

RELIEVE Y FUNCION DEL ADMINISTRADO

El administrado, sujeto de Derecho Constitucional

Por Francisco-Félix MONTIEL,

Profesor de la Escuela de Administración
de la Universidad de San Marcos de Lima
y del Instituto Peruano de Administración
Pública

I.—EL ADMINISTRADO, “PARTICULAR PÚBLICO”

Introducción

La técnica jurídica suele distinguir —según sea su situación respecto del Poder— entre “sujetos oficiales”, que son los que participan, directa o indirectamente, de los derechos de potencia pública, y “sujetos particulares”, que son los que no participan de esos derechos relevantes. En la relación jurídico-administrativa, una de las partes es siempre la Administración, sujeto oficial. Su *alter* es el administrado. Un sujeto “particular”, desde luego. Pero con características *especiales* derivadas de la naturaleza misma de dicha relación jurídico-administrativa.

Diríamos que es un “*particular público*”, de acuerdo con la terminología que encontramos en un estudio valiosísimo de nuestro desaparecido amigo, Profesor que fue de la Universidad de Madrid, Miguel Cuevas.¹ Es el particular —escribió Cuevas— “en cuanto queda ligado objetiva o subjetivamente a los sujetos oficiales *para* algo de carácter público y *por* un enlace en que interviene más o menos inmediatamente el Poder público”. Hauriou distingue “las situaciones respectivas de la Administración y del administrado”. Son dos potencias autónomas, dice el maestro francés, cuya acción se ejerce en *dos dominios separados*. “La de la primera, en el dominio de la vida pública; la del segundo, en el de la vida privada”.²

¹ Cuevas, Miguel. *La teoría jurídica del administrado*. “Revista de Derecho Público”. Madrid, Año I - Núm. 3, 15 marzo 1932, pp. 73-81.

² Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, París 1911, p. 377.

El planteamiento engloba dos ideas que conviene someter a detenido examen: a) ¿Existe realmente esa *separación* de la Administración y del administrado en dos esferas distintas? ¿No sería más exacto considerar al administrado con una función social y jurídica *en el terreno mismo* de la vida administrativa y no fuera de él? b) ¿Puede ser recluido el “alter” de la Administración en el mundo *privado*, desconociendo su dimensión jurídica *distinta* y el contenido “social” de su papel en el sistema de los servicios públicos?

Teoría del “Estatuto”

Empecemos por la segunda idea. Difícil es siempre delimitar en forma precisa los terrenos diversos y excluyentes de lo privado y de lo público. Pero en este caso puede señalarse con cierta claridad que la situación del administrado en el sistema de los servicios públicos hace del “partner” de la Administración una figura que se distingue de los sujetos de derecho común, no sólo por el “vínculo” que la enlaza a dicho sistema, sino por la “personalidad” con que interviene en ese juego jurídico.

En líneas después de las que anteriormente citamos, precisa Hauriou: “El administrado está colocado simplemente frente a la Administración en cierta situación o dentro de cierto *status* que le permite gozar de los servicios públicos que se organizan o beneficiar de las decisiones que se adoptan, y que le permite también reclamar administrativamente o interponer recurso por exceso de poder contra las decisiones que tienden a modificar las situaciones adquiridas”.³

Ese “status” es precisamente el que perfila el relieve jurídico, el carácter *especial* del administrado, que venimos destacando. En los servicios públicos predomina la forma de relación jurídica llamada “*situación*”. El administrado se encuentra dentro del sistema del servicio en una “situación” —*objetiva, estatutaria*— de la que derivan derechos y obligaciones que corresponden a fines determinantes de carácter público. Es la tesis que ha elaborado con notable acierto arquitectónico la doctrina francesa.

La asimilación al derecho civil sólo confunde y no es aconsejable. “La idea de contrato —señala el profesor Sayagués Laso—⁴ es incapaz de explicar cómo los particulares pueden exigir el funcionamiento del servicio antes de celebrar aquél, pues hasta el instante de perfeccionarse el contra-

³ *Ob. cit.*, p. 377.

⁴ Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo 1953, t. I, p. 76, nota 2.

to, el candidato a contratante no tiene derecho alguno". Fleiner⁵ abunda en el mismo criterio cuando escribe: "Las relaciones con el servicio no se basan en un contrato, sino en una autorización de disfrute concedida al particular conforme a disposición de Derecho público".

Podemos utilizar este ejemplo: El inquilino de una casa-habitación no es jurídicamente el mismo en la relación de arrendamiento con el propietario del edificio que cuando se inscribe como usuario del servicio municipal de agua potable, o contrata con una compañía concesionaria el suministro de fuerza eléctrica.

En el primer caso, es titular de exigencias y deberes de carácter civil; en las otras dos hipótesis, sus derechos, intereses, obligaciones y responsabilidades corresponden a fines determinantes de naturaleza pública. Y no sólo la relación jurídica y la regla de Derecho tienen esa naturaleza pública, sino que el propio sujeto, por el contenido de la función social a que pertenecen esos actos —por el relieve de su *papel social*⁶ en tales circunstancias —obra revestido de una personalidad que trasciende de la esfera privada y que tiene como perfiles propios ante el Derecho ese "cierto status" de que habla Hauriou.

Los derechos "previos"

El inquilino no tenía ningún "poder" jurídico sobre el local antes de la formalización del contrato, ni podía ejercer ningún tipo de acción legal para forzar al propietario a convenir en el arrendamiento. En cambio, sí tenía ciertos derechos *previos* cuando entró a inscribirse en la oficina municipal del servicio de agua, o cuando solicitó en la empresa eléctrica el correspondiente suministro. El propietario puede negarse a arrendar la casa; los organismos representativos de los servicios públicos tienen una obligación que, en determinadas condiciones, les impide rehusar la prestación solicitada.

⁵ Fleiner, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. española) 1933, p. 271.

⁶ Duguit habla de una "función social" que se impone a cada individuo. Dice: "Del mismo modo que el Derecho privado cesa de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona, y descansa ahora en la idea de una función social que se impone a cada individuo, el Derecho público no se funda ya en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino en la idea de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos" (*Les transformations du Droit public*, París 1913, pp. 50-54).

¿De dónde puede nacer ese derecho “previo”, esa exigencia de validez “anterior” a la relación concreta entre Administración y administrado? Hauriou habla de “una especie de posesión de estado”. Y añade que el “status” resulta, por lo general, de “la simple condición de *habitante* para el que reside en la circunscripción en que ha sido creado el servicio”.⁷ Tiene importancia el empleo del término “habitante”. Puede precisarse aclarando que el administrado, para serlo, para disfrutar de esa “posesión de estado”, no necesita adquirir la condición de *nacional*, no tiene necesidad del requisito de la *ciudadanía*.

Su relación con el servicio público y su condición de “habitante” o “vecino” de una determinada demarcación territorial es lo que hace surgir en él esa personalidad de administrado, como consecuencia —automática, podríamos decir— de su “contacto” con la Administración. El hecho puede compararse al “contacto” que se establece —en el sistema de una instalación de energía eléctrica— al accionar una llave o mover la palanca de un interruptor. La “energía jurídica” está siempre viva en el sistema del servicio, dispuesta a pasar al dominio del administrado en cuanto éste tome “contacto” con ella. Fleiner señala que basta con “el uso” para que el particular entre en la esfera de acción del servicio público.⁸

La solución estatutaria

Tales realidades y consideraciones nos están indicando con fuerza lógica bastante que la figura del administrado tiene alguna característica *especial* que nos impide catalogar al “alter” de la Administración pública como un sujeto de Derecho recluso puro y simplemente en el mundo privado. El citado tratadista Fritz Fleiner puntualiza la idea de esta forma: “Tanto la Administración pública como el ciudadano pueden ser titulares de derechos y deberes *públicos*, que en último término tienen su origen en la misma *relación de poder*”.⁹

⁷ *Ob. cit.*, p. 509, “A veces —explica Hauriou—, la adquisición de ese *status* exige ciertas condiciones positivas. Por ejemplo: el *status* especial de indigente supone un domicilio de socorro y la inscripción en una lista de asistencia”.

⁸ *Ob. cit.*, p. 272.

⁹ *Ob. cit.*, p. 133. Dice Fleiner en la misma obra: “Sería desconocer la importancia que para el Derecho público tienen todos los derechos individuales públicos si se creyera que tienen únicamente su raigambre en el interés individual de los ciudadanos. Los derechos individuales constitucionales no sólo representan derechos subjetivos de los

Más adelante, el propio autor ofrece un ejemplo que coincide con la tesis que estamos exponiendo. Se refiere a las empresas estatales reguladas por el derecho privado que, al contratar con los particulares las prestaciones a realizar, “pueden negarse libremente” a hacerlo con tal o cual persona, mientras que ello no ocurre con las empresas sometidas a un régimen estatutario de Derecho público.¹⁰

Insistimos: El hombre que busca una casa-habitación no tiene ningún derecho “previo” frente al dueño de un inmueble desocupado, ni siquiera cuando ese inmueble se anuncia en los periódicos o cuando hay colocado en el mismo edificio un letrero que dice: “Se alquila”. El propietario siempre puede rehusar. Es propia del mundo privado esa independencia recíproca, esa delimitación de lo que pertenece a cada uno, esa posibilidad de que los derechos e intereses de dos entidades jurídicas se encierren en círculos *separados*. En el servicio público, la situación es distinta. El administrado no está “fuera de la Administración. Sus círculos respectivos de derechos e intereses se encuentran —coinciden como en un terreno común— en zonas de intersección de mayor o menor tamaño. De ahí nace la singularidad del administrado como sujeto de Derecho y el carácter especial de su acción dentro del sistema administrativo. Pero sobre esta idea del “particular” *ajeno o no* al mundo de la Administración pública hemos de volver en la segunda parte de este estudio.

Sayagués Laso menciona en su *Tratado* algunas de las “múltiples soluciones que consagra el derecho positivo o admiten pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia” y que “no encuentran solución lógica sino con el criterio estatutario”.¹¹ Por ejemplo: el derecho de los particulares a exi-

particulares, sino que su contenido forma simultáneamente parte del orden jurídico del país, representa un elemento de su concepción del Estado”, pp. 144-145.

En su “teoría dei diritti pubblici subbjetivi”, Santi Romano emplea el término “derechos casi públicos”. El autor justifica ese término apoyándose, entre otras razones, en la siguiente frase de Orlando: “Que la moderna evolución del Derecho ha roto el antiguo riguroso límite entre el “ius publicum” y el “ius privatum”, por el cual no se concebía una relación jurídica que no fuera dependiente pura y simplemente o de la soberanía del Estado o dirigida a la “singulorum utilitas”. Es característica del Derecho moderno, y especialmente en el ámbito de la Ciencia administrativa, ir creando relaciones “sui generis” que participan de uno y de otro de los dos antiguos tipos clásicos de relaciones” (V. E. Orlando, *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze 1921).

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 271.

¹¹ Ello “no excluye, como es natural, la posibilidad de que el legislador, a texto expreso, para determinado servicio, consagre la tesis contractual. Siempre, claro está, que el régimen de funcionamiento del servicio realmente admita la noción de contra-

gir las prestaciones previstas; la fijación unilateral de las condiciones de funcionamiento del servicio;¹² la posibilidad de modificar la organización del servicio en todo momento; el tratamiento de los usuarios en igualdad de condiciones, etc. “Todas estas soluciones —añade el maestro uruguayo— son inconciliables con la idea del contrato”¹³

Individualidad objetiva y personalidad subjetiva

Ayuda a comprender la situación *especial* del administrado, la doctrina de Hauriou sobre la “individualidad objetiva” y la “personalidad subjetiva”.¹⁴ Ambas existen como ingredientes diferenciables en la figura del “particular público”.

A) Por la primera, el administrado aparece como *vehículo* de una diversidad de fenómenos jurídicos (objetivos) que tienen realización a través de la relación jurídico-administrativa. Esos fenómenos corresponden al siguiente cuadro: I—Las obligaciones (objetivas) no tienen más que una manera de ser cumplidas: la señalada por las normas que las imponen. Del mismo modo, su incumplimiento hace incurrir al administrado en una responsabilidad que tiene como contrapartida la *sanción* (garantía propia del derecho objetivo). II—En el caso de las exigencias objetivas, el administrado no usa de derechos propios, plenamente incorporados a su patrimonio jurídico. Sus derechos nacen y viven, en todo o en parte, pendientes de la norma que los crea, y cesan, total o parcialmente, cuando la norma deja de ser tal o cuando su contenido cambia. El administrado es beneficiario de esos derechos, pero no son suyos, no están vinculados a su personalidad. Es su “individualidad objetiva” la que está en juego; y a ella permanecen adheridos esos derechos mientras vive la norma creadora.

B) La *personalidad subjetiva*, en cambio, es el yo del sujeto, lo interno de su ser jurídico, su voluntad, su capacidad, su “ánima” actuante. Todo lo

to. Pero estas hipótesis son excepciones a la regla de principio”. E. Sayagués, *ob. cit.*, pp. 76-77).

¹² Nota de Sayagués: “El servicio está organizado, y las condiciones para suministrar las prestaciones, determinadas en todos sus detalles, antes de conocerse quién será el usuario. No puede hablarse de contrato, pues hasta una de las partes es desconocida”, p. 77.

¹³ En otra nota, insiste Sayagués Laso: “Hay régimen estatutario y no contrato, incluso en los casos en que el servicio se presta en forma continua, permanente, y el usuario adquiere calidad de abonado”, p. 77.

¹⁴ *Précis de Droit Administratif*, 11a. ed., 1927, pp. 239 y ss.

cual hace del sujeto de la relación un ente dotado de derechos y obligaciones que le pertenecen como cosa propia. El administrado tiene obligaciones *subjetivas*. Para su nacimiento ha sido necesaria la voluntad expresa o tácita del sujeto particular en su relación con la Administración y en consideración a los servicios públicos. Se cumplen mediante la prestación voluntaria del deber contraído. Su incumplimiento no da origen a una “sanción” propiamente dicha, sino a las “acciones” que la Administración puede usar contra el administrado. También existen los derechos *subjetivos* del administrado. Son derechos propios, incorporados a su patrimonio jurídico, en los que la *voluntad* desempeña papel preponderante para que surjan o para que tengan efectividad. Esos derechos no dejan de estar más o menos condicionados por la norma —sea en su nacimiento, sea en su eficacia—, pero no dependen para su existencia de la existencia de la norma, sino que son *del* sujeto, es decir: de su personalidad subjetiva.

Protección de intereses

Es una nota característica del mundo administrativo la protección jurídica de los “intereses”. Lo que supone la diferenciación entre intereses y derechos subjetivos propiamente dichos. El tema invita a detenerse en un análisis de la idea de “interés” y de su contenido real.

En su profundo y minucioso estudio titulado “El acto administrativo”¹⁵ —prologado con admiración por Maurice Hauriou—, desarrolla mi antiguo maestro de la Universidad de Murcia, don Recaredo Fernández de Velasco, el concepto de *situación jurídica*. Lo hace a propósito de su definición del acto administrativo, que el autor formula como “declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir *situaciones jurídicas subjetivas*”.¹⁶ Estas situaciones son derechos que no disponen del instrumento procesal de la “acción”, derechos imperfectos por distintos motivos, que no pueden hacerse valer jurisdiccionalmente, pero que de alguna manera están *protegidos*.

Otto Mayer define el derecho individual (subjetivo) como “un interés del individuo garantizado jurídicamente, es decir: garantizado por las ins-

¹⁵ Fernández de Velasco, Recaredo. *El acto administrativo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1929.

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 15. El profesor Sayagués Laso coincide con esta idea al explicar su propia definición: “Con frecuencia —dice— el acto administrativo crea, modifica o extingue derechos subjetivos; sin embargo, esto no es un elemento esencial del acto, pues los hay que producen efectos jurídicos subjetivos distintos”, *Tratado*, p. 390.

tituciones del poder público". Y añade el tratadista alemán: "Pero no todo interés garantizado constituye un derecho individual (subjetivo). Esta garantía puede no ser otra cosa que el reflejo del orden general que nos rodea. El círculo se estrecha gradualmente alrededor de la persona. Al cabo se llega a un círculo determinado de intereses sometidos a su propio poder jurídico".¹⁷ Esto último constituye lo que únicamente se llama —en Derecho Civil— derecho subjetivo.¹⁸

Para Hauriou y De Bezin es "un hábito civilista no conceder valor jurídico más que a los derechos adquiridos. El derecho —añade— precisa habituarse a apreciaciones más matizadas; en beneficio de los administrados y contra la Administración existen situaciones ventajosas que no se revelan como derechos adquiridos y que, sin embargo, tienen un valor: éstas han sido denominadas derechos reflejos. Es preferible llamarlas intereses legítimos".¹⁹

Interés y contenido ético

La idea de interés escapa a la demarcación jurídica. Su contenido es económico o ético. Tiene importancia señalar esa doble amplitud. Porque el interés no se reduce a los valores económicos, sino que "se mide en vista del *deseo*"²⁰ y responde a una necesidad, que es mucho más que utilidad o conveniencia, y no se basa en una noción exclusivamente de bienes o riquezas. "La palabra interés —escribe Fernández de Velasco— amplía espiritualmente el contenido jurídico, que no solamente es económico, sino también ético. Y dentro de ella se hace alusión a todo lo deseado por las personas jurídicas, individuales y colectivas, con respecto a sí mismas, a la existencia y actuación de sus energías físicas y morales; a las condiciones de la propia

¹⁷ Mayer, Otto. *Le Droit administratif allemand* (trad. francesa), París 1903-1906.

