes, a la inutilidad de buscar un concepto único totalizador de todas sus formas y predicable en todo tiempo y lugar. En realidad, la comprensión de qué es y qué no es hoy la Administración pública solo se comprenderá, pienso, tras una labor mediante la cual se reconozca su existencia y la consecuente evolución de sus técnicas a lo largo de la historia. De allí la importancia de establecer sus contornos históricos, desde los cuales pueda luego abordarse su desarrollo y evolución en nuestra temprana historia y la gestación del concepto en el derecho patrio argentino. Por esto es el carácter inicial de este trabajo y su justificación, pues se procurarán establecer algunas breves precisiones sobre la construcción histórica de la Administración con referencia a la aparición de algunos de sus principios organizativos y potestades de intervención.

II. LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El derecho administrativo y la Administración son ante todo un producto de compleja evolución histórica; y como todo fenómeno jurídico, solo desde allí pueden ser comprendidos⁴. Sin embargo, al lector no se le escapará la polémica de trasfondo político que ha enfrentado a los autores que piensan que el estudio

3. Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y administración, tres estudios*, Madrid, INAP, 1995.

4. Hay un número creciente de autores que sostienen que categorías como derecho administrativo - Administración pública han existido siempre. En nuestro país, Agustín Gordillo identifica derecho administrativo con el surgimiento de la noción de “Estado”. El mismo autor anoticia la existencia de la corriente doctrinaria comparada que descubrió normas de derecho administrativo en el derecho romano. (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., T. I, Fundación de Derecho Administrativo, p. II-1. Con cita asimismo a Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, 1964, y otros autores).

histórico del derecho administrativo solo puede partir de la Revolución Francesa de 1789, a otros que invitan a partir de etapas más alejadas en el tiempo por entender que es en ellas y no en la “Revolución” cuando se gestan las técnicas propias de la materia.

No es mi propósito ahondar en estas disquisiciones, puesto que excederían del objeto de esta colaboración, pero sí, muy someramente, pasar revista para resaltar la necesidad del dimensionamiento histórico situado de la materia en aras de comprender los ápices sobre los cuales se erigió la Administración contemporánea.

II.1. Antigüedad

Revisando la obra de los historiadores, Giannini⁵ señala que las dinastías del Imperio Medio faraónico cuidaron de modo particular la “organización administrativa” del país, teniendo noticias de “funcionarios”, los cuales nos han legado importantes documentos sobre el “alto nivel administrativo” que había sido alcanzado; o bien que una de las razones por las que el Imperio persa aqueménida no tuvo una vida efímera fue la adopción de una “organización administrativa territorial-militar” perfeccionada, siendo nombrado para cada circunscripción un sátrapa del que dependían numerosos órganos. También el Imperio bizantino tuvo la agudeza de conservar “la excelente organización administrativa” de los romanos y de perfeccionarla hasta el punto de que hasta ellos se remonta la adopción de la estructura organizativa del “ministerio”.

Quien se detenga en la historia de Roma verá el nacimiento de numerosos atributos que más tarde se consolidarían como integrantes de la potestad, en especial, la reglamentaria. En este sentido, en las *Institutas* de *Gaius* se revela que la *constitutio principis* es lo que el emperador establece por decreto, epístola o edicto. Y aquí en germen de lo que posteriormente evolucionará hacia el principio de legalidad, aclara la obra que “jamás se ha dudado que estas decisiones tengan fuerza de ley puesto que es ésta la que le confiere al emperador su poder”. Asimismo, esta noción de poder es conocida como *imperium*, el cual es un protoantecedente

5. Giannini, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, INAP, 1991, pp. 37 y sigs.

de lo que muchísimo más adelante en la historia se plasmará como la fuerza ejecutoria del acto administrativo. Estos conceptos resultan aprehendidos en la siguiente fórmula recogida por Ulpiano: “Aquello que es la voluntad del príncipe tiene vigor de ley ya que por la *lex regia*, llamada también de imperio, el pueblo le ha concedido toda potestad”⁶.

Enseña, luego, que uno de los méritos que más a menudo se atribuye a renombrados gobernantes desde Carlomagno hasta Napoleón I es el de haber tenido unas “capacidades administrativas” fuera de lo común y el de haber “reformado la Administración”; y entonces se les atribuye la paternidad de alguna “institución administrativa” hoy todavía existente en Europa, y seguramente –por extrapolación– en nuestras latitudes.

