

# PERSPECTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XXI

Mariano BRITO

*SUMARIO: I. Introducción. II. De las relaciones entre la perspectiva anunciada del derecho administrativo, del Estado de derecho y su objetivo de un orden trascendente de valores en que se funda.*

## I. INTRODUCCIÓN

1. Atender al objeto del tema a nuestro cargo supone advertir su realidad en medio de un contexto cultural, político, social y económico que nos muestra las referencias de una globalización-mundialización y nueva economía que es, se da, constituyendo el contenido inequívoco de aquella realidad.

2. Junto a esto, la incorporación de categorías, criterios y andariveles del derecho privado, cuestionando la presencia o por lo menos el régimen jurídico de las empresas públicas, y el dominio de la gestión del Estado a la luz de criterios de eficacia y eficiencia. También procuran las correspondientes privatizaciones y terciarizaciones.

3. Consecuentemente gana espacio creciente, se instrumenta normativamente y se avanza en la ejecución de la reforma del Estado, alcanzando no sólo su estructura, sino la dinámica de su actuación.

4. Ante todo ello, cabe cuestionarse: ¿hemos de reducir el derecho administrativo al derecho de la coyuntura, de lo episódico?

5. El derecho administrativo lleva en su ser la regulación de la Administración y de la relación Administración-administrado que se manifiesta en la reflexión jurídica alimentada desde el ámbito de la expresión fenoménica y desde el propio de una visión genética o histórica. Él se aplica en ambos al Estado de derecho.

6. Mediante la primera, el derecho administrativo y su objeto, el Estado de derecho se revelan en un acontecer (operaciones, actos y hechos, a los que aquél se aplica).

Mediante la segunda, el derecho administrativo y su objeto, el Estado de derecho, se revelan acontecimientos históricos, gestación, proceso, devenir.

7. ¿Se resuelven, el derecho administrativo y el Estado de derecho y este mismo, en un ocurrir normado y normador o en un devenir (historicidad)? ¿Es esto suficiente? ¿Uno y otro enfoques agotan la capacidad reflexiva o el objeto del saber a su respecto o caben aún otras posibilidades? ¿Cabe “fundamentar” el derecho administrativo del Estado de derecho y a éste (y sabido que fundamentar apunta o plantea la cuestión de racionalidad)? Con Juan Francisco Linares procede aquí recordar que “...por racionalidad en sentido estricto sólo se entiende fundamento de verdad o justicia”.<sup>1</sup>

8. ¿Será entonces que lo que está planteada es la existencia de unos principios-valores de unos posibles primeros criterios de verdad fundantes? ¿O ha de concluirse en la imposibilidad de certeza a su respecto, quedando entonces prisioneros de un relativismo insuperable, afincado en lo que acontece normativamente o en el consenso social? ¿Cabrán, en cambio, acudir a unas razones últimas, incluso de orden moral, donde sin confusión se plantee la relación derecho administrativo-Estado de derecho-moral?

En suma: ¿podrá alcanzarse la respuesta al *propter quid* del derecho administrativo y del Estado de derecho?

Véase que cuando tal investigación y reflexión nos planteamos, no pretendemos desconocer el aporte de uno y otro orden de cosas (el ordenamiento normativo que trasunta seguridad jurídica, y la conformidad social que indica o muestra el consenso histórico, bien llamado “uno de los valores centrales del ideario democrático”).<sup>2</sup> Pero sí procuramos acotarlos en su alcance.

9. Por lo pronto, la reflexión es procedente y válida frente al ordenamiento normativo que acude a una realidad que menta y también lo trasciende, porque no se halla que en él tenga su génesis o fuente, ni esté circunscrita a un fenómeno histórico (v. gr. artículo 8o. de la Constitución uruguaya, cuando afirmada la igualdad de todas las personas ante la ley, reconoce la distinción que entre ellas emerge de “las virtudes”). Éstas, con su referencia ontológica al “hábito operativo bueno<sup>3</sup>” que las confi-

1 Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*, Buenos Aires, pp. 223 y ss., s.e.

2 García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1998, 4a. ed., p. 153, s.e.

3 Gómez Pérez, Rafael, *Problemas morales de la existencia humana*, Madrid, 1993, p. 188, s.e.

gura, exorbitan aquel ordenamiento y su posible emergencia de lo puramente histórico.

Vale también al respecto la cita del artículo 72 de la Constitución con su remisión a los “otros (derechos, deberes y garantías) que son inherentes a la personalidad humana” y a los que alcanza “el deber de acogida que vincula al orden positivo”, como diremos parafraseando a Pedro Serna.<sup>4</sup>

En uno y otro caso se reconoce que la relevancia jurídica que poseen es previa a su reconocimiento por las normas, y si esto es así “El único modo de negar el carácter implícitamente jurídico de unos derechos protegidos por semejante deber, es precisamente negar dicha obligación, esto es, rechazar que existe una necesidad de acogerlos por parte del derecho positivo”.<sup>5</sup> No compartimos tal negativa.