¹⁸ Fernández de Velasco no reconoce la oposición entre derecho subjetivo y derecho reflejo, ya que a su juicio "pueden darse derechos reflejos subjetivos o derechos subjetivos protegidos objetivamente por una norma refleja" (*ob. cit.*, p. 33, nota).

¹⁹ En la "Revue trimestrielle de Droit Civil", t. XII: *La déclaration de volonté dans le Droit administratif*.

²⁰ "La palabra interés no hace relación a la idea de fin, utilidad ni, por consiguiente, a la de medio, bienes, riquezas, aunque el interés puede surgir en consideración a la idea final de utilidad y a la medial de bienes y riquezas. El interés se mide en vista del *deseo*; respondiendo a la idea de necesidad, el interés se amplía y toma la forma económica de utilidad, una relación de conveniencia, ophélimité (denominación de Pareto, "Curso de Economía Política")", *ob. cit.*, pp. 273-274. Esta noción la relacionamos con el "factor humano", de que hablaremos más adelante.

existencia, vida, integridad física y moral, libertad, honor; determinaciones de la propia personalidad, apellidos, títulos, nombres comerciales, intereses todos que, de hallar una protección jurídica, será en normas de derecho privado, que, a su vez, por ser también interés, se reconducen al derecho público, en el cual encuentran un maximum de garantía".²¹

Es curioso observar que también, en sus *Instituciones*, habla Fleiner del *deseo*²² de un particular de ser admitido en el establecimiento que presta un servicio público, añadiendo que ese deseo "puede tener la categoría de derecho subjetivo, o bien presentarse bajo la forma de una acción general para la ejecución de una ley".²³ También habla el mismo autor, en otro lugar, de las *aspiraciones* del ciudadano, que "están protegidas meramente por la acción popular".²⁴

Tales nociones de deseo, interés, contenido ético, protección de necesidades, etc., nos sitúan en un mundo de valores que, como antes decimos, escapan a la demarcación jurídica²⁵ y resaltan la importancia del papel del administrado (como *actor* fundamental) en el terreno de los servicios públicos. Ese papel no puede medirse tan sólo por el alcance de sus medios estrictamente jurídicos, sino por lo que representa como factor humano y social, condicionante, desde luego, de la naturaleza y del contenido del servicio mismo.

²¹ *Ob. cit.*, pp. 274-275.

²² He planteado en mi libro *Solidarismo* el problema del valor ético y social de los derechos que el Estado y la Ley atribuyen o reconocen a los individuos. "Son esos derechos precisamente los que hacen posible que el camino teórico trazado en la Ley se convierta en la ruta práctica que conduce a la realización de los deseos del hombre" (*Solidarismo*, Impresora Oriente, S. A., Santiago de Cuba, 1954, p. 156).

²³ *Ob. cit.*, p. 270.

²⁴ *Ob. cit.*, p. 140. "No es fácil distinguir —dice— el derecho meramente objetivo de las normas que originan derechos subjetivos. Para obtener un punto de partida, se ha querido considerar como carácter decisivo la mayor protección jurídica de que el derecho subjetivo está dotado, en contraposición con aquellas *aspiraciones* del ciudadano que están protegidas meramente por la acción popular para instar la ejecución de la ley. Este criterio es erróneo".

²⁵ "El interés —escribe Fernández de Velasco— es un concepto extrajurídico; económico o ético. Pero como el interés guía a la voluntad, o la voluntad persigue el interés, y como el derecho regula y limita la voluntad, resulta: 1º—el interés es el contenido del derecho; 2º—los derechos no son el objeto de la voluntad, sino su condición (*Ihering*, "Espíritu del Derecho Romano"); 3º—el derecho es un concepto más reducido que el interés, en cuanto que todo derecho garantiza un interés, pero no todo interés, encuentra un derecho protector" (*ob. cit.*, p. 273).

Lo administrativo

Hemos de volver sobre esta idea del “factor humano”. Ahora, nos parece oportuno insistir en que todas esas acciones, responsabilidades, deberes e intereses tienen su marco en las reglas del Derecho público. Los actos del administrado —considerados en su apariencia exterior o en su contorno práctico— podrán confundirse con otras expresiones de la vida privada, pero no son “privados” en su dimensión jurídica ni tampoco si nos atenemos a su contenido “social”. Los pasos del administrado —desde que un hombre físico o una entidad plural adquiere esa condición al entrar en una relación jurídica con el Poder administrativo— se dan siempre —siguiendo una línea o marcando una huella— en el terreno del Derecho público. Lo mismo cuando solicita la prestación de un servicio que cuando reclama frente a un acto de la Administración.

Existen jurisdicciones especiales administrativas o contencioso-administrativas. Las leyes de lo contencioso —en varios países— hablan de “derechos administrativos” para calificar los del administrado demandante, y para distinguirlos de los “derechos civiles”.²⁶

Hauriou no deja ningún espacio a la duda. En su citado libro, encontramos todavía una afirmación sobre la “especialidad” del orden jurídico administrativo, en cuyo concepto no deben introducirse confusiones derivadas de una superficial asimilación a las instituciones civiles. Dice Hauriou: “Desde el momento en que los derechos de potencia pública rebasan los derechos privados por los efectos exorbitantes que entrañan, es claro que las reglas de derecho privado —y especialmente las del Derecho Civil— no pueden aplicarse de plano, puesto que esas reglas están hechas a la medida de los derechos privados. Hay que huir de las tentativas de asimilación entre las operaciones de potencia pública y las operaciones privadas. Incluso para las situaciones de gestión que se acercan a las situaciones contractuales, hay que evitar la asimilación con los contratos ordinarios. Para los derechos de potencia pública, que son especiales, se necesitan reglas especiales que son la substancia propia del derecho administrativo, extraídas sea de la legalidad y de los principios fundamentales, sea de la

²⁶ En España, el artículo 1º de la Ley de lo contencioso-administrativo señala que “el recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción” podrá interponerse cuando la resolución impugnada “vulnere un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo”.

naturaleza misma del comercio jurídico especial que se establece en la gestión pública".²⁷

Entendemos que no se trata de diferencias determinadas exclusivamente por la naturaleza de la Administración y sólo en lo que a ella concierne. El concepto de "lo administrativo" engloba la totalidad del sistema y tiene repercusiones sobre cada uno de los elementos que lo integran, incluyendo la figura de un "particular" que no vive recluso en el mundo privado, que no se encuentra en las mismas condiciones que cuando actúa frente a otro particular, sino que es titular de las ventajas y de las cargas del servicio, de cuyo hecho derivan en relación con él obligaciones y exigencias de una naturaleza jurídica también especial. Recordemos en este punto la idea de Fleiner anteriormente citada: "Tanto la Administración pública como el ciudadano pueden ser titulares de derechos y deberes públicos que en último término tienen su origen en la misma *relación de poder*".

Los poderes y sus límites

Cierta confusión puede traer entonces a la mente la simple lectura de estas palabras de Hauriou: "El administrado no tiene, en principio, poder individual alguno sobre la Administración en la esfera de la vida pública".²⁸ Pero una vez más encontramos en el propio texto del autor la precisión de sus ideas. Hauriou no niega el "poder" del administrado; le señala límites y condiciones. Habla, por ejemplo, de las "situaciones adquiridas". El administrado puede reclamar administrativamente o interponer recursos por exceso de poder contra los actos administrativos que tienden a modificar esas situaciones. El principio formulado "no quiere decir que los administrados no estén, frente a los servicios públicos, en cierta situación jurídica, y que estén desprovistos de toda especie de medios de acción".²⁹ Son palabras de Hauriou mismo, quien puntualiza de esta manera el límite que a su juicio existe: los administrados "no pueden reclamar los servicios que no estén todavía organizados". En cambio —aclara—. "frente a los servicios

²⁷ *Ob. cit.*, pp. 503-504, edición 1911.

²⁸ La clave de esta idea de Hauriou es salvaguardar la "iniciativa" de la Administración en la creación de los servicios. Para el autor, esa es la primera consecuencia de los poderes de dominación que participan de la soberanía. Más adelante (en el tercer capítulo) analizamos con más amplitud la tesis del maestro francés (especialmente bajo los epígrafes: "Los administrados frente al servicio" y "Servicios e integración política").

²⁹ *Ob. cit.*, p. 509.

ya organizados se encuentran en una situación que es jurídica y tienen a su disposición medios contenciosos". Están, pues, en condiciones de beneficiar de los servicios que *ya funcionan* y tienen respecto a ellos "sea un interés legítimo, sea un derecho de naturaleza administrativa: 1º a conservar dicha situación; 2º a recabar los beneficios individuales que de ella derivan". Hauriou enumera, para terminar, las tres especies de recursos contenciosos que pueden nacer de otras tantas hipótesis.³⁰

Nadie puede exigir de la Administración —según esta tesis— prestaciones que ella misma, por su propia iniciativa, no haya asumido previamente. "La potencia pública es dueña de sus iniciativas". Ni el administrado, ni el juez —ni siquiera el juez administrativo—, nadie puede forzarla a actuar. El administrado carece de "todo derecho de imposición". Puede gozar de "los servicios que se organizan" o de "las decisiones que se adoptan", tiene derecho a reclamar cuando se trata de "situaciones adquiridas"; pero no tiene ningún poder individual para hacer que la Administración ponga en marcha un servicio que todavía no está creado.

Dos ejemplos ilustran la doctrina. A) El indigente puede llegar a adquirir "cierto status", pero no tiene ningún poder para hacer organizar efectivamente el servicio de asistencia ni para hacerse otorgar efectivamente ningún socorro. Será socorrido cuando el servicio funcione, porque tiene el *status* necesario, pero el servicio funcionará cuando la Administración lo juzgue oportuno y lo decida por su propia iniciativa, de la que es dueña absoluta. B) El ciudadano puede adquirir un *status* electoral, puede reclamar su inscripción en las listas electorales cuando el procedimiento correspondiente se pone en marcha; pero si la Administración no lo pone en marcha, el ciudadano no puede exigirle que lo haga, y, por otro lado, una vez inscrito, sólo votará si la Administración lo convoca para una elección.³¹

El principio formulado por Hauriou es afirmativo, en realidad. Aunque ya veremos que en una dimensión "constitucional" de la vida administrativa, los poderes del administrado, incluyendo sus poderes jurídicos, van indiscutiblemente mucho más lejos.

³⁰ *Ob. cit.*, pp. 509-510.

³¹ *Ob. cit.*, pp. 377-378. Insistiendo sobre esta tesis relacionada con la "iniciativa" (de que hemos hablado en la nota 28), agrega Hauriou: "Lo mismo sucede en todas las empresas de la Administración. Se le puede solicitar que asuma un servicio, pero no está obligada a atender esas solicitudes o esas gestiones, ni para organizar un servicio público nuevo, ni para hacer una expropiación, ni para construir una obra pública", p. 378.

El papel del administrado

El *fin* de la relación jurídica determina que cambien los “contenidos” de las funciones y de los intereses que las distintas relaciones canalizan. Los derechos y deberes del administrado tienen entonces un relieve jurídico que no puede confundirse con el de los derechos y deberes que nacen de las relaciones civiles, mercantiles, industriales, etc. Uno de los aspectos determinantes de esa distinción es el *papel* del administrado en su condición de “partner” del Poder administrativo. Con ese carácter, y en *constante* juego jurídico, el administrado contribuye a dar vida al sistema de los servicios públicos; interviene *con su fuerza creadora*; hace valer sus derechos, intereses y necesidades; sostiene el servicio con la participación en sus cargas, y se beneficia de sus prestaciones.

La Administración no es el todo en el sistema administrativo, ni tiene toda la fuerza jurídica, ni excluye la función activa, la influencia valiosa, la presencia hacedora y cooperadora del “otro” sujeto de la relación. El administrado es ese “público” para el que existen, directa o indirectamente, los servicios públicos. Pero no es tan sólo el “objeto” de la actividad administrativa. También participa en esa actividad como protagonista —como actor fundamental, dijimos antes—, y su acción *constituye uno de los fenómenos* jurídicos y sociales de mayor colorido e importancia en el mundo moderno de los servicios.

En una de las dimensiones de su hacer jurídico, el administrado se *transforma* —como más adelante veremos— en “colaborador” de la gestión pública. Igualmente hemos de destacar— y de ahí el subtítulo de este trabajo— la figura del administrado como “integrante” del Poder administrativo, como sujeto de Derecho Constitucional. Pero en una visión global, en términos generales, nuestro personaje no se reduce al modesto papel de “usuario”, debe ser reconocido y considerado adecuadamente como una fuerza —como una potencia social y jurídica— en la esfera misma de la Administración.

No sólo puede reclamar, no sólo tiene poder para lograr la nulidad, la anulación o la reforma de un *acto administrativo*, a través de un *proceso* de tipo judicial. Es también un factor, directo o indirecto, en el *origen* de esos *propios* actos. La iniciativa —de acuerdo con la doctrina francesa es un privilegio de la potencia pública. Pero los servicios no son pura y simplemente una emanación del Estado, sino —como he dicho en otros

de mis trabajos— “una creación directa de la potencia de los hechos”.³² El administrado tiene ahí, en la práctica, en ese mundo de los “hechos”, una participación indiscutiblemente fecunda.

Aun admitiendo la tesis tradicional, aun aceptando que la iniciativa “legal” no le pertenece, aun reconociendo que el administrado “carece de todo derecho de imposición”; dejando aparte el mundo de los hechos de que acabamos de hablar; podemos decir que hay un *derecho* que le confiere su boletín de voto en las elecciones de las que surgen las organizaciones administrativas. Hauriou lo menciona precisamente, aunque rebajando la medida de su eficacia. Del mismo modo que, en otro lugar, habla el maestro francés de las “gestiones” que le están permitidas al administrado para obtener la creación de un servicio.

En dos ocasiones, muy separadas una de otra, encontramos esas dos ventanas —aunque estrechas— por las que parece que Hauriou deja entrar al particular simple en el foro privilegiado de la vida pública. Hauriou reconoce —aunque limitándola, y sin ningún optimismo— esa capacidad jurídica y social del “alter” de la Administración. Cuando asegura que el administrado “carece de todo derecho de imposición”, añade el antiguo Profesor de Toulouse: “a no ser el muy indirecto que le confiere su boletín de voto en las elecciones de las que surgen las organizaciones administrativas”.³³ Y cuando dice que los particulares “no pueden reclamar los servicios que no están todavía organizados”, agrega que “para obtener la creación de esos servicios no tiene a su disposición otro medio que las gestiones políticas o administrativas”.³⁴

Es una edición de 1911. Hace medio siglo exactamente. Desde entonces se han ampliado extraordinariamente las vías para esas “gestiones” de que habla Hauriou, y en cuanto al “boletín de voto” lo interpretamos como una referencia a la potestad del ciudadano que en una democracia moderna no se ejerce tan sólo con ocasión de las operaciones electorales, sino que prácticamente se emplea cada día de múltiples maneras y por conductos muy diversos.

El sufragio —escribí en mi libro *Solidarismo*³⁵ —no debe ser un ac-

³² En *Administración y “Self-Government”*, Santiago de Cuba 1954, pp. 31-32.

³³ *Ob. cit.*, p. 377.

³⁴ *Ob. cit.*, p. 509. Para más completo análisis remitimos al lector a la parte final de este estudio.

³⁵ Debe hallarse “la más perfecta adecuación posible entre lo que el sufragio expresa y lo que el pueblo desea. Fórmula que no puede ser de ninguna manera, ni una operación absolutamente unilateral —en sentido único, sin regreso de ninguna

to aislado, único, que se realiza cada cierto número de años sin conexión alguna “con otras formas de participación del pueblo en la dirección política del país”. El ciudadano actúa “de muy diversas maneras y no sólo como elector”. Actúa “en la prensa, en los sindicatos, en las asociaciones culturales, económicas y profesionales, en la Radio y en los mítines, en las protestas y en las peticiones”. El ciudadano actúa “en los Partidos políticos a través de sus congresos, asambleas, comunicados y manifiestos”. El número de “sociedades parciales”³⁶ en que el individuo se apoya y que viven dentro del Estado es cada vez mayor, y su importancia, cada día más grande. El pueblo tiene muchos medios de decir al Gobierno lo que piensa, sin esperar la hora de las urnas.³⁷

Es bastante para que se comprenda la fuerza efectiva de los hechos —y de las “gestiones”— en que el administrado puede participar directamente. Queremos creer que Hauriou, al escoger —en los párrafos que más arriba hemos citado— el ejemplo de los *indigentes*, no pretendió introducir, con ironía pesimista, una imagen simbólica del papel que a su juicio correspondería a los particulares en el campo de los servicios y en el dominio de la Administración.

Otros aspectos de técnica jurídica

El administrado es, pues, titular de ventajas y cargas. Y tiene la doble condición de sujeto *pasivo* y *activo* de la relación jurídico-administrativa. De ella nacen obligaciones y exigencias. Las obligaciones pueden ser (también los derechos) de dos clases: “objetivas”, que no dependen de la voluntad del sujeto, y “subjetivas”, cuyo origen está en esa voluntad “y *por ello* —como puntualiza Cuevas—³⁸ queda comprometido a su cumplimiento”. Tanto en las obligaciones como en los derechos encontramos esa diferenciación que anteriormente señalábamos (siguiendo la doctrina de Hauriou) entre “individualidad objetiva” y “personalidad subjetiva”.

especie—, por medio de la cual el sufragio transmite unos nombres y un color a los órganos de la representación democrática: ni tampoco un acto aislado, único, que se realiza cada cierto número de años, sin conexión alguna —por lo menos orgánica— con otras formas de participación del pueblo en la dirección política del país”, pp. 136.