II.2. Edad Media

El catedrático español Santamaría Pastor principia su análisis histórico a partir de la Alta Edad Media⁷. ¿Por qué la elección de esa etapa?

Explica el autor que ello se justifica en la necesidad de abarcar el ciclo histórico completo de la estructura política del “Estado” desde la perspectiva de los caracteres generales y formas de ejercicio del poder. En efecto, el ciclo histórico se inicia en un momento en que la precedente estructura política –el imperio romano– se ha derrumbado: el poder se halla disperso en múltiples unidades sociales, tornándose la vida política y jurídica muy débil y desformalizada. El territorio del imperio se fragmenta en reinos, gobernados por las elites militares de los pueblos germánicos. El aparato estatal romano, si bien se mantuvo en un primer momento, desaparece luego en virtud de un proceso de dispersión interna del poder que alcanzaría su máximo nivel a fines del siglo XI.

Indica el autor que es el siglo XII el momento en el cual comienza el desarrollo de la reconstrucción del poder en el seno de cada uno de los reinos, y que acabará

6. La fórmula se establece en la obra de Ulpiano, *Institutas*, I, 2, 6, citadas asimismo por Gaius, *Institutas* (ver traducción de Di Pietro, Alfredo, Librería Jurídica, La Plata, 1967).

7. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 71 y sigs.

triunfando con la implantación del período moderno. Esta evolución quebrada del sistema del poder le permite dividir su estudio en dos fases: la primera, de dispersión y deterioro del sistema institucional heredado del mundo antiguo, que llega hasta fines del siglo XI, y que es conocido como la “Alta Edad Media”. La segunda, iniciada en el siglo XII, al producirse en el mundo del derecho y las instituciones públicas un profundo movimiento de renovación, y que es conocida como Baja Edad Media. Dentro de esas fases se distinguen los fines, las organizaciones, y el régimen jurídico.

De esta forma, en la primera etapa aprecia el autor el núcleo de una incipiente Administración central: el *officium palatinum*, integrada por oficiales que inicialmente prestaban funciones estrictamente domésticas en la casa del Rey. Más adelante se forjan rudimentarios instrumentos jurídicos del Poder Público, los cuales son el germen de las potestades genéricas del Rey. El *ban* o *bannus* era el acto mediante el cual el Rey ponía bajo “especial sujeción” a determinadas personas o lugares, amenazando con severas sanciones a quienes hiciesen violencia contra ellas. El concepto evolucionó a todo mandato o prohibición emanada de una autoridad pública, así como a las sanciones aplicables por su incumplimiento⁸. Especial interés merece señalar el tipo de vínculo anudado entre el Rey y sus súbditos dentro del sistema feudal; el Rey posee un complejo de potestades tasadas y concretas que por influencia de la monarquía francesa serán denominados *jura regalia* o regalías. No son derechos de dominación propiamente dichos, sino que se adquieren mediante el “pacto feudo-vasallático” inherente al derecho de propiedad, basado en consecuencia sobre derechos de naturaleza económica⁹.

Las breves apreciaciones expuestas permiten descubrir en esta época una embrionaria conformación del sistema de prerrogativas, si bien limitada, desde que el poder público se funda en una “potestad doméstica” en función de la cual la

8. Santamaría Pastor, *op. cit.*, p. 81. Señala que la producción jurídica de estos siglos es escasisima. La exégesis de los textos legales se resume a la elaboración de unas cuantas versiones parciales de algunos textos de la codificación de Justiniano. Entre los autores solo pueden mencionarse a Jonas de Orleáns y sus *De institutione regia* y *De institutione laicali*; Hinckmar de Reims, con sus obras: *De ordine palatify* y *De regis persona et regis ministerio*.

9. Según lo expuesto, para Santamaría Pastor las regalías son sin duda una de las instituciones capitales en la historia del derecho público (*op. cit.*, pp. 79, 80). Sobre el punto conviene ampliar en la obra de Chevallier, *Le pouvoir royal a la fin du XIII siecle. Les droits regaliens*.

alocución Administración - *administratio regni* (de los textos carolingios) principia por ser un dominio real que la asemeja a la Administración de un propietario sobre su patrimonio¹⁰: la Administración pública coincide con una Administración privada.