10. Es que el Estado de derecho se funda en una concepción del hombre. Aun quien, como Carlo Nino, no se identifica con el jusnaturalismo, “afirma la necesidad de disponer de un concepto determinado de hombre para poder fundamentar los derechos y tal es, en efecto, la conclusión que se advierte a partir de su recurso a los principios de dignidad, inviolabilidad y autonomía de la persona”.<sup>6</sup> Y tales principios son piedras sillares del derecho administrativo del Estado de derecho.<sup>7</sup>

11. Aparece ya en la búsqueda del fundamento debido, una ineludible referencia antropológica. Sólo el concepto correspondiente nos conducirá a resolver “la cuestión de los famosos porque”.<sup>8</sup> Una vez más interesa, para el fundamento, la búsqueda de la justificación racional de la juridicidad<sup>9</sup> (en la especie, la del Estado de derecho). Y aquí nos aparece algo ineludible: porque el Estado de derecho halla su clave de bóveda en aquella concepción del hombre, ente en sí y por sí, sin referencia genética al Estado ni subsunción en éste, se ha de reconocer —verdad primera— que el Estado “non facit homines, sed recipit eos a natura”.<sup>10</sup> Para él será insuficiente el orden normativo —no será razón suficiente— sin perjuicio de reconocerlo (*ius normans*) y aun advertir que con frecuencia obra a la

4 Serna, Pedro, *Positividad conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, 1990, p. 241, s. e. Procede también citar los artículos 10 y 332 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

5 Serna, Pedro, *op. cit.*, nota 4, p. 242.

6 *Ibidem*, p. 242, citando a Carlo Nino en un artículo titulado “El hombre, sus derechos y el derecho”.

7 Real, Alberto R., *Estado de derecho y humanismo personalista*, Montevideo, 1974, p. 179, s. e.

8 Olgiati, Francesco, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Milán, 1944, p. 32, s. e.

9 *Idem*.

10 Tomas de Aquino, *Suma Teológica*, ts. I y II, p. 93, a.4, cit. por Francesco Olgiati, *op. cit.*, p. 13.

manera de concreción del principio o criterio de valor que la realidad muestra. “Ni la llamada a un puro hecho, ni el reenvío de Herodes a Pilato, quería decir de un hecho al otro, basta para justificar el derecho”<sup>11</sup> (tampoco, el Estado de derecho). “La importancia de los hechos está fuera de discusión, porque de ellos consta la realidad histórica; es su insuficiencia en cuanto meros hechos, lo que importa iluminar”.<sup>12</sup>

También el Estado de derecho se presenta como una realidad —es— y por tanto, han de ser las leyes de tal realidad que han de hallarse; su explicación—justificación racional— requiere una constante reducción o referencia al ente que el Estado de derecho es. Y de éste ya hemos hallado —creído hallar— una dimensión sustantiva, de valor: aquel concepto del hombre que se subsume en su vida-vida creada.

## II. DE LAS RELACIONES ENTRE LA PERSPECTIVA ANUNCIADA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, DEL ESTADO DE DERECHO Y SU OBJETIVO DE UN ORDEN TRASCENDENTE DE VALORES EN QUE SE FUNDA

1. Lo hasta aquí apuntado amerita una afirmación: la perspectiva axiológica del derecho administrativo y del Estado de derecho no depende de su génesis histórica y cronológica ni de su expresión normativa, porque una y otra no agotan su explicación racional; me dicen cómo es el derecho administrativo y el Estado de derecho, pero no qué cosa son.<sup>13</sup> En aquella perspectiva, la afirmación del Estado de derecho muestra una referencia constante, presente en su concepto con razón de necesidad, a la dignidad humana, fundada en la vida que el hombre es. Esta referencia es constitutiva del Estado de derecho: él está constitutivamente unido a la aceptación, reconocimiento y salvaguarda de un valor supremo: la vida humana. Halla en ésta la íntima justificación de su existir y de su obrar: la racionalidad que procuramos hallar.

Se me impone, entonces, para juzgar de la racionalidad —fundamento racional del derecho administrativo del Estado de derecho y de éste—

11 Oligiati, Francesco, *op. cit.*, nota 8, p. 25.

12 *Idem.*

13 Se reitera, una vez más, que la afirmación del texto no implica desconocer —menos aún negarla— la historicidad del derecho administrativo del Estado de derecho ni las de éste último, ni sus *sus normans*; sólo indica reconocimiento de las notas mencionadas y la necesidad de continuar la búsqueda para la justificación racional.

no una descripción puramente empírica de su surgimiento histórico y acontecer de desarrollo en el tiempo y en el espacio; tampoco me basta su expresión fenoménica normativa; siempre deberemos indagar su adecuación a la realidad de la vida del ser nuclear que en él anida, vive y se desarrolla: el hombre, cada hombre.