³⁶ Según la terminología de Rousseau.

³⁷ “Por su parte, el Gobierno procura estar en contacto, y puede estarlo siempre que lo desee, con los factores más sensibles y fieles de la opinión nacional” (de mi libro *Solidarismo*, p. 137).

³⁸ Del citado estudio: “La teoría jurídica del administrado”.

*El campo de las obligaciones objetivas es en el Derecho público el más amplio. Y en su efectividad conviene distinguir dos supuestos: el de su cumplimiento y el de su incumplimiento. El administrado realiza, en el primer supuesto, las omisiones y acciones a que le obligan las leyes, reglamentos y otras normas, como: pago de impuestos, servicio militar, cargas públicas, etc. Por ser objetivas, esas obligaciones no tienen más que una manera de ser cumplidas: la señalada por la regla de Derecho que las impone. En caso de incumplimiento, el administrado incurre en la "sanción" de que hablábamos en otro lugar; sanción que puede recaer sobre su persona o sus bienes: detención, multa, corrección, recargo, etc. La sanción es el sustituto objetivo del cumplimiento normal de la obligación impuesta, sin perjuicio de procurar que "la efectividad del contenido de la obligación, si es posible realizarlo, no se frustre".*³⁹

Ya dijimos que el incumplimiento de las obligaciones subjetivas no da origen a una "sanción" propiamente dicha, sino a las acciones que la Administración utiliza y que pueden ser: o las acciones ordinarias y comunes a cualquier derecho, o las típicas de Derecho público, sobre todo: las exorbitantes propias de la Administración, con o la acción directa, declaración de caducidad, negación de prestación, etc., que abren al administrado la posibilidad de diferentes recursos.⁴⁰

En cuanto sujeto *activo*, el administrado es el beneficiario mediato o inmediato de las prestaciones, garantías, etc., que los servicios implican. Es el titular de intereses y de derechos específicos llamados "administrativos". Esa posición activa del administrado tiene dos modalidades que se concretan en el tipo de exigencias de que puede hacer uso. Estas son: objetivas y subjetivas. En el primer caso, los autores hablan de "intereses jurídicos" más que de derechos propios del sujeto. Tales exigencias son las más frecuentes en Derecho Administrativo y constituyen el núcleo básico de la juricidad activa del administrado, formando parte de la situación jurídica o relación objetiva a que da ocasión el servicio público.⁴¹

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Tienen singular interés la monografía de Fernández de Velasco sobre "La acción popular en el Derecho Administrativo" (Editorial Reus, Madrid 1928) y el estudio de Álvarez Gendín titulado "Acción popular y recursos administrativos contra los actos de la Administración local" ("Revista de Administración Pública", nº 11, mayo-agosto 1953, Madrid, pp. 221-267).

⁴¹ La Ley española de Régimen Local admite un "recurso contencioso-administrativo" "de anulación, por incompetencia, vicio de forma o cualquier otra violación de leyes o disposiciones administrativas, siempre que el recurrente tenga un *interés directo* en el asunto". Jesús González Pérez observa entre otras importantes innovaciones de

Los expresados “intereses jurídicos” se manifiestan como ejercicio o como acción. Dice Cuevas: “El ejercicio en el interés jurídico, que se concreta en efectividad y simple reclamación, consiste en la prestación, garantía, etc. en que el interés objetivo referido al servicio público aparece. De la naturaleza de este ejercicio surgen dos tipos de intereses o derechos objetivos aprovechables por el sujeto administrado, a saber: el mero derecho reflejo, depurado su concepto con la separación del tipo que sigue, que sólo existe en la norma y se refleja en el sujeto mientras en aquélla está, y desaparece con ella sin dejar rastro jurídico alguno, como la utilización genérica y gratuita de las cosas de uso público, y el que, junto a este tipo absolutamente objetivo existe, menos radical en las consecuencias objetivas, por tener —no directa ni inmediatamente— derivaciones subjetivas, que son los derechos o intereses subjetivados, que en sí no se incorporan al sujeto y quedan pendientes de la norma, pero sí se incorporan sus derivaciones, que crean pretensiones subjetivas, como ocurre con los aprovechamientos especiales en las cosas de dominio público”.⁴²

A falta de efectividad, aparece como protección o sustitución de aquélla la *acción objetiva* del administrado frente a la Administración. Estas acciones tienen dos formas que son corrientes en Derecho Administrativo: acciones en recurso, que comprenden todos los recursos administrativos objetivos (abuso de poder, desviación de poder, etc.) con acción singular o colectiva, limitada o popular, y acciones en responsabilidad de carácter objetivo, tanto frente a la Administración como contra sus órganos, que pueden abarcar desde las sanciones penales hasta las de tipo pecuniario.

Los derechos *subjetivos* del administrado son: o derechos consustanciales al sujeto, que no necesitan ni siquiera reconocimiento legal, como los *derechos administrativos de libertad o de vida*; o *derechos reconocidos* por la norma (de tal modo, que sin ese reconocimiento condicionante no tienen efectividad), como la participación electoral o los derivados de actos subjetivos creadores de derechos subjetivos. Existe también en este orden de derechos una *acción*, protectora de los mismos. Las acciones subjetivas

dicha Ley que, al exigirse que el demandante “tenga un interés directo en el asunto”, se ha suprimido la frase que figuraba en la Ley de 1935 de que no era necesario que la invocación se sometiera a prueba, “precepto este último —dice el profesor de Madrid— que fue censurado por la doctrina, ya que el bastar la invocación del interés suponía una amenaza para la marcha de la Administración, molestándola con recursos sin fundamento; de aquí que la innovación haya sido elogiada” (*La pretensión procesal administrativa*, Revista de Administración Pública, nº 12, septiembre-diciembre 1953, pp. 77-128).

⁴² Cuevas, estudio citado.

—como las anteriores— tienen dos formas: acciones en recurso, que van dirigidas contra la violación de los derechos subjetivos por los actos de la Administración, atacando el acto mismo (recursos contenciosos subjetivos); y acciones en responsabilidad contra la Administración o sus órganos, en cuyo caso, más que contra el acto mismo, se reclama contra las consecuencias subjetivas del acto, pidiendo la reparación que proceda, mediante el contencioso de indemnización.⁴³

Los instrumentos jurídicos y la vida real

La teoría del Derecho y el Derecho positivo sustituyen las realidades por símbolos, formando una especie de *álgebra jurídica* en cuyo estudio nunca se debe perder de vista que, detrás de las instituciones, hay un mundo de hechos y de hombres que animan en la vida real las hipótesis encerradas en la doctrina y en los fríos preceptos de la ley. Por ejemplo: detrás del recurso por desviación de poder está el propósito de controlar —en el ejercicio de la función administrativa— la obediencia a la noción de utilidad pública y al fin del servicio.⁴⁴ Está el propósito de lograr que

⁴³ “El primer tipo de recurso contencioso-administrativo admitido en las legislaciones fue el de “plena jurisdicción” (escribe Jesús González Pérez, artículo citado en nota 41). “Únicamente se admitió la impugnación de los actos administrativos cuando éstos lesionaban derechos subjetivos de los particulares; la finalidad del recurso era reparar o restaurar el derecho vulnerado. Y como los órganos creados para que conocieran y decidieran acerca de tales recursos podían hacer cuantas declaraciones exigiera la reparación o restauración del derecho, “desde la posibilidad de anular o confirmar el acto administrativo base del pleito hasta la condena de la persona administrativa a pagar una indemnización por los daños causados”, se habló de la existencia de un recurso de plena jurisdicción”.

Luego agrega el profesor de Madrid que “en consecuencia, dentro de nuestro Derecho Procesal administrativo existen dos tipos de recurso subjetivo: el recurso subjetivo de anulación y el recurso subjetivo de plena jurisdicción”, pp. 94-95.

⁴⁴ “En cuanto al Derecho administrativo, es de observar una condición específica: que está impregnado de finalidades mucho más que el Derecho privado. Es clásico el principio de que el Derecho administrativo está dominado por la idea de utilidad pública, y que esta noción, en sus diversas ramificaciones, es a la vez la razón y la medida de los poderes y de los derechos de las autoridades administrativas. La noción de utilidad pública es la base del procedimiento de la expropiación forzosa, es también la base de la teoría del dominio público —que es un régimen especial de las cosas en razón a su afectación a la utilidad pública—, es, en fin, la noción que inspira las medidas de policía tomadas por las autoridades administrativas. La existencia del recurso por “*détournement de pouvoir*” no es sino un medio inventado por el Consejo de

las facultades jurídicas respondan siempre “a un motivo adecuado a su espíritu y a su misión”, como escribe Josserand, situándose no ya en el terreno de la Administración Pública, sino en otro mucho más amplio, hablando de la noción civilista del *abuso del derecho*.⁴⁵

El recurso por “*detournement de pouvoir*” atiende —dice Hauriou— “a los móviles que determinaron al administrador a usar de su poder del modo que lo hizo”.⁴⁶ Se trata de establecer, no un cualquier procedimiento técnico, sino un sistema que garantice que los *finés* del servicio público van a ser alcanzados. Y esos “finés” tienen, desde luego, dimensiones prácticas; se miden al nivel de los hechos y de los hombres.

Hauriou se ha referido también a las “directivas morales” de la Administración; directivas “internas” elaboradas por la Jerarquía mediante la práctica diaria de los asuntos. La virtualidad de los actos jurídicos —expresa el autor— no deriva solamente del hecho de conformarse a la regla jurídica, sino de la “moralidad interna” de los propios actos. La regla de Derecho sólo representa para ellos un “límite exterior”. De otro modo —pregunta Hauriou—, “¿cómo podría progresar el Derecho? No son las reglas objetivas las que pueden crear cosa nueva. En todas las manifestaciones de la vida, la creación de lo nuevo es obra de la invención subjetiva, y en la esfera del Derecho toca hacerlo a la invención de los actos morales dotados de un poder consentido”.⁴⁷

El maestro francés concluye con esta declaración estimulante: “Ya que la escuela de la regla de Derecho ha adoptado el partido de negar la misión jurídica del poder y de sus actos, bueno será ver con el ejemplo del Derecho Administrativo, cómo esa negación representa un reto temerario a la historia del Derecho y, por consiguiente, a la misma realidad”.

Estado francés para controlar, en el ejercicio de la función administrativa, la obediencia a la noción de la utilidad pública y al fin del servicio” (en mi estudio “*Orientación para un curso de Derecho Administrativo*”, Murcia, 2a. edición 1935, p. 21).

⁴⁵ “Estamos obligados —dice Josserand— a poner nuestras facultades jurídicas al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y a su misión, pues, en caso contrario, más que ejercerlas lo que hacemos es abusar de ellas” (*De l'abus des droits*, París 1906). No se trata, por consiguiente, de una “colisión de derechos”, sino del daño causado a un *interés* en el ejercicio de un derecho objetivamente legal.

⁴⁶ En el prólogo al libro de Fernández de Velasco “El acto administrativo”, citado anteriormente, p. 9. Es interesante subrayar la existencia de garantías jurídicas cuya función no es simplemente proteger derechos o intereses subjetivos, sino “buscar la eficacia del servicio público”, como escribe Fernández de Velasco. Un ejemplo concreto es la acción popular. También: el recurso por exceso de poder y la idea de las “directivas morales” de que habla Hauriou.

⁴⁷ En el ya mencionado prólogo al libro de Fernández de Velasco, pp. 11-12.

La legislación española —para citar solamente un ejemplo— admite el recurso contencioso *objetivo* en la esfera local. Reconoce plenamente —como lo subraya Jesús González Pérez—⁴⁸ “La posibilidad de que un particular deduzca una pretensión procesal administrativa aun cuando únicamente alegue la existencia de un *interés directo* en el asunto y no un derecho subjetivo lesionado”.⁴⁹ Alvarez Gendín interpreta que ese interés “puede ser económico o moral, ya que la ley no circunscribe el ámbito del interés directo a que sea exclusivamente material”.⁵⁰ Luego añade el mismo autor —refiriéndose al recurso objetivo de nulidad (establecido en la Ley española de Régimen Local)— que “debe provocarse por un número amplio de personas para que adquiera el verdadero sentido de *acción popular*”. Aclarando a continuación: “Pero no por cualquier clase de personas, por-

⁴⁸ *Supra* nota 41. En la República Argentina, los recursos funcionan como recursos contencioso-administrativo subjetivos o de plena jurisdicción. Sólo pueden ser intentados por los titulares de derechos subjetivos lesionados, y no de intereses legítimos ni de meros intereses simples. La legislación de algunas Provincias (argentinas) acepta y regula el contencioso objetivo, de “ilegitimidad” o anulación.

⁴⁹ Estudio citado, p. 100. “El primer paso —sigue diciendo el autor— lo dio el Estatuto Municipal de 1924, al admitir la interposición del “recurso contencioso-administrativo” “por infracción de disposiciones administrativas con fuerza legal, cuya observancia pida cualquier vecino o Corporación, aunque no hayan sido agraviados individualmente en sus derechos” (art. 253, párrafo segundo, núm. 2º), precepto que fue calificado de “novedad importantísima en nuestro Derecho”. (La frase citada por González Pérez es de Antonio María de Mena, en “El Estatuto Municipal y la actuación de los Tribunales contencioso-administrativos”, 1927, p. 31). En la República Argentina, los actos dictados por la Administración Pública en uso de facultades discrecionales no son revisables; por vía de principio, lo único que existe es el llamado *control de razonabilidad*, cuyo fundamento normativo reside en el art. 28 de la Constitución Nacional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, ni tampoco por los actos administrativos que persigan el mismo fin. Opina el Ministro de la Corte Suprema Argentina Julio Oyhanarte Ferrando que “los Tribunales de justicia —por ejemplo, en materia de poder de policía— lo único que pueden hacer es juzgar acerca de la razonabilidad del acto de que se trate, lo que supone nada más que el examen de la proporcionalidad existente entre el medio empleado y el fin legal perseguido. Únicamente en caso de que aquél fuera manifiestamente irrazonable, por ser arbitrariamente inadecuado o no guardar una proporción racional con el objetivo propuesto, podría declararse su invalidez” (en su *Monografía* preparada a petición de la Secretaría de las Naciones Unidas para el “Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo”, Buenos Aires, agosto-septiembre 1959).

⁵⁰ *Supra* nota 40.

que entonces podrían estar perturbando constantemente la Administración".⁵¹ El límite es, pues, de conveniencia, de funcionalidad técnica, no de fondo.

La "acción popular", por consiguiente, está consagrada en la legislación. Y no por ser una novedad, una reforma todavía no generalizada, un paso adelante que ha requerido cierta audacia, no por eso puede catalogarse como uno de tantos fenómenos de excepción que no influyen en el carácter de lo comúnmente establecido. Al contrario, la acción popular está en *el camino del progreso normal del Derecho*, invocado tan elocuentemente por Hauriou. La misma forma lenta y cautelosa —pero siempre avanzando por los cauces nuevos— con que el Consejo de Estado francés ha elaborado las instituciones que han hecho doctrina en esta materia, demuestra el respeto a la realidad con que han ido creándose los necesarios instrumentos y la influencia directa e indiscutible de aquélla en la evolución de las instituciones jurídicas.⁵²

No es necesario añadir nada más para que sea fácil imaginarse —detrás de esos diversos instrumentos llamados *recursos objetivos*— la figura del administrado actuando en su dimensión más fecunda. La naturaleza misma de estos recursos nos hace ver que el "partner" de la Administración, no sólo dispone de derechos *especiales frente a* la organización de los servicios públicos, no sólo se mueve para realizar sus propios derechos o para *proteger sus intereses individuales*, sino que desarrolla una función calificada en tanto que miembro de la comunidad —y tomando en cierto modo la representación de ésta— para contribuir a que el servicio público cumpla su misión y alcance sus fines *en un sentido general*.⁵³

⁵¹ La observación coincide con el criterio expuesto por González Pérez, *supra* nota 41.

⁵² Surge la necesidad de una doctrina administrativa, "pero de una doctrina resultante, no tan sólo de la obra —lenta e incompleta— de la jurisprudencia, sino de un pensamiento político y jurídico al unísono con las *realidades* y con el franco impulso de la historia, y adecuado a la importancia y a la posición de las nuevas instituciones en el cuadro mismo de la arquitectura estatal... No es sólo un Derecho nuevo. Es mucho más: es el fenómeno de un Derecho que *se está haciendo*. "Espectáculo curioso para un historiador", como ha escrito Hauriou" (en mi citado libro *Administración y "self-government"*, pp. 19-20).

⁵³ El interés directo de que hemos hablado no es necesariamente individual. La acción popular, como lo señala Álvarez Gendín, es preferible que sea ejercida por "un número amplio de personas" (y "no por cualquier clase de personas"), lo que está indicando que la naturaleza del interés defendido rebasa el ámbito de lo "individual". El propio adjetivo con que se califica técnicamente dicha "acción" expresa con claridad su sentido.

