

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE**

**R E V I S T A
D E
D E R E C H O**



**AÑO XXXIX - Nº 157
SEPTIEMBRE - DICIEMBRE DE 1971**

Director:
JUAN ARELLANO ALARCON

Subdirector:
RENATO GUZMAN SERANI



EDITORIAL ANDRES BELLO

ESTADO DEMOCRATICO Y ADMINISTRACION PRESTACIONAL

por

LEON CORTIÑAS - PELAEZ

Maître-Assistant asociado en la Universidad de París I
(Panthéon-Sorbonne)

Codirector del "Archivo de Derecho Público
y Ciencias de la Administración"

*A mis compañeros de la
Universidad de Concepción (Chile),
donde colegas y alumnos
tanto enriquecieron
el proyecto de estas páginas.*

SUMARIO

INTRODUCCION: 1. La Edad Administrativa. 2. De la dominación a la integración.

I. FUNDAMENTOS DE UNA ADMINISTRACION PARA LA DEMOCRACIA. 3. A) La falsa oposición del "Polizeistaat" al "Rechtsstaat". 4. B) El positivismo jurídico, expresión doctrinal del capitalismo. 5. C) Relevancia democrática de la "doctrina de la integración". 6. D) Lo material y lo formal en el Estado Democrático. 7. E) Aportación de la historia. 8. F) La ordalía de la experiencia.

II. ESPECIFICIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. 9. La distinción: Administración Pública y administración privada. 10. A) *Las diferencias económicas*. 11. B) *Las diferencias sociales*. 12. C) *Las diferencias políticas*. 13. D) *Las diferencias normativas*. 14. a) Los valores constitucionales. 15. b) La finalidad. 16. c) La organización administrativa "hacia afuera". 17. d) El orden jurídico dominante. 18. e) La relación jerárquica. 19. f) La coordinación. 20. g) El elemento coercitivo. 21. h) El personal. 22. i) El estatuto de la función pública. 23. j) La remuneración de los agentes públicos. 24. k) Los objetivos de la productividad. 25. l) La naturaleza monopólica. 26. m) La contabilidad. 27. n) El control. 28. ñ) La responsabilidad. 29. E) *Las diferencias técnicas*. 30. F) *Las convergencias*. 31. a) Trasfondo de la pretendida asimilación. 32. b) Límites de un perfeccionamiento instrumental. 33. c) Una dimensión sustancial de la "apariciencia administrativa".

CONCLUSIONES. 34. Elementos para una definición.

INTRODUCCION

1. *La Edad Administrativa.* La extensión e intensidad de las actividades administrativas en la era contemporánea parece querer alcanzar pronto el impulso, la realización o, por lo menos, el control, de todas y cada una de las tareas individuales o colectivas de interés social.

Una descripción, contenida en una de las obras generales más importantes en materia de Administración, publicada recientemente en Alemania, nos lo pone de manifiesto, con peculiar expresividad:

"En las ferias internacionales, durante el tráfico vacacional y hasta al comienzo como al final de la jornada de trabajo en las grandes ciudades, helicópteros y transmisores de radio de la policía se ponen en acción para mantener la fluidez de la corriente de vehículos. Los aparcamientos para automóviles funcionan con el concurso o bajo la dirección directa de la Administración. La Administración fiscal distribuye hojas explicativas, que brindan útiles indicaciones a los contribuyentes para llenar sus formularios respectivos. La Administración sanitaria emprende una amplia campaña ilustrativa, para obtener que el mayor número de habitantes participe libre y gratuitamente en la vacunación antipoliomielítica por vía bucal. Autoridades administrativas se esfuerzan en mantener limpios el aire y las aguas públicas; se procede a la urbanización de las zonas balnearias próximas, facilitando su acceso a la población de las ciudades industriales. Las explotaciones agropecuarias son transformadas, con el apoyo básico de la Administración, para adaptarlas a las condiciones dominantes en el mercado mundial" (1).