2. ¿Se podrá objetar que la búsqueda del concepto del Estado de derecho que muestre su justificación racional es una cuestión metafísica?<sup>14</sup> Al respecto, bástenos aquí constatar que la búsqueda de la trascendencia de lo puramente fenoménico y de la coyuntura histórica es ineludible cuando del Estado de derecho se trata y —aun cuando se niegue— ella seguirá presente, también a través de su negación o de la duda de su autor, cuya honestidad intelectual queda aquí reconocida. Más todavía: “El mismo hecho de que podamos discutir sobre los valores supone que en la base de la discusión estamos profundamente convencidos de que son objetivos”.<sup>15</sup>

Sobre el punto, creemos procedente reconocer con Olgiati (porque estamos ante una cuestión cultural) que “La cultura indica siempre —a diferencia de la erudición— la sistematización, la unificación, la organización de lo múltiple. La unidad del saber, que responde o, mejor, debería responder a la unidad de lo real, es un criterio pacífico. Y así como el momento de la juridicidad es un momento de la realidad histórica también él, va meditado con la misma preocupación unificadora”.<sup>16</sup> Tal unificación —cuando del Estado de derecho se trata— creemos que es posible alcanzarla a partir de aquel ser, el hombre —su vida— porque él es la

14 Real, Alberto Ramón, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1965, p. 14, a propósito del tema objeto de sus reflexiones, decía: “Aclaremos, por única vez, que éste es un estudio de derecho positivo y que, por tanto, nuestras consideraciones y conclusiones no importan, de ninguna manera, en atribuir normatividad jurídica intrínseca a los valores éticos y metafísicos exaltados por el jusnaturalismo. Después de los concluyentes estudios de Kelsen, Radbruch y tantos otros filósofo-juristas, no podemos incurrir en la confusión de la ética o los ideales políticos con el derecho. Pero el tecnicismo positivista no ha llegado a cegarnos la aptitud valorativa, hasta el punto de impedirnos recurrir a los criterios finalistas cuando el propio derecho vigente lo impone, para llenar sus lagunas, que admite expresamente. Ante tal hipótesis, el intérprete no puede ser más realista que el rey, o sea, más estatista que el propio constituyente, negar las lagunas y pretender que todo el derecho ha de hallarse, exclusivamente, en el derecho legislado, y no en las “fuentes reales”, sociales y humanas”. Cajarville, Juan Pablo, “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996, p. 155 y ss., expresa que es el suyo “un estudio de derecho positivo, que no pretende incursionar en los dominios de la filosofía ni de la teoría general del derecho, aunque deba rozarlos en la medida necesaria para interpretar las normas en cuestión”.

15 *Gran Enciclopedia GER*, voz Axiología, vol. 3, p. 528.

16 Olgiati, Francisco, *op. cit.*, nota 8, p. 55.

justificación racional del ser, del obrar y el devenir del Estado de derecho y del *jus normans* y del *jus normatum* que lo caracteriza.

3. Pero, con lo que venimos de reflexionar, surge una nueva evidencia: “Decir ser, es decir finalidad”.

El derecho administrativo y Estado de derecho vienen a configurarse-definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del derecho administrativo y del Estado de derecho la aceptación de una realidad sustancial impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve, y cuya proyección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela.<sup>17</sup>

Hállanse así configuradas dos reglas de valores fundamentales, ínsitos en el sistema del Estado de derecho: la primacía de la persona humana y la consecuente operación del Estado a su servicio, para su protección y desarrollo en plenitud.<sup>18</sup>

4. Pero con la exigencia anotada no se agota la finalidad del derecho administrativo del Estado de derecho y del último. Ella encierra, además, una peculiar concepción: reconocimiento del ser de la relación entre el individuo —lo individual, que le es propio, y el todo— lo total, del que es parte.

Hay en el hombre también una radical referencia de alteridad, porque “Él es también responsable de su entorno”.<sup>19</sup> Al perfeccionamiento de lo social concurre y de lo social necesita el hombre para alcanzar en plenitud sus perfecciones.<sup>20</sup>

La proyección social del hombre se vierte en la necesaria configuración de los múltiples entes morales, y su fruto, el pluralismo social (Constitución, artículo 39).