En estas condiciones, el administrado aparece con todo su relieve, asumiendo en su más amplia medida el papel de "actor" a que hemos hecho referencia en párrafos anteriores, y situándose, desde luego, *dentro* del sistema de los servicios. No es de su derecho ni siquiera de su interés —considerado aisladamente— de lo que se trata, sino de "buscar la eficacia del servicio público", según la expresión de Fernández de Velasco en su singular y valioso estudio titulado "La acción popular en el Derecho Administrativo".⁵⁴

Ese sentido del papel del administrado es, por añadidura, el que más encaja en el concepto moderno del servicio público y de la relación jurídico-administrativa, que no es un asunto *privado* o de efectos individuales entre el particular y la Administración, sino un hecho *social* cuyo contenido se integra totalmente en el campo del Derecho público y en la concepción misma del Estado. "Por más que cada prestación satisface el interés individual de los ciudadanos —señala Fleiner—,⁵⁵ siempre mantiene su carácter de *parte de un resultado general*".

II.—EL ADMINISTRADO, "DENTRO" DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO

En un mismo mundo jurídico

Entre la Administración y el particular —que es su "alter"— no sólo existe una relación jurídica que, por su propia naturaleza, atrae al administrado a la órbita del Derecho público. Ambos también están *integrados* de manera real y práctica en el sistema del servicio administrativo. Lo que hace que se encuentren en el mismo mundo, en un mismo mundo jurídico y en una misma esfera de interacciones, de intereses y de fines.

Estamos respondiendo a la otra cuestión presentada al comienzo de este trabajo. Recogíamos una afirmación de Hauriou, según la cual la Administración y el administrado son dos potencias autónomas, cuya acción se ejerce en dos dominios *separados*. "La de la primera, en el dominio de la vida pública; la del segundo, en el de la vida privada". Y formulábamos de esta manera nuestro inicial planteamiento: "¿Existe realmente esa "separación" de la Administración y del administrado en dos esferas distintas? ¿No sería más exacto considerar al administrado con una función social y jurídica en *el terreno mismo* de la vida administrativa y no fuera de él?".

⁵⁴ *Supra* nota 40.

⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 145.

La palabra “particular”, utilizada como sinónimo de administrado, no debe inducir a confusión. Marca la distinta naturaleza —dentro de la relación jurídico-administrativa entre el sujeto “oficial” y el que no lo es. Pero al mismo tiempo, el “particular” que es protagonista en la escena del servicio público, aparece —como ya hemos visto— con una caracterización jurídica que lo distingue del personaje privado que actúa— en el campo del Derecho Civil —en negocios con otros personajes privados.

Por añadidura, el administrado no está nunca “fuera” de la Administración. No lo está ni siquiera cuando es sujeto “pasivo” en las relaciones con ella, cuando es un simple “usuario”, cuando es tan sólo ese “público” para el que existen y funcionan los servicios administrativos. Mucho menos en los casos en que el administrado es titular de exigencias y acciones derivadas de la regla del servicio, en defensa de intereses y aspiraciones cuya naturaleza sólo se puede comprender situándola *dentro* del sistema administrativo mismo.

Los derechos, responsabilidades y deberes que componen la figura característica del administrado están estrecha y directamente conectados con el *fin* propio de toda la estructura de la Administración, a la que este “particular público” pertenece. Como vimos al principio —de acuerdo con la acertada expresión de Miguel Cuevas— el administrado está “ligado objetiva o subjetivamente a los sujetos oficiales *para* algo de carácter público y *por* un enlace en que interviene más o menos inmediatamente el Poder público”.

Lo civil y lo administrativo

La técnica que todavía pudiéramos llamar “civilista” ha sido de gran ayuda en ciertas fases de la construcción del moderno Derecho Administrativo. Pero a la vez han sido muchas las ocasiones en que se ha recurrido innecesariamente al uso de esa técnica para elaborar, interpretar o explicar las instituciones típicamente administrativas, introduciendo con ello un elemento de confusión en este campo, y pagando con una cosecha de equívocos y oscuridades el fácil expediente de la asimilación o del traslado de conceptos de una materia a la otra.

La falta de claridad que a menudo encontramos en el desdibujado perfil de este fecundo personaje, que es pieza básica en la institución del servicio público, se debe en buena parte al peso de las preocupaciones civilistas, que conducen a recluir al “particular” administrativo en el mundo

privado, en lugar de considerarlo —con todas sus consecuencias jurídicas— como un valor de carácter propio enmarcado en la esfera de la Administración, con una figura y una función cuyos contornos escapan a los lineamientos tradicionales del Derecho común.

No pretendemos, sin embargo, levantar una barrera entre lo civil y lo administrativo.⁵⁶ Creemos —muy lejos de ello— que entre ambos sistemas del Derecho se está produciendo, cada día con más fuerza y con carácter más definido, un acercamiento notorio. Lo hemos afirmado en otros de nuestros trabajos, suscribiendo autorizadas opiniones al respecto. Algunos hablan de una reacción del Derecho Administrativo sobre el Derecho Civil, como contraste con una primera fase de elaboración científica en que el Derecho Privado sirvió de modelo al Derecho Administrativo. Encontramos esa idea, por ejemplo, en el Prólogo de Hauriou a una tesis titulada “Les délégations de matières en droit public”.⁵⁷ Es verdad que el Derecho Civil evoluciona, y que existe hoy —por citar un punto de interés— un amplio movimiento doctrinal que tiende a hacer entrar en las instituciones jurídico-privadas la noción del *fin*. En esa corriente teórica ha tenido precisamente su origen la moderna doctrina civilista del “abuso del derecho”.⁵⁸ También es cierto que va aumentando la intervención administrativa en las relaciones entre particulares; que se está extendiendo lo que algunos llaman la “socialización de la responsabilidad”;⁵⁹ o que crecen en número y en proporción —comparativamente a las de Derecho Privado— las normas legislativas que corresponden a la esfera del Derecho público.

Pero a nuestro entender no se trata de una mayor influencia de lo administrativo, o de una “reacción” —como antes decíamos— del Derecho Administrativo sobre el Derecho Civil, sino de transformaciones que se pro-

⁵⁶ “El Derecho público y el Derecho privado —afirma Kelsen— no son cosas distintas ni corresponden a campos separados de una misma disciplina”. Por el contrario, el profesor Guasp habla del “mito secular de que el derecho, materialmente, constituía una única sustancia, por lo menos en lo que se refería al núcleo de preceptos que emanaba de una fuente soberana común” (Jaime Guasp, *Prólogo* a la obra de Jesús González Pérez: “Derecho Procesal Administrativo”, p. 25).

⁵⁷ “El Derecho administrativo —dice Hauriou— empieza tomando su modelo del Derecho privado —primera fase de su elaboración científica—; después se establece en sistema autónomo; y hoy se va produciendo la reacción del Derecho administrativo sobre el Derecho civil”.

⁵⁸ Josserand, *supra* nota 45.

⁵⁹ Savatier, René. *Du droit civil au droit public a travers les personnes, les biens et la responsabilité civil*, París 1950.

ducen en uno y en otro sector de la vida jurídica, fruto de una evolución que concierne a *todo* el sistema del Derecho.⁶⁰ Esas transformaciones nos obligan a ir revisando —con urgencia, y en ciertos casos con audacia— tanto las doctrinas que tradicionalmente han servido de base a las instituciones del Derecho Privado, como aquéllas que han sustentado hasta ahora el sistema jurídico de la Administración oficial.⁶¹

⁶⁰ En un trabajo que se titula *L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé*, publicado en el "Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny", dice su autor —Jorge Renard— que "se ha abusado del contraste entre el Derecho público y el Derecho privado. El Derecho civil y el Derecho administrativo son autónomos como las provincias de un Estado descentralizado; porque las especificaciones no son sino una manera de descentralización jurídica. La descentralización no rompe la unidad nacional ni la unidad científica: ni confusión, ni separación, sino comunicación".

⁶¹ Hablando del "viejo dualismo burocracia —empresa libre", dice Karl Mannheim que dicho dualismo "quedó atrás cuando las fronteras de ambas empezaron a entrecruzarse con intensidad creciente, a medida que se debilitaba la época de la libre empresa en parte como resultado de los siguientes cambios:

a) Se han desarrollado burocracias en el seno de los intereses privados, en forma tal que a veces igualan en fuerza y poderío a las burocracias centrales.

b) La clara distinción entre el personal administrativo elegido, nombrado o auto-designado (el llamado "independiente") tiende a perder claridad.

c) Ya no hay una clara distinción entre los directores y gerentes privados, que deben sus funciones a un nombramiento y siguen una carrera bien definida, y los dirigentes públicamente elegidos o nombrados. Además, tanto las corporaciones públicas como las privadas llevan a cabo funciones que tienen importancia política (es decir, afectan al interés público). Muchos intereses quedan resueltos mediante una auto-reglamentación, siendo así que anteriormente se creía que la administración oficial era más autorizada para su satisfacción adecuada. Por otra parte, existen cuerpos consultivos de expertos adjuntos a los servicios administrativos, cuyo carácter no es burocrático.

d) Muchas instituciones mercantiles o industriales, organizaciones obreras y otras asociaciones voluntarias tienen importancia pública; su coordinación no es ya un asunto propio de decisiones privadas.

e) El Estado actúa en varios países como socio de empresas de negocios que son "privadas"; por ello se han desmoronado las viejas fronteras entre las empresas privadas y las públicas.

f) Finalmente (problema menos estudiado), estas combinaciones han desarrollado en ciertos sectores de la burocracia un nuevo tipo de personalidad. Este tipo de persona combina la iniciativa del empresario libre con la tradición del funcionario público, y piensa fundamentalmente en términos de bienestar público". (Karl Mannheim, *Libertad, poder y planificación democrática*, México 1953).

Reglas comunes

Uno de los fenómenos modernos más significativos es el aumento considerable del número de *reglas comunes* a los dos Derechos —leyes que no son ni puramente administrativas ni puramente civiles—, ⁶² del mismo modo que en la práctica se han extendido en casi todo los países los llamados *sistemas de economía mixta*, los casos de “colaboración” de los particulares en la gestión administrativa pública, y las Comisiones también llamadas “mixtas” por el doble motivo de la naturaleza de su composición orgánica y del régimen legal que preside su existencia y su funcionamiento.

La técnica jurídica ha buscado con indudable ingenio ciertos encuadramientos formales a la riqueza de la realidad. Se habla de funciones públicas realizadas por individuos privados ⁶³ y de actividades privadas a cargo de las *colectividades públicas*. Gastón Jeze consagra todo un capítulo de sus “Principios Generales del Derecho Administrativo” al estudio del “Procedimiento del Derecho Privado utilizado por la Administración para la satisfacción de las necesidades de interés general”. ⁶⁴ René Savatier señala el hecho del aumento de las personas morales y de su investidura de autoridad sobre sus miembros, e incluso sobre terceros. ⁶⁵ Frente a los que distinguen los derechos privados como derechos subjetivos puros y los derechos públicos

⁶² En mi citado libro “Administración y self-government” me refiero a la gran significación que tiene una Ley de Aguas (la española de 1866) en la que se regulan *todas* las relaciones de propiedad, y que no puede ser catalogada ni como una ley administrativa que no incluye los aspectos “civiles” de la materia a que se contrae, ni como una ley civil que deja para otro cuerpo de legislación lo que pudiera estimarse como de naturaleza administrativa (p. 63).

⁶³ “La descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas” (Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, México 1952).

⁶⁴ Trad. española, Madrid 1928. “Usado raramente —dice Jeze —porque supone la existencia de relaciones de igualdad, poco conformes con la naturaleza de las exigencias sociales. El Derecho privado coloca a los diversos intereses en el mismo nivel. El uso de los procedimientos de Derecho privado es *menos frecuente a medida* que adquiere mayor relieve y consideración la idea de la supremacía del interés general”.

⁶⁵ *Ob. cit.* Se refiere a la evolución del Derecho civil que desde el mismo fin del siglo XIX —según Savatier— *no cesa de transformarse* en verdadero Derecho público. Es la tesis que da título a su libro. Hablando de las personas morales, dice el autor que “confiscan de hecho la libertad de los individuos”, por las prerrogativas de que disfrutaban muchas de ellas y por la sumisión del individuo al estatuto de las mismas.

como funciones, hay quienes recuerdan, no sólo la función social de la propiedad privada, sino la función social que el Derecho civil confiere a los individuos privados. León Duguit se ha referido a este punto al señalar que “el Derecho privado cesa de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona, y descansa ahora en la idea de una función social que se impone a cada individuo”.⁶⁶ Criterio que conduce paralelamente a este otro: que “el Derecho público no se funda ya en el derecho subjetivo del Estado —en la soberanía—, sino en la idea de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos”.

En un interesantísimo estudio, explicaba hace años Bernard Gény⁶⁷ el fenómeno de la “colaboración de los particulares en la gestión administrativa” como una forma de acción constituida por las instituciones que “en los linderos del Derecho público con el Derecho privado” participan en el cumplimiento de los fines del Poder. No creemos que existan esos linderos jurídicos,⁶⁸ que vendrían a ser algo así como una región fronteriza de influencias recíprocas, sino más bien: una vasta zona de realidades de una nueva naturaleza “social”, que está engendrando una concepción también nueva del Derecho mismo (y del Estado), vasta zona cuya extensión ocuparía prácticamente la muy mayor parte de la vida jurídica moderna, siendo tan sólo en las orillas de ese espacioso campo, en las alas, a un lado y al otro, donde quizá quedarían aún formas jurídicas equivalentes a los tradicionales sistemas de Derecho privado y de Derecho público.

Tres posiciones del administrado

El administrado puede encontrarse en tres posiciones diferentes con relación al servicio. a) Como simple “particular público”. Siendo sujeto de derechos, obligaciones, responsabilidades e intereses de naturaleza especial. Miembro de la “masa del público” a quien “sirve” el servicio o de quien el

⁶⁶ *Supra* nota 6.

⁶⁷ Gény, Bernard. *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París 1930.

⁶⁸ “Jamás se ha podido resolver, satisfactoria y definitivamente, una contienda de límites o fronteras entre materias civiles y materias administrativas u otras que, a su lado, aparentemente figuran en el mundo del derecho... No es cierto que una misma materia se reparta en trozos diferentes sino, por el contrario, que todos y cada uno de los componentes de la realidad del derecho pueden ser configurados como pertenecientes a disciplinas jurídicas distintas, según la perspectiva desde que esas materias se contemplan” (Jaime Guasp, *Prólogo* citado en la nota 56, p. 26).

Poder Administrativo obtiene alguna forma de prestación, obligada o voluntaria. b) Como “colaborador” en la función pública (particular *cualificado*). Actuando en forma individual o institucionalizada, de manera espontánea, o por imperio de la ley. c) Como “integrante” del Poder administrativo. Sujeto de Derecho constitucional. Factor democrático —o, en ciertos casos, factor técnico— llamado a formar parte, a “ser” parte de cuerpos electorales o asesores. Con poderes análogos a los del ciudadano con relación al Estado. Con fuerza representativa de la sociedad, en la doble figura que ésta tiene de objeto de la función administrativa y de fuente originaria de la soberanía.

El cuadro anterior permite representarse con suficiente claridad el enorme relieve de la personalidad del administrado, y su extraordinaria evolución, que las instituciones jurídicas tienen necesidad de abarcar en formas adecuadas a la importancia práctica de los intereses y funciones sociales que el administrado encarna. Precisamente el Derecho Administrativo se distingue por ser “una ciencia tan viva, y en tan sensible comunicación con el existir mudable de nuestros días, que constantemente crece, actúa, inventa, evoluciona, y encuentra a cada paso remedios y estructuras jurídicas que corresponden al calibre de los problemas de la realidad”.⁶⁹

“El Derecho Administrativo —dice Gastón Jeze—⁷⁰ tiene por objeto formular las reglas especiales que convengan para el buen funcionamiento de los servicios públicos. Los tiempos modernos se distinguen por la creación de servicios públicos, por su desarrollo, por su adaptación continua a la vida económica y social. A diferencia del Derecho privado, que cambia lentamente, el Derecho público tiene necesidad de una flexibilidad mucho mayor”.

El nuevo Derecho Administrativo recoge —y debe recoger en mayor medida, al ritmo en que los hechos van enriqueciendo su propio campo— ese mundo de realidades en incesante crecimiento. Tales realidades conducen, no sólo a la estrecha vinculación del administrado al sistema administrativo, sino mucho más todavía: a la *colaboración* directa de los particulares en la función pública, y, por último, a la presencia más acusada de ese personaje jurídicamente poderoso, que no sólo no es un particular privado cualquiera, sino que obra en tanto que factor “constitucional”, situándose en *la base misma que es fuente del poder* de los órganos de la Administración.

⁶⁹ En mi libro *Administración y self-government*, p. 20.

⁷⁰ *Principios generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1948, t. 1, p. XXIX.