Si las cátedras de Ciencias Administrativas surgen, numerosas, y si dicha disciplina alcanza un creciente desarrollo en esta segunda mitad del siglo XX, ello se relaciona estrechamente con el fenómeno indicado, con la materialización de una Edad Administrativa (2), uno de los rasgos más típicos de las sociedades modernas, el cual más allá quizá de

-
- (1) Breuckmann, Elmar: *Handelnde Verwaltung*, in Morstein-Marx (director), "Verwaltung, Eine einführende Darstellung", ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1965, pág. 215.
(2) Bandet, Pierre y Mehl, Lucien: *Le fait administratif: nature, origine et développement*, in Langrod (ed.), "Traité de science administrative", Mouton, París, 1966, pág. 80, citando a André Siegfried, quien escribía: "Hemos aquí llegados, sin haber salido de la edad mecánica, a una edad administrativa".

las diversas revoluciones industriales, las diferencia de las sociedades tradicionales (3).

La Edad Administrativa, que no es necesariamente una "era burocrática" (4), significa el umbral de un período fascinante en el crecimiento colectivo de la persona humana, en cuanto el Hombre afianza su dominio sobre sí mismo y sobre su entorno, orientando mediante una racionalización, sistemática, individual y de la especie toda, los moldes y aún el contenido de la historia. En este sentido ha podido concebirse a la Administración como el motor científico del cambio social (5), como la guía responsable en el sendero del progreso (6), encargada de analizar las previsiones del cambio social y de proponer, prospectivamente (7), las estructuras y actividades tendientes a su realización armónica y acelerada.

2. *De la dominación a la integración.* Cuando hablamos de Administración, con mayúscula, nos referimos en castellano, a la Administración Pública (8). Sus actos de decisión, ejecución y control configuran una función estatal (9), la función administrativa. Una función del Estado. Una concepción finalista, instrumental, tiende en la Edad Administrativa a presidir el conjunto de las funciones estatales. Ya no estamos ante el Estado como expresión necesaria de una dominación (10), ante la mera personificación abstracta de una relación socioeconómica de fuerzas políticas; sino ante el Estado como el centro de integración, directo o indirecto, de un conjunto de actividades prestacionales (11), tendientes a la promoción integral del Hombre, mediante un acabamiento creciente, y jamás totalmente realizado, del Estado *democrático* y *social* de Derecho (12). Las notas "democrático" y "social", injertadas

(3) Bandet, Pierre y Mehl, Lucien: *ibidem*.

(4) En el sentido ideal del modelo célebre de Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. Mohr, Tübingen, 1922 (reed. 1954).

(5) Así, Sfez, Lucien: *L'administration prospective*, ed. Celin, 1970, *préface Georges Vedel*, págs. 5-6, esp. 219 y 388.

(6) Sfez, Lucien: *ibidem*, pág. 453.

(7) Para la distinción entre mito, utopía, previsión y prospectiva, vid. Sfez, *ibidem*, pág. 35 y ss.

(8) Igual afirmación, en la doctrina alemana: vid. Morstein-Marx, Fritz: *Vorwort*, en la obra por él dirigida, *precitada supra*, nota (1), pág. V.

(9) Cfr. Rivero, Jean: *La fonction administrative*, in "L'Encyclopédie française", tomo X, *L'Etat*, ed. Société nouvelle de l'Encyclopédie française, París, 1964, pág. 339 ss.

(10) La teoría de la Herrschaft, típica del pensamiento alemán de fines del siglo XIX, en cierta medida coincidente con el pensamiento de la puissance publique en la escuela de Tolosa.

(11) Hablar hoy de un Estado prestacional (Leistungsstaat) parece un eco no demasiado lejano de la doctrina de Burdeos, cuya excesiva expansión del service public no debe empañar el acierto profundo de su vertebración predemocrática.

(12) Cfr. Abendroth, Wolfgang: *Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag*, in Cortinas-Peláez (director), "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)", ed. I. E.A.L., Madrid, 1969, tomo I, págs. 803 - 846, *passim*.

en el concepto clásico liberal, no sólo lo preceden en la doctrina alemana que es su fuente (13), sino que significan su radical transformación, tanto en sus estructuras como en su funcionamiento.