5. Pero aún ha de tenerse presente que la articulación social del hombre no se detiene en las comunidades intermedias; también se revela la del uno y las otras con la comunidad entera, especialmente con su expre-

17 Brito, Mariano R., “Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo”, La Rioja, s.e., 1982, p. 30; véase también Constitución de la República Oriental de Uruguay, artículos 7o., 40, 41 incisos 2o., 42, 44, 45, 46, 49, 55, 68 y 72.

18 Soto Kloss, Eduardo, “La primacía de la persona humana, principio fundamental del derecho público chileno”, *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, s.e., octubre de 1996, pp. 507 y ss.

19 Fosbery, Aníbal, “Autoridad, libertad y responsabilidad”, *Curso Internacional de Especialización en Derecho Público*, Tucumán, s.e., 1979, p. 25.

20 Constitución uruguaya, artículos 53, inciso 2o. y 44, inciso 2o.

sión política, el Estado. De aquí que es valor del Estado de derecho la vinculación con el interés más general, que en su expresión más difusiva se revela supraordenado.

A la definición de ese interés más general —con frecuente referencia entre nosotros, como interés público— concurren las notas que mencionáramos en un anterior trabajo nuestro:<sup>21</sup>

a) Se define positivamente por la noción de asistencia y apoyo prestado a los habitantes y a los entes sociales menores.

b) Es el apoyo y asistencia considerados que el Estado está obligado a prestar, sin sustituir ni exonerar al hombre y sus comunidades intermedias del protagonismo originario a su cargo.

c) Se define negativamente por la conducta estatal de abstención de acción directa en cuanto a la libertad interior, y positivamente por el respeto de ésta y la creación del entorno protector de su intangibilidad.

d) Él lleva consigo la limitación de la proyección exterior de la libertad porque compete al Estado procurar que cada uno obtenga lo suyo.

e) Procura asegurar la participación de todos los individuos y comunidades en los bienes del desarrollo.

f) El Estado no es el único, si bien el más calificado, protagonista del interés general. Es que ni el Estado “ni el derecho, ni lo político totalizan lo social”.<sup>22</sup>

g) No reviste los caracteres de un fenómeno ideal; antes bien, conlleva exigencias de actuación y realidad concretas. Consecuentemente, reclama desde su categoría de valor las conductas estatales operativas para su satisfacción, habilitando su enjuiciamiento. La cuestión de valoración —exigencia de racionalidad del medio empleado— abre así el poderoso y riquísimo capítulo del contralor jurisdiccional.<sup>23</sup>

6. En suma, la concepción del derecho administrativo del Estado de derecho y éste descansan sobre una íntima finalidad con el consecuente reclamo axiológico: el bien común que la anima, el cual a su vez es un bien participado.

7. Porque el Estado de derecho no es pluralidad disgregada, sino multiplicidad unificada en una *unitas ordinis*, en función de una finalidad suma, el bien común,<sup>24</sup> aún ha de examinarse si es que acaso no debe ser considerado

21 Brito, Mariano R., *op.cit.*, nota 17.

22 Philippe I André-Vincent, *Derecho, Revolución y Bien Común*, en Revista de Derecho Público, Chile, 1978, núm. 24, p. 38.

23 Brito, Mariano R., *Los derechos fundamentales y los altos órganos jurisdiccionales*, en Anuario de Derecho Administrativo, Montevideo, 1988, t. II, p. 115 y ss.

como una limitación oprimente. El riesgo —extremo fáctico— es posible por desviación o negación del valor. La armadura de conceptos que lo constituyen es valladar con profunda misión educadora: él es, por ellos, expresión de racionalidad y eticidad. En el punto cabe recordar cómo siempre, desde Aristóteles hasta nuestros días, la filosofía del ser siempre ha sostenido la segunda tesis ligando la finalidad esencial del Estado con el concepto de virtud.<sup>25</sup>

8. Hay en el Estado de derecho, en suma, una necesidad de explicar los mandatos en términos de razonabilidad, a la cual “está ligado, por otra parte, el concepto mismo de autoridad, en el sentido de *auctoritas*, esto es, de la cualidad que inviste a ciertos centros o personas de un plus de superioridad moral por causa de lo razonable de sus actos”.<sup>26</sup>

9. Tal vez el clamor contemporáneo por la observancia de las reglas de moralidad trasunta la conexión-relación del derecho administrativo del Estado de derecho y de éste con la virtud, fundamento último de la *auctoritas* y un restablecimiento de los aportes del pensamiento clásico. De alguna manera también muestra el rechazo de aquellas formas de subjetivismos que negaban posibilidad alguna a la ética y para las cuales “sólo la psicología era quien estudiaría las reacciones y sentimientos que los juicios de valor expresan o provocan”.<sup>27</sup>

24 Olgiati, Francisco, *op. cit.*, nota 8, p. 118.

25 *Ibidem*, p. 120.

26 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 157.

27 Enciclopedia GER, vol. 3, p. 527.