Algunas ideas básicas

Conviene enumerar algunas de las ideas que explican y aclaran esta evolución, a las cuales he consagrado otros trabajos (en especial mis libros "Administración y self-government" y "Solidarismo"). Las relaciones del Estado con los individuos han cambiado de carácter. No hay una barrera entre el uno y el otro. La comunidad es inconcebible hoy como oposición al individuo. El hombre vive en asociación con otros, integrando diversos tipos de sociedades parciales, precisamente para protegerse, no para esclavizarse. Los poderes de que disponen los servicios administrativos están vinculados, no a la fuente única y soberana del Estado, sino a la fuerza y a la exigencia de la vida y de las necesidades sociales. Los poderes de los órganos de gestión de la sociedad "no derivan de ninguna entidad abstracta, situada por encima de todo el mundo, sino que nacen de las necesidades mismas de la comunidad y se miden al nivel de los derechos de los hombres y de la realidad de la vida práctica".⁷¹

La primera conclusión debe ser afirmar, como ya hemos dicho, que no hay ninguna barrera entre el individuo y el Poder. El Estado es una institución. El individuo se organiza para desarrollar su vida en instituciones más o menos amplias: familia, municipio, sociedades parciales, nación. No hay antagonismo entre el individuo y las instituciones que van formándose, sino al contrario: espíritu y necesidad de colaboración.⁷² El individuo se asocia con sus semejantes por afinidad de intereses económicos, de preocupaciones culturales, de opiniones políticas, de fe religiosa. Todos los hombres "colaboran" de esa manera en la realización de un fin colectivo común. Sólo es necesario "disciplinar" esa actividad. Los hombres reconocen entonces algún grado de preeminencia a la institución más vasta y mejor organizada de todas ellas. Esa es la significación del Estado. El individuo se encuentra, por consiguiente, dentro de su función normal —en este caso, en un grado de máxima expresión de su "poder" jurídico— cuando puede decirse que

⁷¹ "Administración y self-government", p. 32.

⁷² En su Encíclica "Mater et Magistra", el Papa Juan XXIII se ha referido a las "sociedades intermedias" en los siguientes términos: "Uno de los aspectos típicos que caracterizan nuestra época es la socialización, entendida como un progresivo multiplicarse de las relaciones de convivencia, con diversas formas de vida y de actividad asociada, y como institucionalización jurídica. Entre los múltiples factores históricos que han contribuido a la existencia de este hecho se han de contar los progresos científicos-técnicos, una mayor eficiencia productiva, y un nivel de vida más alto en los ciudadanos" (Encíclica *Mater et Magistra*. Tipografía Poliglota Vaticana 1961, p. 16).

“colabora” con la Administración, cuando de hecho y jurídicamente participa de modo directo en la realización de los fines públicos.⁷³

La segunda conclusión debe establecer que el servicio público no se realiza exclusivamente en interés de la comunidad en general y como algo más o menos abstracto,⁷⁴ sino que tiende a procurar al hombre, a los hombres, individualmente o asociados entre sí, una satisfacción, un bienestar, una ventaja práctica. El fin del servicio es la “utilidad pública”, según la idea tradicional, pero es también el bienestar *humano*,⁷⁵ por lo que la utilidad del servicio debe medirse al nivel del hombre, considerando en éste una exigencia nacida de su condición de tal, de su ser moral, con aspiraciones, deseos y necesidades, y no sólo como una mera individualidad *jurídica*, articulada en esa especie de álgebra de derechos y obligaciones de que antes hemos hablado. El Derecho Administrativo no debe concebirse como un frío sistema de símbolos, sino como el cuadro de un juego de realidades humanas.

La ciencia jurídica ha incluido ya el elemento *técnico* entre las características esenciales del servicio público. De esa cualidad se deducen —como todo el Derecho Administrativo lo testimonia hoy— trascendentales consecuencias de naturaleza jurídica. “El concesionario —dice Jeze—⁷⁶ está en el deber de cumplir sus obligaciones de manera que no se comprometa el funcionamiento continuo y regular del servicio público, sino, al contrario,

⁷³ Si nos detenemos en una concepción “individualista” de la vida jurídica no comprenderemos esa idea de la “colaboración”. El individuo entonces se encuentra “frente” al Estado. Es libre tan sólo hasta donde el Estado pone término a esa libertad. La muralla que los separa no es impermeable de manera absoluta; puede ser franqueada, pero sólo por el “imperium” del Estado (V. mi libro *Instituciones administrativas en el regadío del Seguro*, Murcia 1933, p. 94).

⁷⁴ “La teoría de que el Estado existe para el bien común, de que una función pública es un depósito, es vieja... Pero la obligación de hacer de esta teoría un principio vital en un imperio cuya soberanía es concebida de un modo abstracto, como una soberanía que reside en cien millones de seres, y en el cual todo funcionario del Estado es constitucionalmente un servidor, no ha sido considerada con suficiente seriedad...” (Cleveland, F. A. *Organized Democracy*, N. York 1913, p. 438).

⁷⁵ En su ensayo sobre “The Criteria and Objectives of Public Administration”, Marshall Dimock trata también de dejar atrás el sentido “mecánico” de eficacia. Toda interpretación rígida o mecánica del término es, a su juicio, inadecuada, porque la buena Administración no es fría y mecánica: es intensamente humana, cálida y vibrante. Más aún, “no hay verdadera eficacia que no sea también eficacia social” (citado por Dwight Waldo en su libro *Teoría política de la Administración Pública*, trad. española, Madrid 1961, p. 295).

⁷⁶ “Les Principes généraux du Droit administratif”, Paris 1936.

que sea facilitado. Y para ello no necesita de una disposición legal expresa ni de una cláusula especial del contrato. Esta obligación deriva directa y fatalmente de la noción del servicio público. El contratante no está obligado simplemente, como un mero particular respecto a otro, a cumplir sus obligaciones. Deben ser interpretadas éstas como extendiéndose a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo de un servicio público”.

Sería necesario ampliar el sentido corriente del término *eficacia*, para hablar no sólo de eficacia “técnica”, sino de eficacia “humana”.⁷⁷ Si el servicio debe satisfacer necesidades y aspiraciones del hombre, la Administración debería ser juzgada por lo que cumple en la práctica en relación con esa esencia de su finalidad.⁷⁸ El reconocimiento del factor “interés”—individual o colectivo— en el campo del llamado recurso objetivo jurisdiccional es, desde luego, un camino abierto, susceptible de mayor amplitud, para dar entrada en la esfera jurídica de los servicios —con toda la fuerza que su naturaleza exige —al más completo sentido de la *eficacia*, social y humanamente considerada.

El “colaborador” administrativo

La supuesta barrera entre el Poder y el administrado se rompe, y aparece este último, no sólo en el terreno mismo de la Administración, sino en calidad de *gestor público*, supliendo deficiencias, completando funciones, corrigiendo fallas o sustituyendo a los órganos regulares del Poder.

El “colaborador” administrativo no surge de un salto. no es un particular que de pronto cruza la frontera entre la vida privada y la vida pública. Es un “particular público” que ya estaba *dentro* del mundo de la Adminis-

⁷⁷ “La eficacia es, ciertamente, un objetivo fundamental de la Administración Pública, pero ha de interpretarse “social y humanamente”. La eficacia es un problema de calidad y, por consiguiente, los “métodos de medición cuantitativa y automáticos forzosamente han de ser incompletos”. Al proclamar que la “eficacia, como la felicidad, es sutil”, la eficacia queda totalmente despojada de la firme cualidad denotativa que un día se consideró como su virtud” (De D. Waldo en su mencionado libro, citando “The Frontiers of Public Administration”, ensayos de Gaus, White y Dimock, pp. 295-296).

⁷⁸ Al Estado “se le juzga, no por lo que representa en teoría, sino por lo que cumple en la práctica. El Estado aparece sujeto, por eso, a una prueba de aptitud y suficiencia” (Harold J. Laski, *El Estado moderno*, trad. española del libro “A Grammar of Politics”. Barcelona 1932).

tración. No hay otra forma de concebir este colosal fenómeno de la vida administrativa. Con el criterio de los dos mundos “separados”, la múltiple y fecunda realidad de la *colaboración* de los particulares sería inexplicable.

Por otra parte, el administrado “cualificado” —como le llama Cuevas— no pierde su calidad de “particular”. Se incorpora, sin embargo, a la Administración, y aparece “como asimilado al sujeto oficial”; pero sólo de modo “parcial y eventual” y, desde luego, sin adquirir el carácter de sujeto oficial. No obstante, de esa situación resultan “relaciones frente a la Administración que son distintas a las del administrado puro y simple, y frente a los otros administrados, que en ciertos respectos le equiparan a la Administración misma”.⁷⁹

Esta especial “posición” del administrado deriva de “ciertas exigencias del servicio público que la Administración oficial, inmediata o mediata, no puede satisfacer” (Cuevas). Pero, ¿cómo se produce la colaboración, en qué forma, dentro de qué límites? La función administrativa —su realización práctica— corresponde en principio a un órgano del Estado. Incluso —como expresa Hauriou—⁸⁰ hay en todo servicio público una tendencia al “monopolio”. Pero esa tendencia no tiene carácter general y aparece contrapesada, primero, por el empuje mismo de las iniciativas de los hombres y grupos ajenos a la Administración, y también por la insuficiencia de ésta, por sus limitaciones, por su imposibilidad de abarcar el área íntegra de las necesidades y requerimientos sociales. De ahí que sea siempre posible que la actuación de los particulares concurre al cumplimiento de los fines públicos en las múltiples formas que la experiencia nos ofrece.

Formas de colaboración

Cuevas clasifica esas formas o modalidades en dos grupos: 1.—El particular incorporado adventiciamente a cualquier tipo de Administración. 2.—El particular incorporado eventualmente a la Administración indirecta. “En el primer caso se encuentra el administrado que, por imposición de la ley, por decisión de la Administración o por propia voluntad, realiza determinados menesteres correspondientes a los servicios públicos, de cuya realización derivan para el administrado y para la Administración relaciones jurídico-administrativas especiales con respecto a las ordinarias, y de las

⁷⁹ Cuevas, estudio citado.

⁸⁰ “Précis de Droit Administratif et de Droit Public”, París 1911, p. 508.

que surgen obligaciones y derechos para ambos que no pueden estar comprendidos entre los aludidos en el capítulo anterior. Tal es el caso correspondiente a la *asunción espontánea de servicios públicos*. En el segundo caso, el administrado, por varios motivos, pero muy especialmente por su voluntad, se incorpora eventualmente a los servicios públicos, formando parte de la Administración indirecta en sus formas de inmediata o mediata, de cuya incorporación se derivan obligaciones y derechos para la Administración, el administrado y los otros administrados, por los que el incorporado, que se encarga de los servicios o de parte de lo que exigen los servicios, queda en situación asimilada a la de los órganos de la Administración oficial. Tal es el caso de los contratistas y concesionarios en general”.⁸¹

Bernard Gény señala tres grupos: colaboración “espontánea”, “por descentralización” y “por actividad paralela”. Esas tres modalidades se perfilan luego de una sistematización previa, que distingue la colaboración “espontánea” (primer grupo) de la colaboración “organizada” (que incluye los otros dos).

En un momento de tránsito entre la no colaboración absoluta y la colaboración “organizada” —explica Gény— la experiencia ha mostrado cierta forma de colaboración que surge *necesaria y espontáneamente* (con independencia de todo sistema jurídico preconcebido) al impulso de las exigencias irreprimibles de la vida social. Se le da por eso el nombre de colaboración “espontánea”, individual, *por ingerencia*.

Es la ingerencia legítima de los particulares en un servicio público, “colaboración” susceptible de realizarse en *toda* función administrativa, sin excluir aquellas zonas en que se traduce al máximo la noción de soberanía. Por ejemplo: la carencia de funcionarios regularmente instituidos autoriza a los particulares a *asegurar* en un momento dado, si ello es preciso, la gestión del servicio.⁸²

La colaboración “por descentralización” se da en los casos en que el Estado *llama* a las instituciones privadas para que desempeñen un papel activo en la ejecución de un servicio público, quedando éste bajo el control del Poder. El tercer grupo incluye los casos en que la colaboración se produce por *acción paralela* de la empresa particular en el campo de la actividad administrativa.

La colaboración por descentralización se diferencia de la colaboración por actividad paralela en que no hay propiamente “descentralización” en

⁸¹ Cuevas, estudio citado.

⁸² Jefe distingue entre los funcionarios de hecho, investidura irregular, y el usurpador de cargo, ninguna investidura.

la segunda, sino más bien “yuxtaposición”. En cuanto a lo demás, la actividad de ésta se legitima por el principio de la *libertad* de los particulares, no existiendo, como en la otra, una *llamada*, apremio o exigencia del Estado para asegurar la gestión de los intereses colectivos. En la colaboración por actividad paralela, los particulares no forman grupos que se integran, que “encajan”, en el servicio público, sino que prestan, *con medios de Derecho privado* (según Géný), los mismos servicios que realiza el Estado con las preeminencias de su Poder.⁸³

Esa opinión del distinguido administrativista francés no nos parece aceptable. No creemos que sean de naturaleza *privada* los medios que emplean dichas entidades. Ferraris⁸⁴ expone con toda claridad su discrepancia en este punto. “Resulta contradictorio —escribe el Profesor italiano— considerar como entidades privadas, instituciones a las cuales se atribuye legalmente el carácter de utilidad pública, instituciones que legalmente realizan fines de interés público. Ello es una violencia del Derecho y de la realidad. No son personas privadas: son “instituciones públicas” que cumplen fines de utilidad social”.

Otra clasificación

Fernández de Velasco,⁸⁵ aunqu con otro criterio, distingue también tres grupos: 1, funciones administrativas realizadas mediante la colaboración de los particulares entre sí; 2, mediante la colaboración de los particulares con la Administración; y 3, mediante la colaboración de los órganos administrativos.

Según la Ley (española) de Asociaciones de 1887, y por medio de ciertos requisitos, se pueden constituir (de acuerdo con el maestro de la Universidad de Murcia), no sólo las Asociaciones de carácter general en ella prevenidas,

⁸³ “Al margen de la organización político-administrativa de un país están las personas morales de Derecho privado. Aún siendo de Derecho privado, y actuando fuera del cuerpo del Estado, realizan alguna vez fines sociales. Entonces son *colaboradoras* de la Administración en la gestión de los asuntos a ésta encomendados” (V. mi citado estudio: *Orientación...*, pp. 34-35).

Son de un modo especial personas morales de Derecho privado —volviendo a la técnica francesa— los *establecimientos de utilidad pública*. El establecimiento de utilidad pública —de acuerdo con el sistema de Hauriou— es una forma de participación del particular en la obra de la Administración.

⁸⁴ Ferraris, Carlo. *Diritto Amministrativo*, Padova 1923.

⁸⁵ *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Barcelona 1930-1931, 2a. ed., tomo II, pp. 359 y ss.

por la legislación administrativa, de que los particulares, mediante la constitución de grupos, atiendan a la realización de servicios administrativos. Las asociaciones así constituidas “atraen determinados privilegios que pueden convertirlas en órganos de la Administración”...

Las Comunidades de regantes —constituidas por la asociación de los particulares interesados en el regadío— han llegado a “atraer determinados privilegios” correspondientes a instituciones públicas, y tienen el carácter de una “administración propia”⁹¹ con sus “propias” prescripciones administrativas. Además (y ésta es una idea de Géný), son organismos que no se constituyen por medio de elecciones controladas por los partidos políticos, en cuya cualidad radica la razón de su independencia y de su auténtico carácter administrativo. Es, pues, el de estas entidades un caso de verdadera “colaboración”, en una de las manifestaciones más curiosas e interesantes de esta modalidad institucional.

El voto especializado

Dichos grupos eran “privados” en su origen, pero la función en que participan es materia social y en su naturaleza predomina el fin público. Las leyes españolas les han otorgado las ventajas del “self-government”. El Código de Aguas de 1866, no sólo mantuvo las viejas organizaciones existentes —que se regían por normas consuetudinarias y representaban una tradición de siglos de vida autónoma—, sino que abrió el camino para la formación de otras análogas, consagrando así la fuerte y vigorosa realidad de un sistema de “self-administration” que pudiera inspirar transformaciones colosales en el Estado del futuro.

Las Confederaciones Hidrográficas estatuidas en España a partir de 1926 responden a un principio jurídico, social y técnico que no es distinto del que determinó la formación consuetudinaria de las Comunidades de Regantes

⁹¹ Según la terminología alemana. La “administración propia” —de acuerdo con Otto Mayer— es la atribución a una persona moral de Derecho público de una porción de la Administración pública para actuar en su nombre. Es decir, la Administración pública desprendida del Estado. Esas administraciones no han de regirse siempre por las leyes del Estado, sino que la Ley da algunas veces a los cuerpos de la “administración propia” una autorización, dentro de ciertos límites, para dictar sus particulares prescripciones. Es decir, concede una legislación también *propia*: la facultad de formular en su nombre reglas obligatorias generales, de establecer preceptos de Derecho. Esos preceptos se llaman *reglas autónomas de Derecho*. (“Derecho Administrativo alemán”, pp. 161 y ss).

y de los Sindicatos Centrales o de valle. Ese principio supone: respeto de la realidad social, "self-government" de las instituciones que personifican el servicio, democracia *funcional*, intervención de *electores especializados*.

La moderna ciencia administrativa, no sólo ha creado el sistema de la *descentralización por servicios* —cosa muy distinta de una desmembración de simple base geográfica—, sino que ha añadido a los grandes avances técnico-jurídicos en la materia esta forma de desintegración funcional que se realiza mediante la colaboración de los particulares en la gestión pública.

Todo ello supone un amplio campo abierto a las transformaciones de la noción misma del Estado, que permitiría extender, por una parte, la *autonomía real* de los servicios públicos, y, por otra, el ejercicio útil, positivo y democrático del *voto especializado*, con el que la función del elector estaría basada: en el interés directo, en la vinculación concreta a un servicio público, en la profesión, en la propiedad o en el uso de ese servicio.