I

FUNDAMENTOS DE UNA ADMINISTRACION PARA LA DEMOCRACIA

3. *La falsa oposición del 'Polizeistaat' al 'Rechtsstaat'*. El liberalismo, al restringir la imagen tradicionalmente intervencionista (*Polizeistaat*) del Estado absolutista, para convertirlo en un mero juez y gendarme al servicio de las minorías poseedoras, forjó con este propósito la oposición, históricamente (14) falsa y conceptualmente errónea, entre *Polizeistaat* y *Rechtsstaat*. Al entender a este último como el único tipo de Estado de Derecho, ocultó que el antiguo *Polizeistaat* no era, en el sentido moderno de la lengua, un Estado "policíaco", sino, en sentido muy diverso, un Estado "político", al servicio de la Ciudad (*polis*). En definitiva, jugando hábilmente con el sentido contemporáneo de la voz "policía" (15), se logró empañar la concepción administrativa clásica, en la cual el Estado era responsable del bienestar de todos sus súbditos (*política* global, igualmente expresada por la expresión "Estado de Bienestar", *Wohlfahrtsstaat*), a los cuales debía servir, debía prestar, no sólo ayuda (*Hülfe*) sino también protección en su Derecho (*Recht*) (16). Dicho brevemente, el liberalismo presentó al Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) como la única forma *no arbitraria* de ejercicio del poder público, deformando al Estado de la (buena) policía para presentarlo como la negación del Derecho, siendo que, en teoría, el Derecho era

(13) Nótese que, en la sintaxis del alemán, los adjetivos *demokratischer* y *sozialer* preceden con acierto no-adjetivo, la enunciación del mero *Rechtsstaat*.

(14) Cfr., exhaustivamente, la ejemplar obra de Maier, Hans: *Die altere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*, ed. Luchterhand, Neuwied a.R. Berlín, 1966.

(15) El mismo juego de palabras del alemán *Polizei* ha sido válido en castellano, como surge de Jordana de Pozas, Luis: *Los cultivadores españoles de la ciencia de la Policía*, "Rev. de Estudios de la Vida Local", Madrid, año III (1944), Nº 17, reproducido ahora en "Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas", ed. I.E.A.L., Madrid, 1961, pág. 3 y ss. En dicho mismo sentido, más ampliamente, vid. Baena del Alcázar, Mariano: *Los Estudios sobre Administración en la España del Siglo XVIII*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, quien señala que "policía" era empleado por "Administración", habiendo pasado, de una mera identificación con el poder mismo, a ser la actividad de este poder, acepción genérica que identifica "policía" con toda la actividad estatal (págs. 29 y ss., esp. pág. 35).

(16) Cfr. para dicha síntesis del Estado en *Hülfe* (alemán antiguo, por *Hilfe*) y *Recht*, Maier, precitado supra, nuestra nota (14), su pág. 116 y ss., así como especialmente, en pleno siglo XIX, la obra de Mohl, Robert von: *Die Polizey-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 3 tomos, Tübingen, 1831 - 1834, que vanamente intenta conciliar la plenitud clásica de la *Polizei* con el Estado de Derecho.

esencial a la realización del *Polizeistaat*, el cual, a diferencia del Estado de Derecho, estaba igualmente obligado a velar activamente (*Hülfe*) por el bienestar de todos sus súbditos.

El Estado de policía sólo conoce súbditos. Lo mismo el Estado de Derecho. Por ello, la concepción contemporánea del Estado ya no se satisface del mero Derecho, sino en cuanto esté precedido y regido por las mayorías responsables y *autoconducidas*, sino en cuanto sea *democrático* (17), incorporándose así a la clásica construcción alemana, formalista, una substantividad ínsita en el derecho público francés (18).

4. *El positivismo jurídico, expresión doctrinal del capitalismo.* De este modo, la realización del Derecho por el Estado, tiene una *condictio sine qua non*: que éste tienda a afirmar y realizar, estructuralmente y funcionalmente, el papel dirigente de sus habitantes, ciudadanos (19) y no súbditos, sujetos activos y pasivos de la esencia del Estado, esencia por consiguiente substancial, política, que hace inseparables (20) a ambos conceptos (Estado y Política), en el sentido, pleno y no fragmentario, del *Polizeistaat* germánico tradicional.