II.2.1. Breve mención de la influencia del Papado

En cuanto a la evolución institucional de las estructuras políticas de lo que luego serán los Estados europeos, el punto de partida será el mencionado proceso de minimización del poder monárquico por “ese ente unitario que es la Cristiandad gobernada por la diarquía Papado-Imperio”¹¹, fuertemente establecida desde la era de Carlomagno. Tal proceso alcanza su clímax con la “reforma gregoriana” por la cual la Iglesia sentó las bases de una organización político-administrativa moderna, que luego imitarían las monarquías nacionales. Esto se evidenció en dos extremos: la conversión de la Iglesia en un poder político supranacional invistiendo al Papado de un auténtico poder directivo, y el empleo sistemático del derecho como técnica de organización política y su dominación. De aquí tiene su inicio la formulación inicial de la noción de jerarquía como principio jurídico de organización administrativa y una de sus herramientas por antonomasia: la avocación; técnicas que serán luego desarrolladas y proyectadas a través de la evolución del derecho eclesiástico.

II.3. La reforma y los antecedentes del Estado Moderno

La reforma tendría como efecto el surgimiento de un conflicto entre Papado-Imperio que se prolongaría por más de tres siglos, culminando con el agotamiento

¹⁰. Sobre el tema y respecto de la fórmula de la *administratio regni* se recomienda ampliar en C. Chevrier, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les oeuvres des anciens juristes français*, Paris, Archives de Philosophie du Droit, 1952.

¹¹. Es la expresión utilizada por Santamaría Pastor, *op. cit.*, p. 85. El énfasis es puesto por el autor para resaltar la evolución *ad extra* de la posición de las monarquías nacionales en cuyo surgimiento encontrara los decisivos basamentos de lo que más adelante será el derecho público decimonónico. Este proceso de concentración del poder lo explica en los siguientes términos: “Ciertamente es que tanto el Papado como el Imperio conocieron hasta el mismo siglo XIV momentos de insólito esplendor: los nombres de los Papas Alejandro III (1159-1181), Inocencio III (1198-1216) y Bonifacio VIII (1294-1304), de un lado, y de los emperadores Federico I Barbarroja (1151-1190) y Federico II (1215-1250) son buena prueba de ello. Pero los síntomas de debilidad eran también evidentes: tras el llamado ‘cautiverio de Avignon’ (1309-1377), el Papado se enfrenta al Gran Cisma de Occidente (1378-1418) y al creciente auge de las teorías conciliaristas; por su parte, el poder imperial se convierte, desde el mismo reinado de Federico II, en poco más que un recuerdo simbólico, quedando Alemania, de hecho, en manos de los príncipes territoriales. No es de extrañar, por tanto, que las diversas monarquías nacionales reafirmaran cada vez más su posición” (*op. cit.*, p. 87).

de ambas potencias, el surgimiento de estamentos nacionales, y la consolidación monárquica como vértice de la organización feudal. Se da nacimiento al “Estado estamental”¹², antecedente directo del “Estado Moderno” de principios del siglo XVI. ¿Cuál es su importancia en el proceso de conformación de la Administración? Por la virtualidad que para el desarrollo de las potestades administrativas tendrá el principio de la *raison d’Etat*¹³, que atiende, ante todo, al principio de la posibilidad y de la *necesita*; germen de lo que luego serán las potestades discrecionales.

Y ello desde que este modelo entiende al Estado con entidad propia, superior al Rey y creada para la consecución de determinados cometidos; o lo que se entenderá luego: para satisfacción de un interés público determinado y cambiante. Esta modalidad de Estado parte desde “la Ciudad”, la que se organiza desde la figura de la personalidad jurídica tomada de los romanos¹⁴. Como técnica administrativa, permite la continuidad en la gestión del patrimonio. A partir de allí, se recurrió a la práctica de atribuir personalidad jurídica al *officium*. De este modo, la organización administrativa se torna en organización de personas jurídicas, siendo una organización administrativa de entes, de la cual rápidamente se distinguen los privados de los públicos en función de dos razones contingentes: las finanzas y la guerra. Determinada la importancia de tales cometidos y la dimensión adquirida a lo largo del tiempo, llega a atribuirse parte del poder público, de tal manera que es una organización propia que se interpone entre la colectividad general y las incipientes formas de “Estado”¹⁵.

12. Santamaría Pastor lo caracteriza diciendo: “[...] el rey se destaca del sistema feudal, asumiendo el papel de mayor *et sanior pars* del reino frente al resto de las fuerzas sociales, nobles y burgueses, a quienes se asocia institucionalmente en las tareas de gobierno. Su manifestación más visible serán las primeras asambleas representativas con participación de la burguesía”.