III.—EL ADMINISTRADO, SUJETO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

El sistema electivo en la Administración

La idea del "sistema electivo" en la Administración Pública la encontramos ya, por ejemplo, en la obra de Henry Berthelemy,⁹² cuando aborda su estudio de la descentralización. Hablando de la *independencia* de las administraciones regionales y locales —y de las garantías de esa independencia—, el autor propone con tal fin tres categorías de medidas de indudable eficacia jurídica y, al mismo tiempo, de valor práctico y real. Esas medidas consisten: 1, en hacer independientes del Poder central a los administradores regionales y locales, reclutándolos *por el sistema electivo*,⁹³ o por cualquier otro método que no sea el de nombramiento por las jerarquías superiores; 2, en aumentar las atribuciones propias de esas autoridades; 3, en acrecer su poder de decisión.

En el fondo, lo que busca Berthelemy es una independencia (para las administraciones locales) que tenga su raíz, no en la "voluntad" del Estado, sino en una fuerza *propia*, distinta de la potestad refleja que les transmite —desde arriba— la energía soberana del Poder. Una independencia —real— que descansa en la vinculación directa de los organismos administrativos

⁹² Berthelemy H. *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1933.

⁹³ Lo que llama Bonnard "descentralización democrática". *Précis de Droit public*, Paris 1944).

“descentralizados”: 1, con las necesidades sociales cuya gestión tienen a su cargo; 2, con la voluntad *inmediata* de los hombres y grupos a quienes afectan de manera particular los correspondientes servicios.

De este modo, aparece el administrado en la tercera de las “posiciones” que distinguíamos en el capítulo anterior. Es decir: como *integrante* del Poder administrativo; con poderes análogos a los del ciudadano con relación al Estado.⁹⁴

El “sistema electivo” se extiende también —como ya vimos— a los órganos personificadores de los servicios públicos. Entonces, el hecho presenta, por añadidura, características peculiares, que no se refieren a la elección misma como sistema, sino a la *fisonomía* distinta que tiene en ese caso la asamblea o colectividad cuyos miembros ejercen el derecho de voto.

En la circunscripciones territoriales —descentralización administrativa común—, el cuerpo electoral es de tipo *político*. La elección de Alcaldes y Ayuntamientos, por ejemplo, la realizan electores que hacen uso de un voto que, por su origen, calidad y significación, es “político”. Un voto que la ley les atribuye en virtud de situaciones de orden político general, y no como consecuencia de alguna vinculación *especial* determinada por el carácter administrativo de los órganos cuyos componentes se eligen.

Votan los *ciudadanos*, no los *administrados*. La descentralización administrativa se confunde entonces con la descentralización política. El mismo cuerpo electoral que elige los funcionarios “políticos”, elige también los funcionarios “administrativos”. Por lo demás, la mayoría de esos gestores públicos, realizan al mismo tiempo funciones de uno y otro carácter.

En la descentralización por servicios, en cambio, el cuerpo electoral tiene tendencia a ser —y ya lo es a veces— un cuerpo de tipo *técnico*, un cuerpo de electores disponiendo de un voto “especializado” que en principio debe ser distinto del voto “político” común. La idea del voto especializado se

⁹⁴ Hemos dicho que el administrado puede ser “factor democrático —o, en ciertos casos, factor técnico— llamado a formar parte, a “ser” parte de cuerpos electorales o asesores; con poderes análogos a los de ciudadano con relación al Estado; con fuerza representativa de la sociedad, en la doble figura que ésta tiene de objeto de la función administrativa y de fuente originaria de la soberanía”.

Escribe A. C. Millspough: “Si la Administración ha de alcanzar toda su talla y madurez funcional no debe ser considerada en lo sucesivo como una “rama” del Estado, sino como una parte integrante y vital del sistema democrático. No debe, simplemente, estar sometida al gobierno o bajo su control, sino ser un agente activo en la provisión de instrumentos, en el apoyo y en la realización de la democracia” (*Democracy and Administrative Organization*, en “*Essays on the Law and Practice of Government Administration*”, por Haines y Dimock, Baltimore, 1935).

basa —como antes dijimos— en el interés directo, en la vinculación concreta a un servicio público, en la profesión, en la propiedad o en el uso de ese servicio.

Administración y Política

Ya volveremos de nuevo sobre esta cuestión capital. Notemos ahora que en lo que estamos exponiendo se plantea un problema básico, jurídico y constitucional: el del lugar y el papel de la Administración con respecto al Estado, y más concretamente con relación al Poder Ejecutivo. Dicho de otra manera: el problema de las relaciones entre Administración y Política.

¿Cuál es la potencia real de la Administración Pública y cuál su participación en la soberanía? ¿Cuál es el *poder propio* de los funcionarios y de los órganos administrativos?

Es clásica la idea de que la Política es “la expresión de la voluntad del Estado” y la Administración “la ejecución de esa voluntad”.⁹⁵ Esas dos definiciones significan que la Administración Pública no tiene poder propio alguno, ya que sus órganos aparecen subordinados a la soberanía estatal, con potestades *reflejas* de esa soberanía, sin luz autónoma, ni relación directa de ninguna índole con las fuentes democráticas del Poder.

Esta última observación es importante retenerla, porque tiene consecuencias de fondo en lo que concierne al relieve y a la función del administrado. Jurídicamente, el administrado puede ejercer determinados poderes y acciones, de mayor o menor amplitud, frente a la Administración. Políticamente, no hay contacto directo entre la Administración y el administrado. No hay acción directa alguna que éste pueda emprender en uso de su inseparable condición de ciudadano, *por lo mismo que la Administración ha sido sustraída de hecho al juego de las fuerzas políticas y al “diálogo” con los electores.*

Lo veíamos en otro lugar con referencia a la doctrina de Hauriou: “El administrado no tiene, en principio, poder individual alguno sobre la Administración en la esfera de la vida pública”. No tiene poder individual *directo*, insistimos. Pero algo puede hacer. Puede revestirse con la toga del ciudadano, para actuar por la vía indirecta del voto en la elección de los funcionarios políticos, que a su vez controlan a los funcionarios administrativos. Es

⁹⁵ Goodnow, Frank J. *Politics and Administration*, N. York 1908: “En todos los sistemas de gobierno, hay dos funciones primarias o fundamentales: la expresión de la voluntad del Estado y la ejecución de esa voluntad... Estas funciones son, respectivamente, Política y Administración”, p. 22.

un rodeo constitucional que el propio Hauriou estima —como también hemos visto— con razonable pesimismo.

La Administración aparece, pues, separada de la Política, o mejor dicho: sometida a la Política. En un sentido, es un sistema de simple ejecución, técnico, instrumental y subordinado. Lo que no impide que en algunas circunstancias actúe como una fortaleza burocrática todopoderosa, donde la democracia no penetra, y cuyos órganos se mueven sin otro límite que el muy débil del control jurisdiccional. La Administración toma entonces el aspecto de una “autocracia”, conquistada en el equilibrado sistema de división de órganos y funciones, característico del Estado de Derecho.

Analizaremos más adelante este anverso y reverso, que pudiéramos llamar también: la fuerza y la debilidad de la Administración. Digamos por el momento que ese enclaustramiento de lo administrativo en una zona sus- traída —como antes decíamos— a la acción directa de la ciudadanía, representa sobre todo: un factor de debilidad en lo que concierne al papel del administrado.

Pero el sistema electivo llevado al área de la Administración no sólo reforzaría la posición del administrado, sino que vincularía a la Administración de manera directa con la fuente democrática del Poder, lo que significaría: 1, independencia con relación a los demás Poderes del Estado; 2, un sistema más lógico y eficaz de *cooperación* entre los elementos que integran el mundo de los servicios (entre las “partes” de la relación jurídico-administrativa); y 3, un contacto directo con las necesidades sociales, una comunicación, viva e inmediata, con las aspiraciones y requerimientos del público, lo que redundaría en una adecuación mucho mayor y más perfecta entre los fines y los medios que están en la esencia del servicio.

Independencia de lo administrativo

El concepto de la Administración como algo separado y, desde luego, independiente de la Política es defendido desde distintos ángulos, y conduce o puede conducir también a conclusiones muy diversas. Entre los defensores de esa separación están los que conciben la Administración como una obra esencialmente *técnica*, donde la idea de la eficacia se impone como una condición más o menos incompatible con la idea de la democracia.

En países —como los Estados Unidos— que carecen de una firme tradición administrativa— al modo euro-occidental—, la separación entre lo administrativo y lo político dio lugar en cierta época a ese extraño fenómeno.

que algunos autores norteamericanos califican ingeniosamente hablando del carácter “privado” de la Administración Pública. En realidad, se trataba del funcionamiento de organizaciones de ciudadanos particulares y de funcionarios públicos *desarrollando en dicho país actividades que en otras partes del mundo corresponden a la esfera del Poder estatal*. El hecho originó problemas de división de funciones entre la administración privada y la pública y de relación entre organizaciones autónomas y semiautónomas y la estructura del Estado.

Todo ese conjunto de problemas ha sido materia en los Estados Unidos de una abundante bibliografía, inspirada unas veces en la preponderancia del factor “business”, otras en las preocupaciones del buen Gobierno, otras en el culto de la “efficiency”. No faltan, desde luego, los trabajos en que se persigue un propósito de armonización o de equilibrio entre esas diversas nociones. Pero hay que reconocer que si bien todas ellas corresponden a ideas muy arraigadas en la mentalidad norteamericana, son defendidas mucho más en una forma aislada por los partidarios de unas o de otras, que como componentes posibles de un sistema complejo en el que cabría combinar la técnica y la política, la administración y la democracia, el Estado y la empresa libre.

Para citar tan sólo una de las tesis de independencia de lo administrativo ideadas por la doctrina estadounidense, mencionaré la de Willoughby, quien entiende que en una democracia hay, no dos o tres, sino *cinco* “poderes” del Estado: el ejecutivo, el legislativo, el judicial, el administrativo y el electoral. “En la división tripartita del poder estatal —escribe— no se reconoce la Administración como función o esfera separada. Al no tener en cuenta esta función en esa división, se la confunde con la función ejecutiva y se la considera como una parte de ella”.⁹⁶

Willoughby, como Goodnow, Pfiffner y otros autores del mismo país coinciden en diferenciar Política y Administración como decisión y ejecución; y su interés se consagra principalmente a la idea de excluir “la política”⁹⁷ de la esfera de *especialización* de lo administrativo, de acuerdo con este criterio que Pfiffner considera como la clave de la nueva Administración Pública: “La política —dice— debe atenerse a su esfera de determina-

⁹⁶ *The Government of Modern States*, N. York 1919, p. 231.

⁹⁷ En este caso, la palabra “política” considerada, más que como función del Estado, como una actividad (fuerzas, hombres, maquinarias e intereses) en cierta forma “ajena” al Estado.

ción de directrices y dejar a la Administración aplicar sus procedimientos *técnicos* propios, libre del *estorbo* de la intromisión política".⁹⁸

El argumento es sólido. El factor "técnico" justifica por sí sólo la necesidad de mantener a la Administración al margen de influencias susceptibles de desviarla del cumplimiento objetivo y adecuado de sus fines específicos. Pero la Administración es mucho más que una técnica. O quizás diríamos mejor que lo técnico es mucho más que un simple elemento añadido, complementario o externo, y que en realidad forma parte de la esencia del Estado moderno.

Ya el Profesor Laski había acentuado en su doctrina la presencia de este factor como integrante de una nueva concepción del Poder. "El pueblo —escribió— no está capacitado para gobernar en el sentido de actuar constantemente, como unidad política, porque los asuntos del Estado moderno son demasiado complejos para dirigirlos y encauzarlos mediante un referendun perpetuo".⁹⁹ Y en otro lugar, puntualizó más todavía la idea con esta profunda observación: Al Estado "se le juzga, no por lo que representa en teoría, sino por lo que cumple en la práctica. El Estado aparece sujeto, por eso, a una *prueba de aptitud y suficiencia*".¹⁰⁰

⁹⁸ *Public Administration*, N. York 1935, p. 9. En su citado libro, dice D. Waldo que "aun cuando dos autores acepten la fórmula política-administración como verdadera, pueden discrepar totalmente en cuanto a su significado práctico, lo mismo que dos adeptos del materialismo dialéctico pueden hallarse totalmente en desacuerdo con respecto a la política de Graustark". Luego añade: "Como tantas otras verdades grandes y sencillas, la fórmula política-administración no nos dice nada en lo que concierne a las actuaciones concretas. No nos dice nada en absoluto acerca de los órganos a los que deben asignarse estas funciones, ni de las relaciones que deben establecerse entre ellas".

De acuerdo con el sentido en que Mannheim utiliza la palabra "política" ("el Estado está en todas partes... la responsabilidad política está entretendida en toda la estructura de la sociedad") no es exagerado sino acertado decir que "en nuestro mundo moderno todo es político". Pero si interpretamos ese término en el sentido que tiene dentro de la concepción clásica del Estado, con un criterio de división de funciones que reserva exclusivamente a ciertas esferas la función "soberana" del Poder, entonces tendremos que reivindicar para lo que es Administración cierta preponderancia moderna en el campo de las funciones estatales y cierto derecho a practicar en su esfera propia el ejercicio de la "soberanía" de los individuos, que en vez de ciudadanos se llamarán "administrados".

⁹⁹ *El Estado moderno*, p. 51 (tomo I).

¹⁰⁰ Laski aclaró en otro lugar: "El gobierno democrático, hoy por hoy, es menos una cosa digna de alabanza que una fórmula que ha de entregarse al estudio y la investigación. Todavía tenemos que conocer la eficacia de sus hipótesis y las instituciones en que puede encarnar en la práctica, adecuadamente. Hay que penetrar en el

De ahí que la Administración no pueda ser en ningún sentido una “cosa aparte”, sustraída al juego de las fuerzas de vida social que constituyen “el público” al que “sirve” el servicio, y la “voluntad” donde se encuentra el origen de la legitimidad democrática. Al contrario, la Administración debe buscar el contacto con esas fuerzas.

El Estado como “federación de servicios públicos”

El área de esta concepción no se limita en último término a la Administración propiamente dicha. Toda una escuela de juristas —la llamada escuela *realista*— ha hecho de la teoría del servicio público la piedra angular y el espíritu mismo no sólo del moderno Derecho Administrativo sino de todo el Derecho público.

Figura a la cabeza de esa escuela, como el más esclarecido, penetrante y original de sus sostenedores, el que fuera maestro de la Facultad de Derecho de Burdeos, León Duguit. La nueva orientación fue precisada por él hace varias décadas cuando dijo: “El Estado no es, como se ha pretendido hasta ahora, una potencia que manda, una soberanía. Es una federación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”.¹⁰¹ El autor rechaza la omnipotencia del Estado, y estima que la noción de servicio público —de *colaboración solidaria*— sustituye poco a poco a la idea del Estado potencia soberana.

La escuela “realista” concibe la *dependencia* entre lo administrativo y lo político con una orientación, opuesta a la tradición, que conduce a someter

sentido de estos problemas, partiendo de la idea de que la administración del Estado moderno supone un cometido técnico y que aquellos que la comprenden y conocen son pocos, relativamente”.

Algunos autores norteamericanos hablan de “hombres de negocios públicos”, a diferencia del hombre de negocios propiamente dicho. Se insiste en la necesidad de “expertos” en Administración. La idea no está muy definida; algunas veces no va más allá de la noción de “no-político”. El problema tiene un ámbito doble: de un lado, se trata de los conocimientos que tienen o deben tener los administradores públicos, o sea: la Administración considerada como una técnica, una especialización, una ciencia o un arte. De otro lado, se plantea la cuestión de las relaciones entre administrar y gobernar. “Los administrativistas —escribe D. Waldo— no consideran hoy a los administradores como mudos servidores de un legislativo, dispuestos a ir por la derecha o por la izquierda, a detenerse o a marchar, con arreglo a sus órdenes. En segundo lugar, desempeñar funciones públicas y gobernar no son conceptos mutuamente excluyentes” (*ob cit.*, p. 141, nota 1).

¹⁰¹ *Manuel de Droit constitutionnel*, París 1913.

la validez, la legitimidad y la medida de todos los poderes de los órganos estatales a la noción de *utilidad pública* y a la idea del *fin* del servicio.

De modo que cuanto más se extiende —en la teoría y en la realidad— el campo de los servicios públicos, más se altera la concepción clásica del Estado y más se imprime en la esfera *política* el carácter propio de lo que hasta ahora ha venido entendiéndose como cualidad específica de lo *administrativo*.

El sistema de los servicios públicos empieza por inspirarse en la noción tradicional del Estado. Y con el auxilio de esos conceptos tradicionales, se explica entonces que los servicios, como instituciones vinculadas a la jerarquía del Poder, *atraigan* determinados “privilegios legales” y se revistan de una personalidad jurídica igualmente dotada de cierto orden de prerrogativas que tienen esencialmente su arranque en la misma raíz de la soberanía. Es el Estado quien *presta* o *transmite* su potestad a los servicios.

Luego, la propia realidad de éstos determina que los poderes de que disfrutan acentúen su naturaleza característica, subrayen la distinta condición de su origen, afirmen la vinculación de su ser jurídico, no a la fuente *única y soberana* del Poder, sino a la fuerza y a la exigencia de la vida y de las necesidades sociales.

La “personalidad” de los servicios públicos aparece entonces —como hemos dicho en otro momento—, no como una emanación del Estado, sino como una *creación directa* de la potencia de los hechos.