De la pasividad del Estado liberal (pretendidamente de Derecho) a la promoción integral del Hombre en sociedad, postulada por el Estado democrático y social de Derecho, del tránsito de un Estado de sujetos a un Estado de ciudadanos, se deduce la falsedad metodológica del positivismo jurídico, que empobreciera aceleradamente al Derecho al grado de ya poder hablarse de una ciencia jurídica sin Derecho (21); dicho método, al convertir a la ciencia jurídica en una mera técnica descriptiva de relaciones formales preexistentes, se traducía en una pasiva aceptación de los desequilibrios socioeconómicos expresados en las normas, en un renunciamiento de principio a todo enfoque crítico del derecho público vigente (22). En definitiva, históricamente, el positivismo se presenta como la manifestación metodológico-jurídica típica del capitalismo del siglo XIX (23). En efecto, Estado y Sociedad

(17) Es decir, gobernado por y para la mayoría.

(18) Así lo reconoce *Abendroth*, precitado *supra*, nuestra nota (12), remontándose a la Revolución francesa de 1848 (su pág. 807).

(19) Cfr. *Smend, Rudolf*: *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, 1933, ahora en sus "*Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*", ed. Duncker u. Humblot, Berlín, 1968 (2ª ed.), págs. 309 - 325.

(20) *Scheuner, Ulrich*: *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, in *Hesse, Konrad; Reicke, Siegfried; Scheuner, Ulrich, Dirs.*, "*Staatsverfassung und Kirchenerenung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15 Januar 1962*", ed. Mohr, Tübingen, 1962, págs. 225-260, esp. pág. 226.

(21) Cfr. *Cortiñas-Peláez, León*: *Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho Público*, Introducción General a la obra precitada *supra*, nota (12), t. I, p. CXLII.

(22) *Scheuner*, precitado *supra*, nota (20), pág. 227.

(23) Cfr. *Polak, Karl*: *Dialektik und Positivismus in der Staats- und Rechtswissenschaft*, en su "*Zur Dialektik in der Staatslehre*", Akademie Verlag, Berlín, 1963, págs. 201-305, que muestra cómo el positivismo jurídico tiene por esencia una concepción fijista de las relaciones sociales, tendiente a excluir la hipótesis de cambio en un aparato normativo que se busca así abstraer de la evolución económica y política (esp. págs. 202 y 218).

eran presentados como dos realidades antagónicas (24), y particularmente el Pueblo, exterior al poder, era sólo un elemento del Estado (25). La fuerza, la dominación de la minoría, exigen la pasividad del Estado, la renuncia a una promoción integral del Hombre que implicaría, necesariamente, la quiebra del poder confiscado y la destrucción de la organización socioeconómica de la que éste deriva.

5. *Relevancia democrática de la doctrina de la integración.* Enfrentándose a las consecuencias de esta concepción positivista, substancialmente conformista, surgió en el derecho constitucional de los años 20, en Alemania, la doctrina de la integración (26), que tiende a interpretar la esencia del Estado, no como un mero querer o como una dominación, sino como un proceso dialéctico de convergencia (*Vereinheitlichung*), como un siempre renovado proceso vital cuyo estudio jurídico impone la consideración del contexto político-social (27). Ella lleva, superando el divorcio hegeliano entre Estado y Sociedad (28), a ya no ver la substancia del Estado sólo en el "Monarca", las fuerzas armadas y el aparato burocrático (29), sino a integrar en él la plenitud de la voluntad —que pasa a ser fuerza— de los ciudadanos, al servicio de cuya mayoría se legitima la existencia del Poder y se articula la Administración.

La Administración Pública no se resume, en efecto, al mero cumplimiento técnico de ciertas prestaciones, autoritariamente resueltas por el Poder y pasivamente recibidas por la población (30). Por el contrario, la afirmación *democrática y social* del Estado de Derecho en esta segunda mitad del siglo XX supone una acción política cívica y de redistribución político-social, inconciliable con una actividad servicial de contenido apolítico (31). Esta apoliticidad sólo pretende cristalizar, en

(24) Antagonismo dialéctico hegeliano derivado, en definitiva, de la neutralización substancial operada por el formalismo liberal kantiano.

(25) Así, Jellinek, Georg: *Allgemeine Staatslehre*, 7ª reimpresión de la 3ª ed. (1929), Hermann Gentner V., Bad Homburg v.d. Höhe, 1960, págs. 180 y 406 ss.