13. Toda consideración en torno a este principio debe partir del pensamiento de Nicolás Maquiavelo, por cuyo intermedio la ciencia política declara su indiferencia moral. Por razón “del principio” un acto será conveniente o no según sea beneficioso o perjudicial para conseguir el fin de mantener y acrecentar el Estado. De esta forma, frente a la virtud que la Iglesia predicaba como ideal de actuación humana, Maquiavelo coloca una nueva virtud (*virtú*) como cualidad esencial del estadista, es una mezcla de inteligencia y eficacia, valor personal y capacidad para conseguir los fines propuestos, amor a la patria y habilidad en el desempeño de las funciones públicas. Fundamentará entonces la importancia del principio en estos términos: “[...] creo que triunfa el que acomoda su manera de proceder a las circunstancias del momento e igualmente fracasa quien en su proceder entra en desacuerdo con ellas” (El Príncipe, Cap. XXV, “Cuál es el poder de la fortuna en las cosas humanas y cómo hay que enfrentarse a ella”, p. 104. Se sugiere ampliar en Chabod, F., *Escritos sobre Maquiavelo*, México, FCE, 1984).

14. Giannini, Massimo, op. cit., p. 46.

15. Giannini, op. cit., p. 47, nomina a estas formas de actuación organizacional como *strumentum regni y palladium libertatis*. Y al referirse al surgimiento de estas formas de Estados señala la dificultad en indicar de modo preciso su nacimiento; “ciertamente las guerras de finales de siglo XV impulsaron a Francia, España e Inglaterra a constituirse en Estados; en Italia se pasó a través de una forma de transición constituida por los Principados, pero en el siglo XVII todos los ordenamientos de los países italianos eran Estados. Por tanto, el nacimiento del Estado se inserta en un período que comprende, desde finales del siglo XV hasta el siglo XVII”

II.4. El surgimiento de las monarquías absolutas

Es en esta etapa en la cual comienzan a solidificarse las potestades exorbitantes de lo que luego será la Administración y a desarrollarse la idea de mutabilidad del derecho público: el derecho será ante todo un instrumento del poder para el cumplimiento de un proyecto de Estado. El derecho ya no es “descubierto” a través de decisiones judiciales, sino que es el monarca quien asume la potestad legislativa¹⁶, apropiándose de las fórmulas romanas *quod principi placuit legis habet vigorem* y *princeps legibus solutus*, para justificar su absoluta desvinculación y libertad frente a todo tipo de norma jurídica¹⁷.

Dada la infalibilidad de la investidura monárquica, a partir de dichos principios se formularán tres reglas que serán el basamento de la actuación del *princeps*: la *praesumptio pro se* y *executio parata*, que no son otra que la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, y, por el otro lado, la fórmula *legem patere quam fecisti*, base de la inderogabilidad singular de los reglamentos. A partir de allí se desarrollan las técnicas de la expropiación, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de la Corona, entre otras¹⁸.

Formuladas estas precisiones se ha visto que el poder monárquico deviene absoluto, y que esta evolución se finca en la tradición bajomedieval dirigida a reforzar la figura del *princeps*. Finalmente, el Rey es superior a la ley, y su poder absoluto será consecuencia de la soberanía. Las circunstancias históricas darán una importancia creciente a la incipiente organización administrativa que vigorizará sus títulos de intervención con el advenimiento del Estado Policía o *Polizeirecht* del siglo XVIII, en el cual se abarca toda la actividad desplegada por el poder público para el gobierno de la comunidad política¹⁹.

(*op. cit.*, p. 47).

16. Dicho proceso comienza propiamente con la reforma gregoriana. Hasta entonces la praxis reconocía a los emperadores una cierta potestad normativa: la “capitularia”, consistente en la adición de nuevos preceptos o capítulos a las leyes viejas: “*capitula legibus addenda*”. Ello se consolida y la proclamación formal de un poder normativo propio aparece en la obra de Gregorio VII (conforme Santamaría Pastor, *op. cit.*, pp. 95 y sigs.).

17. Ulpiano, Digesto 1, 4, 1. Sobre el concepto romano de *Imperium ampliar* en la obra de Mayer, *Römischer Staat und Staatsgedanke*, Zurich, 1948, pp. 320 y sigs.

18. Villar Palasí, *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pp. 98 y sigs. Santamaría Pastor, *op. cit.*, pp. 98 y sigs.