Hauriou separa expresamente en su sistema lo administrativo de lo político. “La función administrativa —escribe— tiene como mira fundamental la de proveer a las necesidades públicas por medio de la policía y de la organización de los servicios públicos; considera el orden público y el servicio sin ocuparse directamente de la centralización política de la Nación, y, por el contrario, tiende voluntariamente hacia la descentralización, en tanto que el gobierno, considerado como distinto de la administración, tiene también su función propia que es la centralización política de la Nación, la cual se lleva a cabo de dos modos, según que utilice la diferencia de los elementos nacionales para agruparlos en una síntesis orgánica, o que opere por la asimilación de esos elementos”.¹⁰²

¹⁰² *Précis...* Dice Gastón Jeze (en sus *Principios generales*): “La separación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo es completamente artificiosa y no responde a la realidad política y social. Dicha separación sólo produce dificultades; una de ellas ha sido la de desatender toda la parte de *técnica jurídica* en lo que se ha acostumbrado a llamar Derecho constitucional. Hasta no hace mucho, las obras de Derecho constitucional han tratado sobre todo de los problemas de arte política”.

Esa es también la doctrina de Gastón Jeze, quien en su construcción sistemática de lo administrativo no toca la naturaleza del Estado ni se adentra en el concepto de la soberanía. El servicio público y sus exigencias *justifican* determinados privilegios de la Administración. La doctrina no va más allá.

La idea del servicio queda para la mayoría de los autores como un concepto —lleno de vida jurídica y de sustancia de vida práctica—, pero enclavado en la esfera concreta de la Administración. Es decir, de lo que es *administrativo*, sin alcanzar al cimiento tradicional del Poder del Estado.

Pero tengamos en cuenta que, sin embargo, todos ellos recogen la noción que ya entrevía De Gerando, por ejemplo, cuando hablaba de que “no es la personalidad del Estado por sí misma, sino por sus fines, lo que justifica los fueros administrativos”. En su obra fundamental,¹⁰³ De Gerando sostenía que el concepto de servicio público, y más aún la razón en que se funda ese concepto, explican cumplidamente las prerrogativas jurídicas de que hace uso la Administración en el ejercicio de su actividad.

Jeze desarrolla esa noción con admirable técnica jurídica, y la importancia de la misma se cifra, a nuestro juicio, en el hecho de haber puesto en primer plano y como destacando su singular y decisivo relieve, el problema de los *finés* de la Administración hasta cierto punto el de los fines del Estado.

Los administrados frente al servicio

El límite de esos avances jurídicos está en que contienen todavía una distinción de fondo entre la esfera administrativa y la política, y de modo más significativo, un tope en lo que atañe a *la situación de los administrados frente al servicio público*.

Hauriou ha desarrollado de manera bastante precisa y elocuente las razones y la línea de ese “distingo”, que es de técnica y de sistema en el planteamiento, pero que concierne, desde luego, por sus consecuencias, a la naturaleza misma de la Administración y del Estado.

Entiende Hauriou que “los derechos en virtud de los cuales son organizados los servicios públicos no son patrimoniales, sino derechos de dominación que participan de la soberanía.” Luego pregunta: “Esos derechos, íntimamente unidos a la función administrativa, puesto que son el derecho de organizar y de prestar ciertos servicios, ¿no se hallan en cierto modo absorbidos por la función? Y lo que llamamos derechos de servicio público, ¿no serían más bien deberes y obligaciones?”.¹⁰⁴

¹⁰³ *Institutions de Droit administratif*, París 1842.

¹⁰⁴ *Précis...* París 1911, pp. 505-506.

“La cuestión es importante —añade—. Toca directamente a la situación de los administrados frente al servicio público. Esa situación será muy diferente según que el servicio se organice en virtud de un deber del Estado (que aparecerá como una obligación jurídica) o en virtud de un derecho de dominación. El problema debe ser examinado, no filosóficamente, sino jurídicamente. No se trata de hablar de deberes en una forma vaga, sino de deberes susceptibles de transformarse en obligaciones jurídicas; de buscar frente a quien podrían existir obligaciones jurídicas nacidas únicamente de deberes”.

Se extiende después Hauriou señalando la diferencia que lógicamente existe entre una obligación disciplinaria dentro del cuerpo administrativo o un deber de las diversas administraciones frente al Estado, y una obligación jurídica del Estado o de la Administración frente al “público”, frente “a los administrados beneficiarios del servicio”.

Dice el eminente tratadista: “La novedad a la cual si quisiera llevarnos es decir precisamente que las administraciones públicas estarían obligadas jurídicamente *frente a los administrados* a organizar nuevos servicios públicos por el sólo hecho de la existencia de las necesidades y del deber al cual darían nacimiento las necesidades”. Y agrega más adelante. “Es imposible hacer salir esta obligación jurídica de la noción del deber administrativo. Sería la negación de la autonomía del grupo administrativo en el cumplimiento del deber administrativo. Para explicar la transformación del deber administrativo en obligación jurídica habría que hacer intervenir otras ideas: por ejemplo, las del contrato social o del quasi-contrato social. O habría que llegar a decir que la Administración está obligada a cumplir su deber frente a los administrados porque este público es con relación a ella como un superior jerárquico. Conservemos, pues, la noción tradicional: los servicios públicos no se organizan en virtud de una obligación anterior que las administraciones públicas tendrían hacia los administrados”.

Servicios e integración política

La clave de esta preocupación de que está impregnada toda la tesis del maestro francés es la idea de salvaguardar la “iniciativa” de la Administración en la creación de los servicios.¹⁰⁵ Para Hauriou esa es la primera con-

¹⁰⁵ “La primera consecuencia del derecho de dominación es que, en su virtud, la iniciativa de la Administración en la creación de los servicios se encuentra salvaguardada. La potencia pública es dueña de sus iniciativas. Ni los particulares que solicitan su acción, ni el juez, ni siquiera el juez administrativo, pueden forzarla a actuar”, p. 377.

secuencia de los poderes de dominación que participan de la soberanía. Sucede, sin embargo, que son los mismos derechos de soberanía los que están en proceso de transformación, y que la característica de las ideas y de los hechos a que antes nos hemos referido es precisamente la de llevar el sentido de los cambios a la propia entraña de la naturaleza de la Administración y del Estado.

La novedad no se produce en la forma en que la entiende Hauriou. La novedad no consiste en crear o pretender una "obligación jurídica" de las administraciones frente a los administrados en lo relativo a la organización de nuevos servicios, sino en hacer participar a los administrados en las decisiones y en la "iniciativa" de la Administración, por medio de un proceso de *integración* de aquéllos en la estructura del Poder administrativo. Esa participación no daría a los administrados el derecho de exigir "por medios jurídicos comunes" la organización de un nuevo servicio, sino que los situaría respecto de la Administración en condiciones análogas a las del ciudadano con relación al Estado.

No sería, como ya hemos explicado, una "negación" de la autonomía del grupo administrativo, sino al contrario un modo de fortalecer esa autonomía. No sería una forma de contrato social, sino un traslado al terreno de lo administrativo de los recursos, instituciones y procedimientos "políticos", de control y de representación, ya de largo uso en otras esferas del Poder.

Aún dentro de la concepción administrativista más rigurosa, los autores no pueden alejarse por completo de la consideración de aspectos precisos en los que el servicio público atañe directamente a la noción del Estado o a la amplitud y el ejercicio de los derechos constitucionales y de la libertad del hombre.

¿Suponen los servicios públicos un obstáculo a los derechos del ciudadano y a la iniciativa privada? El servicio que de tal manera presta la Administración, ¿se realiza exclusivamente en interés de la comunidad, o tiende también a procurar al hombre —individualmente considerado— una garantía jurídica y una ventaja práctica? ¿De qué naturaleza son en definitiva los poderes de que la Administración dispone para asegurar —de manera regular y continua— el funcionamiento adecuado de los servicios públicos?

Tan grande es el vigor de las nuevas doctrinas que estamos exponiendo que hoy cambian ya los términos de la antigua dependencia entre lo político y lo administrativo, y empieza a construirse, junto a la inactualidad de las viejas nociones, el esquema de una nueva sociedad donde los "poderes" de sus órganos *de gestión* no derivan de ninguna entidad abstracta situada por encima de todo el mundo, sino que nacen de las necesidades mismas de

la comunidad y se miden al nivel de los derechos de los hombres y de la realidad de la vida práctica, como hemos dicho en otros de nuestros trabajos.

De todos modos, no sería quizás lo más justo decir que *lo administrativo* influye ahora en *lo político*. Sería más exacto, más científicamente fundado, afirmar que las transformaciones que hoy conoce la doctrina clásica del Poder son el fruto de una evolución que concierne a *todo* el sistema del Estado y del Derecho, evolución que tiene ya, inevitablemente, el signo que estamos subrayando.

Entre tanto, el progreso que ha alcanzado en nuestros días la doctrina moderna de los servicios públicos —incluso en los autores que seguramente no pretendieron llegar tan lejos— ha contribuido de modo considerable a hacer más claras las ideas sobre la noción misma del Poder. La construcción del sistema de los servicios públicos, con un alcance *administrativo*, toma, sin embargo, por sí misma, la amplitud y el relieve de una construcción *política*. A tal punto, que basta con reunir los “materiales” que ese sistema —administrativo— nos ofrece ya, para que puedan trazarse, con ellas, las grandes líneas y se puedan cimentar sólidamente las bases de una nueva teoría del Gobierno.

Las tesis modernas sobre “la colaboración de los particulares en la gestión administrativa”, el desarrollo extraordinario que ha tenido en los últimos tiempos la llamada “descentralización por servicios”, los estudios relacionados con el “sistema electivo” en la Administración Pública, la importancia creciente del papel del administrado y otros muchos temas que podríamos agregar, proporcionan en su mismo reflejo práctico y doctrinal multitud de ejemplos que confirman nuestro pensamiento.

Lo administrativo, centro de gravedad del Poder

Esto nos lleva a considerar que se está produciendo de hecho una reforma esencial, y no tan sólo de procedimiento, en la estructura del Estado.¹⁰⁶ En el seno de la Nación están surgiendo *poderes concretos*, poderes nuevos y efectivos, que hasta ahora no habían tenido expresión alguna —o solamente muy débil— en la esfera propia de la representación del Poder.

Esos “poderes concretos” se encuentran condensados en las múltiples entidades que representan el afán moderno de sistematizar las energías humanas y la riqueza colectiva; en esas entidades que son grupos de profesión,

¹⁰⁶ “El dilema es inminente: hay que modelar nuestra civilización o perecer” (Larkin en *El Estado moderno*).

corporaciones industriales, sindicatos, sociedades económicas, centros de cultura y de vida espiritual, núcleos de acción política y ciudadana; poderes nuevos que dan su fisonomía propia a la nación de hoy, y que empiezan a ser vehículos adecuados para las transformaciones indispensables que estamos señalando.

Del Estado moderno, como del viejo Estado de la Edad Media, se puede decir —empleando la justa expresión de Hegel— que es una verdadera *poliarquía*. Multitud de poderes nuevos existen, pero dándose la circunstancia de que los más auténticamente reales son los que “viven” en la esfera de lo administrativo. El país no está organizado en verdad sobre los “distritos electorales”, de cuyas fuentes surge, sin embargo, la legitimidad democrática de las instituciones. El país funciona en las fábricas, en los centros de estudio, en los servicios públicos, en las empresas; son el país las gentes que buscan y necesitan los diferentes servicios, los técnicos y funcionarios que los mantienen y organizan; está el país en los canales del comercio, de la cultura y del trabajo, en los “distritos” del esfuerzo social y de la economía.

Los sentimientos e intereses de una nación no están condicionados por la distribución geográfica del territorio —ni las solidaridades tampoco—, y es esa medida de sorprendente raíz feudal la que sirve —en el Estado de hoy— como base de encuadramiento de la voluntad del pueblo.

La realidad nacional se manifiesta a través de instituciones públicas o privadas que llamamos Cámaras de Comercio, Sindicatos de trabajadores, Universidades, Centros sanitarios, Asociaciones de deportes, Bancos, Sociedades de ayuda mutua, periódicos, teatros, cooperativas, etc. Son los “distritos” de la producción, de la labor intelectual, de la enseñanza, de la defensa nacional, de la seguridad social, de la salud, del arte, de la industria, de la agricultura. Son las Asociaciones de Padres de Familia que se interesan en el mejoramiento de las escuelas; son los grupos organizados de vecinos que ayudan a la construcción de una carretera o de un mercado municipal; son las sociedades deportivas que se preocupan por el desarrollo de la educación física de la población; son los comerciantes que tienen una representación en el Consejo de Economía del Gobierno; son los trabajadores cuyos Sindicatos forman parte de los organismos públicos para el progreso de la industria; son hombres de empresa, concesionarios de servicios, hombres de ciencia, abogados, médicos, profesionales diversos, artistas, funcionarios, que actúan dentro de *sociedades intermedias* cuya realidad se confunde con la realidad más viva del país.

Esos “poderes” corresponden a iniciativas, a actividades, a esfuerzos, a inteligencias, a voluntades que constituyen en su conjunto la expresión dinámica de la sociedad nacional. Son condensaciones especializadas del vivir de la nación; mucho más reales y concretas, de mayor peso específico social que otras instituciones de larga tradición jurídica y política, que muchas veces no son sino abstracciones o enteleguias, con poder oficial pero sin poder práctico en la vida común.

El Estado como “federación de servicios públicos” tendría su realidad en la *coordinación* de esos poderes. El centro de gravedad de su estructura estaría, por consiguiente, en lo administrativo. El elector sería, no el *ciudadano*, sino el *administrado*.

Ya en el año 1815, decía Fivée en su correspondencia política: “Si bien el poder de gobernar y el de administrar no constituyen sino uno sólo, ambos no se presentaban en la misma proporción en los primeros tiempos de nuestra monarquía... Los reyes entonces gobernaban mucho y administraban poco”.¹⁰⁷

“El Estado —subraya Hauriou— ha sido poco administrativo durante los primeros siglos de su existencia”.¹⁰⁸

En nuestros días, en cambio, el Estado gobierna, por supuesto, pero cada vez administra más. Cada vez asume mayor número de actividades que son servicios a la comunidad, prestaciones, atención de necesidades concretas, solución técnica de problemas, conflictos y demandas. El Estado de hoy no es sólo una organización del Derecho y de la autoridad, una estructura de límites y condicionamientos jurídicos, dentro de los cuales la única actividad positiva, hacedora, encaminada a promover el bienestar del país, correspondería al foro privado de los ciudadanos. La antigua idea del Estado-gobernante se ve sustituida —con fuerza imperiosa— por la realidad moderna del Estado-administrador.

Se sorprende uno de que la luminosa apreciación de Duguit —“la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del

¹⁰⁷ Cita en René Favarelle en su *Reforme administrative*.

¹⁰⁸ *Précis...* En su ensayo *Politics, Administration and the New Deal*, sostiene Luter Gulick que el Estado se está convirtiendo “en la super-compañía matriz” de nuestra vida económica, y que la nueva tarea consiste nada menos que en “trazar e imponer un plan coherente de vida nacional”. “Esto requerirá —añade— una nueva división del trabajo y, por lo tanto, una nueva teoría de la división de poderes. Aunque quizá sea demasiado pronto para formular tal teoría, es evidente que no se ocupará de frenos y equilibrios, o de la división existente entre el veto político, por una parte, y el planteamiento y ejecución de la política, por otra”.

derecho público”¹⁰⁹ haya podido permanecer durante tantos años escrita, y luego simplemente guardada entre las páginas amarillas de un libro. El concepto de soberanía en su forma clásica no es ya la razón de ser del Estado. “La voluntad del gobernante —como también dijo el ilustre Profesor de Burdeos—¹¹⁰ sólo posee valor y fuerza en la medida en que persigue la organización y el funcionamiento de un servicio público”. El Estado “posee el poder —subrayó Laski—¹¹¹ *porque* tiene que realizar ciertos deberes”.

El voto especializado

Dentro de ese mundo de realidades actúa una forma de democracia y un auténtico sistema electivo. Multitud de sociedades privadas —comerciales, culturales, sindicales u otras— funcionan por medio de asambleas y cuentan con dirigentes “elegidos”. Es curioso meditar en el hecho de que hay *menos democracia* dentro de la Administración oficial. Existen Corporaciones de Derecho público en las que participan con funciones iguales y en proporción diversa miembros procedentes del sector público y del sector privado. Por lo general, estos últimos son designados a través de una elección democrática (por ejemplo, los representantes del Sindicato de Transportes o del Colegio de Abogados), mientras que los primeros son simplemente *nombrados* por una Resolución ministerial. La democracia debe extenderse a la Administración.

En la democracia de nuestros días, el elector —con un solo voto y de una sola vez— decide lo que han de ser durante varios años las más diversas y múltiples funciones del Estado: la Hacienda nacional, la organización de la

¹⁰⁹ *Las transformaciones del derecho público*, trad. española.

¹¹⁰ *Ob. cit.* “No existe el Derecho —decía Posada— sin una actividad para un fin” (*Tratado de Derecho Político*, 1935, p. 85). “La noción del Estado debe ser por principio y por *utilidad* una noción teleológica. Definirle tan sólo por sus líneas formales es introducir en el concepto una base de confusión, y además una falla extremadamente peligrosa. Nada puede ser más contrario al interés público que vaciar de contenido y de motivo la idea del Poder” (V. mi libro “Solidarismo”, pp. 196-197).