(26) Smend, Rudolf: *Verfassung und Verfassungsrecht*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1928; y luego, del mismo Smend, sus artículos *Integrationslehre*, en "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften", tomo V, 1956, págs. 299-302 e *Integration* en "Evangelisches Staatslexikon", ed. Kreuz-Verlag, Stuttgart-Berlín, 1966, págs. 803-805; los tres, ahora, en su recopilación precitada *supra*, nuestra nota (19), págs. 119-276, 475-481 y 482-486.

(27) Cfr. Scheuner, precitado *supra*, nota (20), pág. 247.

(28) Cfr., ampliamente, Ehmke, Horst: "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, en la "Festgabe Smend", precitada *supra*, nota (20), págs. 23-49.

(29) Ehmke, *ibidem*, pág. 46.

(30) Como en el esquema, de cuño nacionalsocialista, de Forsthoff, Ernst: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlín, 1938, ahora en su recopilación "Rechtsfragen der leistenden Verwaltung", Kohlhammer, Stuttgart, Schriftenreihe "res publica", 1959.

(31) Cfr. Scheuner, precitado *supra*, nuestra nota (20), pág. 238 y su nota (51) que refuta expresamente la dudosa apoliticidad (en 1961), de quien como Forsthoff escribía en 1933 *Der totale Staat*.

moldes formales, el radical cambio de substancia que va del Estado liberal burgués —fundado en las minorías— al Estado democrático y social de derecho —que promueve la integración de todos los ciudadanos, como fundamento de una actividad prestacional para las mayorías.

Lo expuesto permite comprender la naturaleza *material* de esta evolución. Reducir el tránsito del Estado de Derecho al Estado democrático y social de Derecho a un mero cambio formal (32), significa desvirtuar, frenar, la proyección política del mismo (33). Se desconoce así que, incluso respecto del mero Estado social de Derecho (34), los elementos formales sólo existen al servicio, sólo han sido forjados para la realización y consolidación de la Justicia como fin del Estado (35), es decir, que lo "social" sólo se vale de lo formal para impartir al Estado el deber (y para acordarle los medios jurídicos) de construir y preservar la justicia social, poniendo remedio a las necesidades de las masas mediante una actividad de promoción integral del Hombre en sociedad (36). En este último sentido, la Administración se ve transformada por imperio de la Constitución, el derecho administrativo se vuelve un derecho constitucional concretizado (37), cuya ejecución sólo puede tener adecuado cumplimiento a través de la libre y plena asunción de sus responsabilidades sociales por ciudadanos —no por sujetos— (38).

- (32) Tal cual lo preconiza insistentemente *Forsthoff, Ernst*: Vorwort a sus "Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964", ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1964, págs. 7-9.
- (33) Así lo intentó el propio *Forsthoff*, en el congreso anual de 1951 de los profesores alemanes de D. Público. Vid. las "Veröffentlichungen" cit. *infra*, nuestra nota (35), págs. 8-36.
- (34) Que no es necesariamente un Estado antidemocrático, sino sólo un Estado pre-democrático, en el sentido que adoptamos en el texto, estadio previo en el cual pueden existir y existen innumerables y casi insensibles transiciones, desde la casi plenitud liberal a la casi plenitud democrática.
- (35) En este sentido, la relevante contribución de *Bachof, Otto*: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, coponencia en las "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", tomo 12, ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1954, págs. 37-84.
- (36) Cf. *Bachof, ibidem*, págs. 40 ss. En este sentido de exaltación del contenido material, democrático y social, del Estado de Derecho del siglo XX, se recordará el combativo trabajo de *Heller, Hermann*: Rechtsstaat oder Diktatur?, ed. Mohr, Tübingen, 1930, enfrentado a quienes ya preparaban el hundimiento de la República de Weimar, mediante la reducción del Estado a moldes técnico-formales. En el mismo sentido su *Staatslehre*, 3ª ed. por *Gerhart Niemeyer* (1934), reimpresión 1963, A. W. Sijthoff, Leiden, esp. págs. 125 a 182.
- (37) *Werner, Fritz*: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, in "Deutsches Verwaltungsblatt", Köln-Berlín, 1959, págs. 527 ss. El punto acaba de ser brillantemente estudiado por el maestro de Tübinga *Otto Bachof*, Ueber einige Entwicklungstendenzen im gegenwertigen deutschen Verwaltungsrecht, en el "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12) t. IV, págs. 439-462.
- (38) La educación de las masas para el ejercicio responsable del poder, constituye entonces un derecho fundamental, una libertad pública decisiva en la estructuración del Estado democrático y social. Cfr., en el "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *su-*