19. En su obra, Giannini enseña que estas nociones de “policía” están tomadas como la clásica *politia* u ordenación

II.5. Frente a las puertas de la Revolución Francesa

Comprenderá el lector la importancia de la evolución brevemente reseñada: en el período inmediatamente anterior a la Revolución de 1789 se logra identificar la solidificación de las prerrogativas de poder público básicas que nutren a una estructura organizacional pública en creciente consolidación. Esta Administración, sus técnicas de intervención, y sus reglas jurídicas se cristalizarán con los sucesos posteriores a la Revolución Francesa. Por ello no será este evento el que inicie la conformación de la organización administrativa, sino todo lo contrario; la Administración pública regulada por una normativa propia emergió ya, y es ahora cuando se empieza a consolidar su acepción tradicional.

Este reconocimiento y su situación de consolidación tras la revolución es descrito por Giannini²⁰: hacia finales del setecientos, la Administración pública es un aparato bien del Poder Ejecutivo (Inglaterra, Estados Unidos) o bien de la Corona. La actividad de la Administración está regulada o por un derecho común (estructura estatal inglesa) o por un derecho público general (estructura del absolutismo puro) o por una rama especial del derecho público (estructura del absolutismo ilustrado). Reconoce que en las tres estructuras hay actos de autoridad del poder público productores de efectos jurídicos que inciden en la vida de los sujetos. Y señala como aportación de la Revolución Francesa la eliminación de las estructuras del absolutismo puro y del absolutismo ilustrado, con la introducción de una nueva estructura que fue llamada desde sus inicios de *droit administratif*. Pero téngase presente que si bien se introduce un nuevo tipo de Estado, este ha conservado el tipo estructural y potestativo adquirido hasta entonces, del cual ya me ocupé más arriba. Así, el funcionario de la Corona pasa a ser del Estado, y el “acto del príncipe” en “disposición administrativa”. Sin embargo, el *acte administratif* recién vería la luz en 1810 por obra del *Repertoire de jurisprudence*, de Guyot.

de los asuntos públicos (*op. cit.*, p. 56).

20. Las consideraciones que siguen a continuación, autor y obra citados, pp. 58 a 61.

II.6. La división de poderes y la teoría del Estado constitucional

Llegado a esta altura de la evolución de la Administración pública, debe señalarse que como organización ésta quedaría difusa dentro de la teorización de la división de los poderes. Giannini describe el fenómeno explicando que su inclusión en la égida del Poder Ejecutivo respondió a que lisa y llanamente no se le prestó atención; sistemáticamente, los juristas se alinearon en la concepción de que la Administración era parte integrante del Ejecutivo. No se ocuparon de los problemas que acarrearía este fenómeno de exclusión, y entonces abordaron la problemática de esta desde una perspectiva funcional: se ocuparon de las “actividades administrativas”, y como tales, solamente fueron entendidas las del “derecho de policía”²¹ que merecieron monumentales estudios y tratados como el de Nicolás Delamare²². Por esto es que en el siglo XVIII, la Administración de la Europa continental pertenecía al aparato de la Corona; en Inglaterra, al aparato del conjunto Corona Gobierno, pero en cualquier caso se pensaba en integrarla dentro del Poder Ejecutivo; es esta la *puissance exécutive* de Montesquieu. Esto es lo que finalmente sucedió; un intento de integración conceptual de la Administración dentro del Ejecutivo.

A la Administración, al quedar integrada al Ejecutivo de la manera expuesta, y condicionado su actuar bajo el axioma del principio de legalidad, hizo que se la teorizara como un aparato para la “ejecución de la ley en tutela de intereses públicos”. La *praxis* indica su inexactitud, al igual que una comprensión inexacta de la división de poderes, la que ha tenido históricamente significados diversos. La clarificación vendrá entonces al dar contexto histórico a la segunda cuestión. Propongo abordar someramente el problema de la división de poderes.

21. El ilustre Profesor argentino, Dr. Carlos Grecco, ejemplifica el fenómeno de la policización de la Administración citando el “Edicto de Lugartenencia General” de la policía parisina de 1667, generalizado en su aplicación a toda Francia a partir de 1693. Esta *explayación* de la técnica policial como dispositivo de “unificación antifeudal”, trasladada al orden administrativo, define la policía como todos los dispositivos que tienden a asegurar el reposo del público y de los individuos, a proteger las villas y las ciudades de todas aquellas causas que puedan originar desórdenes públicos, a procurar la abundancia y, a aquello que quizás sea más sugestivo, a tratar de que cada individuo, de que cada uno, viva según su condición y caracteres. A excepción de las funciones propias de política exterior, economía y finanzas (propias del Poder Ejecutivo), todo es reglamentado policialmente por intermedio de lo que se llamaba “la administración interior civil del Estado”. (Grecco, Carlos Manuel, “Poder de Policía”, conferencia dictada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, publicada en Revista AeDP N° 12, Buenos Aires, 1999, p. 73).