Aristóteles afirma que “la naturaleza de cada cosa es precisamente su fin”. Ese fin es objetivo, inherente a la cosa misma, y no subjetivo, tal como el hombre se lo proponga arbitrariamente. De ahí que el Estado, que es una “comunidad natural”, obra del impulso natural del hombre, no sólo se forme para “vivir juntos”, sino para vivir juntos teniendo como principio “la esperanza de un bien”. El Estado es mucho más que una simple comunidad de espacio, dice Aristóteles. “Se constituye para hacer la vida posible, y existe para la vida buena” (*Política*, cap. V, “Del fin del Estado”).

¹¹¹ “El Estado moderno”, p. 17.

cultura, la diplomacia, la sanidad, las obras públicas, la vivienda, el mercado de abastos, la producción agrícola, el vestido: el correo, la electricidad, el agua, los caminos, el transporte: el ejército, la marina, la aviación: el trabajo, la moneda, el comercio, los puertos, la radio: la justicia, la libertad.

La tendencia moderna es a hacer que el elector tenga un voto distinto por cada uno de los grandes sistemas de actividades públicas. Como sucede en la práctica con el abogado que vota en su Colegio; el profesor en su Universidad; el trabajador en su Sindicato; el padre de familia en su Asociación, y los demás en su cooperativa, en su sociedad industrial o en su club. Cada ciudadano tiene su voto político, pero además tiene otros diversos votos en otras tantas agrupaciones a través de las cuales se encuentra vinculado a la compleja maquinaria de la comunidad.

El voto funcional, distinto del voto político, no tenemos que inventarlo; ya existe. La práctica del mismo la observé hace tiempo en una de las instituciones más antiguas de la vida social española. En la organización de los regadíos. Y he pensado muchas veces que ahí podría encontrarse el modelo de un nuevo tipo de gobierno mucho más eficaz, y yo entiendo que también de una democracia mucho más democrática.

La idea de construir todo un sistema sobre esas bases no me parece que encuentre grandes dificultades en su ejecución.

Una experiencia española

A raíz de la conquista de Murcia (a mediados del siglo XIII), los “herederos” de la Huerta se reunían para verificar elecciones *concejera*mente,¹¹² es decir, al modo de un Consejo, de una municipalidad. Se reunían para votar gastos o costas, para elevar peticiones y contratar o hacer *posturas*; en fin, para *fazer y ordenar*, según decía Alfonso XI. El nombre de la gran asamblea del regadío era el Juntamento, y la integraban los hacendados o sus representantes de toda la Huerta.

La Comisión de Hacendados, que era el órgano ejecutivo de la comunidad —el gobierno del agua—, no la designaba ni en todo ni en parte ningún poder del Estado. La elegían con plena independencia los interesados en el riego. Para ello, formaban un cuerpo electoral *especializado*, disponiendo de un voto que era distinto del voto político común.

Las facultades de la Comisión eran extensas, tanto como lo demandaban las necesidades de los servicios a su cargo. Y había también un “tribunal

¹¹² Privilegio de Alfonso el Sabio de 28 de abril de 1310.

de aguas", llamado Consejo de Hombres Buenos, "competente —según disposición legal— para entender en las cuestiones de hecho que se promuevan entre los regantes y para imponer a los mismos la penalidad marcada en las Ordenanzas cuando las infringiesen".¹¹³ Los miembros de ese Consejo de Hombres Buenos eran designados —por sorteo, y no por nombramiento de autoridades oficiales— de entre los propios componentes de la comunidad.¹¹⁴

¿Se puede argüir que la comunidad era, en definitiva, una asociación de carácter privado? Lo era, desde luego, en su origen. Pero el aprovechamiento del agua para los regadíos es materia social, y en su naturaleza predomina el fin público.

La ciencia administrativa lo estima así. Las leyes —en España y en otros países— han otorgado a las comunidades de regantes las ventajas del "self-government". El Derecho español ha estatuido desde muy antiguo —y en forma más sistemática a partir de nuestro Código de Aguas de 1866— que tales instituciones, *privadas* en su origen, se "incorporen al sistema administrativo *oficial* del Estado, con competencias, potestades y funciones que sólo a una entidad pública se le pueden normalmente reconocer.

La Ley de 1866, no sólo mantuvo las viejas organizaciones existentes, que se regían por normas consuetudinarias y representaban una tradición de siglos de vida autónoma, sino que abrió el camino para la formación de otras análogas, consagrando así la fuerte y vigorosa realidad de un sistema de "self-administration" que pudiera inspirar transformaciones colosales en el Estado del futuro.

A partir de 1926, se estableció en España un sistema de "confederación" de las comunidades y de los aprovechamientos de una misma zona fluvial, con el fin de elaborar y ejecutar en común —de manera coordinada y metódica— los planes de aprovechamiento de las aguas comprendidas en cada zona. Esos organismos se llaman Confederaciones Sindicales Hidrográficas, y realizan, además de lo dicho, casi todas las funciones propias de la Administración general en materia de Aguas. Incluso —por concierto con el Esta-

¹¹³ Real Decreto de 25 de abril de 1881.

¹¹⁴ En 1879, dijo don Pedro Díaz Cassou que sería motivo bastante para reformar las Ordenanzas de la Huerta de Murcia el de lograr que se suprima toda intervención en la justicia del regadío. Y con ese criterio se dictaron las reales órdenes de 14 de octubre y 8 de enero de 1881 recomendando la reforma por el motivo y en el particular expuesto. La última de esas disposiciones dice terminantemente: que Su Majestad se digna significar al Gobernador de Murcia la conveniencia de que procure la reforma de las Ordenanzas de la Huerta "de manera que conserven los Juntamentos su libertad de acción en armonía con el espíritu de la Ley, suprimiéndose la intervención del Ayuntamiento en los fallos del Consejo de Hombres Buenos".

do— otros servicios de obras públicas, agrícolas, forestales, etc., que para el desarrollo de sus planes se estimen necesarios.

Dirigen la Confederación: una Asamblea, una Junta de Gobierno y dos Comités Ejecutivos: uno, de construcción; otro de explotación, agrícola e industrial. La Asamblea la forman —junto a la representación del Estado y a otras de cierto número de entidades económicas y financieras del país— los representantes de todos los aprovechamientos confederados. El número de tales representantes se determina en relación gradual y pre-establecida con la superficie regada o regable, el consumo de agua o la potencia; todo ello, de manera que ningún sector quede falto de representación y ningún Sindicato o usuario pueda alcanzar mayoría.

“Self-government” administrativo

El principio jurídico, social y técnico a que responden estas Confederaciones modernas no es distinto del que determinó la formación consuetudinaria de las Comunidades de Regantes y de los Sindicatos Centrales o de valle. Ese principio supone, pues: respecto de la realidad social, “self-government” de las instituciones que personifican el servicio, democracia funcional, intervención de electores especializados.

En algunos países funcionan Universidades autónomas, que no son privadas, sino oficiales. Esas Universidades tienen su origen en una Ley del Estado, y se nutren de recursos procedentes de la fiscalidad común. Las condiciones concretas de la autonomía son, sin embargo, muy amplias. Esos centros establecen con toda libertad sus propios Estatutos, su organización interior y sus planes de estudio. Expiden títulos de capacidad profesional, que tienen completa validez ante las leyes, corporaciones y autoridades del país. Nombran sus profesores, designan todo el personal del establecimiento, fijan los requisitos para la admisión de alumnos, establecen las normas de disciplina interna que el servicio requiere.

No hay representación alguna de los Poderes estatales en el Consejo Universitario, ni la más mínima intervención de esos Poderes en los asuntos propios de la Universidad. El Consejo Universitario no es nombrado “desde arriba”, sino *elegido*; y elegido por el voto de los que tienen *directa* y *especial* vinculación con el servicio mismo. Es decir, por un cuerpo electoral *especializado*.

Hay más ejemplos. En algunos casos se trata de entidades privadas de alcance social, que no han sido incorporadas a la Administración Pública.

Su existencia no está respaldada por ninguno de los privilegios legales que dan carácter a los servicios públicos. Pero, ¿qué podría impedir que esas u otras entidades creadas con tales fines de importancia social, se incorporaran al sistema de la Administración pública, y fueran revestidas por la Ley del mismo poder de "self-government" que disfrutaban los sindicatos de riego o las Universidades autónomas? ¿Por qué esa misma naturaleza de instituciones públicas auto-administradas no se trasladaría de la enseñanza y del riego de tierras a otros servicios incorporados ya, o incorporables a la Administración? ¿Por qué no a los teléfonos y al correo, a la energía eléctrica y a los transportes, a las obras públicas y a ciertas zonas del comercio, a otras varias ramas de la industria y de la economía en general, a la música, a la vivienda y al deporte?

Estoy apuntando, pues, el esquema de una Administración organizada sobre base electiva, que no lo sería a través de "divisiones" geográficas, sino de grandes "sistemas de servicios", dotados de medios técnicos y financieros suficientes, del privilegio legal indispensable que asegure su funcionamiento (regular y continuo), y de las condiciones concretamente mencionadas al comienzo de este capítulo; es decir, organismos administrativos directamente vinculados: 1, con las necesidades sociales cuya gestión tienen a su cargo; 2, con la voluntad *inmediata* de los hombres y grupos a quienes afectan de manera particular los correspondientes servicios.

El administrado-elector

El elector —hemos dicho— sería el administrado. El sufragio se transformaría entonces en una *fuera* positiva, en un instrumento dinámico, en un poder mucho más real que el sufragio "político" como medio de *participación directa* en las tareas del Gobierno.

La Administración se apoyaría en un cuerpo electoral de nuevo tipo, un cuerpo electoral inmediatísimo, distinto, especializado, que actuaría en el marco propio de cada uno de los respectivos servicios, garantizando al mismo tiempo la competencia técnica de los funcionarios elegidos, y la independencia de éstos en el sistema de la jerarquía oficial.

Esto significaría reforzar en el administrado el sentido de su "participación" en el servicio público, participación que supone como dos caras de una medalla: *derecho* y *responsabilidad*, y que no debe aparecerle en ningún momento como una simple cosa ilusoria.¹¹⁵

¹¹⁵ En sus "Principios Generales" dice Jeze —hablando de la distinción entre los gobernantes y los agentes o funcionarios —que entre los primeros posee la mayor fuer-

El administrado —que ahora no vota— sería, pues, elector. Y el elector tendría entonces un carácter muy distinto del que tiene hoy el ciudadano, titular abstracto de una “soberanía” imprecisa, sujeto que parece condensar en su derecho todas las energías de la Ley y del Poder, y que es en la práctica la entidad más inerte y desposeída que existe.

A través del sistema electivo dentro de la Administración, votaría, no sólo ese personaje vagamente definido de la política, sino el que necesita ir habitualmente a la oficina de Correos, el que tiene un abono de gas, de agua o de luz, el que manda a sus hijos a un centro de enseñanza, el que usa el telégrafo, la carretera o el mercado municipal. De tal forma que el administrado-elector *intervendría* directamente en la gestión de lo que le concierne, y no tan sólo en una función electoral que para muchos es cosa sin relación alguna con su propia suerte ni con la suerte del país.

El elector se encontraría “más cerca” de la ejecución de los asuntos. En vez de barajar abstracciones, el proceso electoral dentro de la Administración llevaría a la polémica y al interés de los diferentes grupos de la comunidad los términos concretos del hacer colectivo.

La elección actual es menos democrática. El pueblo elige un corto número de funcionarios. Esos funcionarios no son todo el Estado ni mucho menos toda la Administración. Hay funcionarios que tienen a su cargo las más graves responsabilidades de la vida social, y no son elegidos. La democracia no llega hasta ellos.

Meditense estas palabras: “La libertad o la falta de libertad de una nación dependen hoy día más de los actos administrativos que de los actos políticos. Si la administración es absoluta, no hay libertad; si la libertad sólo existe en las discusiones de las Cámaras, no hay libertad”...

Alguien se asombrará seguramente: esas palabras fueron dichas en 1815. (Son de Firvée, citadas por René Favareille en su “Reforme Administrative”). Casi me parece innecesario añadir aquí, que hoy son incomparablemente más visibles las razones y los hechos que podrían respaldar un pensamiento análogo.

El Derecho Administrativo no se limitaría a envolver la función pública en una malla cada vez más estrecha de derechos subjetivos y de recursos en la esfera jurisdiccional, sino que buscaría en el contacto vivo y directo

za la masa de los electores. “Esto ocurre en derecho (principio de la soberanía nacional) y en la práctica”. Y añade esta importante observación: “La debilidad del cuerpo electoral proviene de la falta de organización de los electores, de la imprecisión de su voluntad y de los largos intervalos que separan las ocasiones en que estas voluntades se manifiestan”.

con las necesidades sociales y en la participación de los administrados en el juego mismo de la iniciativa y de la organización de los servicios, una garantía eficaz de que tales servicios corresponderán a la idea de la "utilidad pública", que es a la vez —como ya hemos dicho— la *causa* y la *medida* de los poderes y de los derechos de las autoridades.¹¹⁶

Estamos asistiendo a una evolución cuyo justo concepto no es que el Estado *absorbe* las actividades sociales, sino que las actividades sociales nuevas dan figura, modelan y perfilan poco a poco, contribuyen a formar —con

¹¹⁶ En el discurso que pronuncié al inaugurarse el año académico en el Instituto Peruano de Administración Pública (26 mayo 1961), señalé algunas de las principales razones en que se basa la importancia de la Administración moderna:

"Primero, frente a lo que suele llamarse la esfera política del Poder, la Administración representa un nivel de continuidad, de eficacia, de estabilidad, de unidad, de objetividad ante los problemas y sus soluciones, de especialización, de técnica y de programación frente a ciertas tendencias excesivas a la improvisación, a dar prioridades a lo que más pesa en el juego de los intereses "políticos" de menor cuantía, y a subordinar los principios de la técnica ejecutiva a las exigencias que imponen los dioses caprichosos de la popularidad...

En segundo lugar, en el terreno del planeamiento y el desarrollo económico. Se hace cada día más urgente el eficaz cumplimiento de las atribuciones otorgadas al Estado para estimular el desarrollo económico y canalizar bien sus recursos, en una situación difícil en que sólo el hecho de mantener los niveles alcanzados representa un esfuerzo considerable... La Administración tiene necesidad de ponerse al día en su estructura y en sus métodos... Uno de los problemas más arduos es el de hermanar los objetivos que tienden a conseguir separadamente el sector público y el sector privado. Y el instrumento básico, reconocido por los especialistas y por los hombres de gobierno, para coordinar todos los esfuerzos que pueden y deben hacerse en pro del desarrollo: es la Administración Pública...

En tercer término, la Administración Pública es eminentemente responsable del bienestar nacional. Es su función, su finalidad específica. La Administración no existe para llenar papeles en los escritorios o para realizar cometidos secundarios que sólo tengan una relación indirecta con las necesidades del hombre común. Al contrario, su actuar debe hallarse *directamente* vinculado con esas necesidades... Las circunstancias de nuestra época no toleran ninguna clase de "espontaneidad" en el cumplimiento de los fines sociales. El camino del gobernante, del administrador público de estos tiempos, no es el de evitar o eludir los requerimientos de la vida práctica, sino el de hacer frente a las nuevas realidades y tomar a su cargo las responsabilidades nuevas... El impacto de lo administrativo debe ser directo, real y sensible a través de la multitud de los servicios... sin los cuales, el desorden social al que fatalmente conducen la improvisación, la falta de programa y de continuidad que muchas veces se observa (además de la complejidad de los problemas y del tono de inquietud, de impaciencia y hasta de violencia que son tan abundantes en nuestros años) llegaría a hacer de nuestros países escenarios de caos insoportables"...

su propio impulso y su viva presencia— un nuevo tipo de organización y de Poder.¹⁷⁷

Los servicios públicos autónomos, las corporaciones y establecimientos de utilidad social, las entidades industriales, los centros de cultura, las células de base de la economía y de la vida del espíritu dentro de la Nación, serán probablemente en el futuro que hoy se forja, los cuerpos integrantes, las células de base de la sociedad política.

El Derecho Administrativo está entrando en una nueva fase, está tomando un relieve inesperado, como preparándose para ser el Derecho Constitucional de mañana.

¹⁷⁷ "La Administración debe ser una organización en un medio favorable, que facilite su funcionamiento. Debe actuar hacia el país en su conjunto, buscando la colaboración indispensable, procurando crear un clima administrativo que rinda toda su eficacia a la operación de los órganos públicos, haciendo de esa colaboración una formación para los ciudadanos y una costumbre en el seno de la comunidad... La Administración dispone de una fuerza jurídica, legal, para realizar sus cometidos propios; puede imponer sanciones; puede hacer uso de los poderes excepcionales que le otorga el hecho de actuar como un organismo integrante de la soberanía del Estado. Debe hacer uso de esa autoridad, de la que le otorgan las leyes, pero debe ganarse el apoyo consentido y afirmador de la voluntad pública que es una forma distinta de la autoridad, que yo llamaría: *la autoridad del acierto*. Esa autoridad se obtiene recibiendo voluntariamente de los hombres, de los pueblos, de la comunidad, a través de la honrad y de la eficacia de la propia función administrativa, de los servicios que demuestran en la práctica la excelencia de su concepción y de su ejecución"... (Del citado discurso en el Instituto Peruano de Administración Pública).