22. Citado por Grecco, Carlos, *op. cit.*

En el contexto de los tremendos abusos del poder público de los que da cuenta la realidad europea de la primera mitad del siglo XVIII, Montesquieu teorizó pretendiendo una distribución de funciones entre “cuerpos”. Buscó en la constitución de la Roma antigua y en la de Inglaterra que le era contemporánea, todos aquellos cuerpos e instituciones que limitasen el uso de poderes de otros cuerpos sociales. De esta forma llega a la ecuación de límite y control recíproco entre los poderes.

Dado que esta fusión conceptual resulta inexacta, lo que más adelante se teorizará como función administrativa, quedó absorbida bajo el único fundamento de que ésta responde a la idea de Poder Ejecutivo, o como en nuestro país intentó explicar Marienhoff, “[...] en la distribución de las funciones estatales, al llamado Poder Ejecutivo le está asignada la función administrativa, como función específica; de ahí deriva la asimilación de Poder Ejecutivo y poder administrador”²³.

Esta descripción da cuenta de la “*Babel de las ideas*” en torno al concepto Administración, ya que para explicarla se debió superar la división de poderes, procediendo a teorizar sobre la existencia de un solo poder y su división funcional, lo cual permite la asunción de ellas por cada uno de los tres “departamentos” del Poder. Y siendo ello así se encontrará Administración pública en todos los rincones del Poder: el Judicial abandonará circunstancialmente la toga para hacer las veces de administrador, haciendo lo suyo el Legislativo.

Este estado disfuncional también resulta explicado por Marienhoff: “[...] el poder del Estado es único: las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división del poder sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones. La llamada división de poderes es una medida que tuvo por mira evitar el despotismo, impidiendo que el ejercicio de todas las funciones estatales quedase concentrado en una sola mano. Con ello se tendió a asegurar los beneficios de las libertades públicas. Pero no se trató de una división de poderes, sino de una distribución de funciones”²⁴. Y más adelante concluye:

23. Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 81.

24. Autor y obra citada, T. I, pp. 34-35.

“[...] cada uno de los órganos esenciales –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–, aparte de sus propias funciones específicas, ejerce o realiza otras de la misma naturaleza que aquellas que caracterizan a los demás órganos. El Congreso legisla, juzga y administra. El Ejecutivo administra, pero también legisla y juzga (resulta llamativo ver cómo esta última afirmación sigue siendo defendida todavía por algún sector de nuestra doctrina a pesar de que nuestra Constitución Nacional lo prohíbe²⁵). Igual cosa ocurre con el órgano Judicial: juzga, sin perjuicio de realizar actos de naturaleza legislativa, y otros donde actúa como administrador. El carácter sustancial y distintivo de estas actividades no se modifica, cualesquiera fuesen los organismos que las produzcan”²⁶.

Quizás sin esa pretensión, la exposición de Marienhoff sin lugar a dudas se convirtió en una brillante descripción de la confusa ubicación de la Administración contemporánea y de la dificultad de determinar cuándo el particular se encuentra frente a ella.

Por esto creo que dentro de esta cuestión, y como punto de inicio de todo estudio sobre la Administración pública, cabe preguntarse: si los tres poderes pueden asumir las “tres funciones”, ¿cuál es el sentido entonces de la división de poderes?

Dado lo vasto del tema solo me limitaré a dejar planteado el interrogante. En todo caso, la pregunta sirve para advertir que el contenido y problemática de las funciones de los Poderes del Estado, al igual que la teoría constitucional, es un especial capítulo de análisis que requiere de un profundo replanteo de las categorías del derecho público decimonónico desde las cuales ha sido teorizada y normada esta materia.

25. El contenido me pertenece. Sin perjuicio de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales tributarias de la corriente mayoritaria, es útil recordar algunas cláusulas constitucionales vigentes: el Artículo 109 de nuestra Carta Magna establece: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. También es útil recordar que dicha prohibición es asimismo una garantía del particular. Como tal, resulta demandable judicialmente por conducto del Artículo 29 de nuestra Constitución, que prohíbe al Congreso “[...] conceder al Ejecutivo [...] facultades extraordinarias, ni la suma del poder público [...]”. Y finalmente debe tenerse presente que esos actos se encuentran fulminados de nulidad. El mismo Artículo 29 dice: “[...] actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable [...]”. Para una mejor comprensión de la “doctrina minoritaria” a la cual adscribo, sugiero el estudio de las obras de Agustín Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. I) y Jorge Luis Salomoni (*Teoría General de los Servicios Públicos*).

26. Autor y obra citada, T. I, pp. 36-37.

Advierta el lector que determinado el impacto de la supranacionalidad de organización política y ordenamiento jurídico sobre el orden constitucional y administrativo interno, con la consiguiente mutación de la acepción tradicional de los principios de soberanía y división de poderes, de ello se sigue la imposibilidad de pensar y actuar el sistema en sus términos originales sin provocar una profunda disfunción entre el plano constitucional vigente, su basamento filosófico-político y el plano fáctico o campo de los hechos, para los cuales fue pensado y sobre los cuales opera el sistema. Nótese que el embrionario derecho de la integración comunitaria ha sido acogido por nuestra Carta Magna en su Artículo 75, inc. 24, bajo la nota de organización supraestatal con competencias, potestades originarias, y operatividad directa de sus actos. Todo ello recepciona un sistema de poder que modifica en forma sustancial el contenido de las funciones estatales tradicionalmente aceptadas²⁷.

La importancia de este fenómeno de fusión “Administración-Ejecutivo” es tal que puede erigírsele en un hito del desarrollo histórico de la noción “Administración pública”, ya que da inicio a una confusión funcional aún subsistente: como señalé al inicio, hoy día no se sabe con exactitud qué se entiende por Administración pública, sector público; o cuándo se está en presencia de una persona jurídica de derecho público, máxime advirtiendo que hoy tenemos personas jurídicas privadas operando cometidos públicos y personas jurídico estatales organizadas como sociedades anónimas bajo el régimen de derecho privado que igualmente operan cometidos estatales. Menos aún existe claridad en los contornos conceptuales, y de allí la importancia de pensar en el replanteo de esta cuestión.

A la luz de su evolución histórica se descubre no solo la existencia de Administración y sus prerrogativas con anterioridad al Estado decimonónico, sino también la inexactitud de conceptualizar a la Administración como función específica del Poder Ejecutivo. De lo que se trata es de que los futuros estudios inicien la reconstrucción de este concepto.

27. Para una mejor comprensión del tema ampliar en: Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Cap. V, 1999; Cassese, Sabino, “Derecho Administrativo comunitario y Derechos Administrativos nacionales”, en *Revista AeDP* N° 7, Buenos Aires, mayo-agosto 1998; Stortoni, Gabriela, “Sobre la existencia de un derecho administrativo de la integración frente al esquema del Tratado de Asunción”, *Anuario de Derecho de la Universidad Austral* N° 2, Buenos Aires, 1996; Damsky, Isaac Augusto, “Reflexiones sobre la conformación del derecho ambiental del Mercosur”, ED 181-1247.

III. CONCLUSIONES PRELIMINARES. LA TEORIZACIÓN CLÁSICA DEL CONCEPTO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha señalado, es a finales del siglo XVIII, superados los acontecimientos de la Revolución Francesa, el momento en el cual se obtiene la acepción tradicional de la Administración pública en virtud de solidificarse sus pilares organizacionales acuñados a lo largo del desarrollo histórico reseñado más arriba, si bien con los efectos que la división de poderes tendría en su incardinación dentro del Ejecutivo.

La Administración se erigirá entonces como una fuerza creadora de bienes, el instrumento más eficaz para una verdadera elevación de la vida social. Esta idea resulta caracterizada en la obra de Olivan: “La Administración, rota la valla del miserable círculo fiscal, se presenta y se deja contemplar extensa, tutelar, benéfica, creadora, presidiendo a los destinos del país, y proveyendo de elementos de poder y grandeza al Estado. Entonces se ha ensanchado y ennoblecido, a medida que se ha ido reconociendo la utilidad de su acción. Y como desde el recaudar y pagar haya acudido a todas partes a proteger, ramificándose para fomentar todos los intereses legítimos, ya materiales, ya morales, de ahí es que estas nuevas funciones le confieren mayor importancia y consideración que las primitivas, elevan el conjunto de sus principios y reglas a la categoría de trascendentalísima ciencia social, y ofrecen al entendimiento una idea grandiosa”²⁸.

Ello da cuenta de una primera noción que ve a la Administración como acción de conformación social, como organización creadora y elevadora de la vida social, desde la perspectiva del pensamiento ilustrado²⁹. En sus aspectos organizacionales se logra el punto más alto de la historia administrativa en la separación entre funcionario y función, en la construcción abstracta e impersonal del aparato administrativo. Es un dato importante de señalar, ya que en las palabras de García de Enterría, “la moderna burocracia arranca directamente de esta fecha. Desde entonces no hace sino acendrarse el proceso de abstracción de lo orgánico, de diferenciación paulatina, de sutileza y eficacia de medios técnicos”³⁰.

28. Olivan, Alejandro, *De la Administración pública con relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, extractado de la edición de 1954.

29. García de Enterría, Eduardo, *La Administración española. Estudios de ciencia administrativa*, Madrid, Civitas, 1999, p. 58.

30. Autor y obra citados, p. 190, señala que este proceso es la puesta en obra del “gran principio” de la

Hasta aquí se ha visto que la importancia de este fenómeno de fusión “Administración- Ejecutivo” es tal que puede erigírsele en el hito del desarrollo histórico de la noción Administración pública, ya que da inicio al complejo entramado vigente. A la luz de la evolución histórica en el plano comparado, se descubre la existencia de Administración y sus prerrogativas con anterioridad al Estado constitucional. También se aprecia la inexactitud de conceptualizar a la Administración como función específica del Poder Ejecutivo. De allí la importancia de pensar en el replanteo de esta cuestión. Puede aventurarse que esta compleja situación imperante se agrava en mi país dada la falta de construcción de los institutos centrales de nuestra Administración pública contemporánea como una evolución lógica de sus instituciones precedentes y acordes a nuestro sistema jurídico. Tanto es así que nuestro peculiar sistema federal de gobierno, que tomó del modelo norteamericano la supremacía constitucional y su dinámica de división de poderes, se encontró desnaturalizado por la implementación de un derecho administrativo de sesgo continental europeo, fuertemente centralista y unitario y con una distinta dinámica organizativa del poder.

De esta forma la exposición que se realizó, creo, funge de punto de inicio a futuros estudios que tiendan a comprobar las hipótesis enunciadas. Para ello se entiende que deberá observarse la primera evolución de las instituciones administrativas locales, en paralelo con el análisis de la obra de los primeros publicistas argentinos de finales del siglo XIX y principios del XX, hoy prácticamente olvidados. Me estoy refiriendo a la obra y el pensamiento que circundó a Vicente Fidel López, Lucio López y Ramón Ferreyra, principalmente, sin pasar por alto el derecho público provincial de nuestro padre fundador, Juan Bautista Alberdi.

Es que, más allá de que se compartan o no sus perspectivas, como señaló el politólogo norteamericano Dwight Waldo: “El Estado es una institución humana, es humana de arriba abajo; no se basa solamente en un sistema formal, en capacidad y número. No es ciertamente una máquina que se puede desmontar, proyectar y montar de nuevo sobre la base de leyes mecánicas. Es más semejante a un organismo vivo. La reorganización del Estado no es una tarea mecánica. Es una tarea humana y ha de enfocarse como un problema de moral y de personal, a

Administración napoleónica: obra de uno es la acción, la deliberación y el consejo obra de muchos.

la vez que como una cuestión de lógica y de organización”³¹. De ello se sigue que ni puede dissociarse el estudio de la organización de la Administración misma del contexto temporal y espacial llamado a servir comprensivo éste de los especiales usos y costumbres administrativos y de las vicisitudes de la sociedad a la que se sirve, ni tampoco prescindirse ni saltarse a los hitos de evolución histórica de cada una de las técnicas devenidas luego en instituciones jurídico administrativas. Si el derecho a la buena Administración tiene por finalidad la tutela de la dignidad humana, el modelo de sociedad es un condicionante evidente de todo cuanto se refiere a la Administración pública; solo desde allí puede ser pensado; volver la mirada al pasado para reencontrarnos en el camino con nuestras bases de legitimidad y así transitarlo coherentemente hacia el futuro.

31. Waldo, Dwight, *The administrative state*, NYC, Ronald Press Company, 1961, p. 262.