Sin perjuicio de desarrollos más detenidos (39) de esta relevancia política del Estado democrático y social de Derecho, surge ya el entronque directo del Derecho con las ciencias sociales, con las ciencias del espíritu en sentido amplio. No puede abstraerse al Hombre de su entorno social, de su existencia supraindividual, en cuanto miembro de la comunidad, y, en sentido contrario, no puede concebirse al Estado como un "yo-colectivo" prescindente, sino como una estructura unitaria de la vida individual, comprensible dialécticamente sólo en cuanto proceso fluido en vía de realización y de transformación (40). Esta comprensión del Estado en cuanto proceso vital, piedra angular de la doctrina de la integración (*Integrationslehre*) en cuanto teoría del Estado, exige un método diverso de las matemáticas, repugna a una consideración aislada de la norma y de la realidad, impone una consideración unitaria de la norma y de la vida social circundante (41). El método positivista en el derecho público tendía a asegurar, mediante una consideración formal y aséptica, la invariabilidad de las estructuras de dominación que subtienden al Estado de Derecho. La doctrina de la integración postula un método realista, considerando al Estado como una estructura social en devenir (*Vorgang*) dialéctico, cuyo sentido exige, en el análisis científico, la máxima compenetración de la norma y los hechos (42). El estudio *jurídico* integra al análisis meramente normativo, las conclusiones de las ciencias sociales, en particular de las ciencias política y administrativa, de la sociología, la economía y las relaciones internacionales (43).

6. *Lo material y lo formal en el Estado democrático.* En el estudio de la Administración Pública, consiguientemente, lo formal, lo normativo, es sólo un aspecto instrumental, válido únicamente en cuanto esté al servicio de un contenido concreto, material. En verdad, esto siempre ha sido así, incluso en la época de oro del Estado de Derecho liberal burgués, en el siglo XIX; sólo que, entonces, la aparente universalidad de la normativa y la retórica igualitaria del liberalismo, ocultaban cuidadosamente la naturaleza privilegiada y minoritaria del *Rechtsstaat*, estilizada abstracción de la dominación monárquica y burguesa. Afortunadamente, dicha fórmula no ha sido expresamente adoptada por la mayoría de las Constituciones político-administrativas de América Latina, las cuales, fieles en esto a una inspiración menos antidemocrática,

pra, nuestra nota (12), de Ricoeur, *Perspectivas de la Universidad para 1980*, t. I, págs. 3-20, esp. pág. 6; y de Abendroth, *ibidem*, págs. 825-828. Adde, Smend, cit. *supra*, nuestra nota (19).

(39) Cfr. Abendroth y Cortiñas-Peláez, cit. *supra*, nuestras notas (12) y (21).

(40) Smend, Rudolf: precitado *supra*, nota (26), *Integrationslehre*, pág. 299, y "Staatsrechtliche...", pág. 475.

(41) Smend, Rudolf: *ibidem*.

(42) Smend, Rudolf: *Integrationslehre*, pág. 302 y "Staatsrechtliche...", pág. 480.

(43) Cortiñas-Peláez: *Derecho Público de América Latina*, Curso de doctorado, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, Parte I, 1-c). En el mismo sentido, Cortiñas-Peláez, cit., *supra*, nota (21), págs. CXLII a CXLVI.

siguen los ideales democrático-republicanos y personalistas del derecho público francés (44). Ello permite enfocarla desde las exigencias del Estado *democrático y social* de Derecho, particularmente luego de la segunda guerra mundial, que ha visto en ellas la consagración creciente de los Derechos del Hombre en materia económica y social (45).

La doctrina (46) ha señalado en dicho sentido una oposición *ab initio* de lo democrático y lo social, no sólo contra el liberalismo burgués sino contra su aparente contrario —y habitual consecuencia— la dictadura fascista (47). En el proceso de integración democrática del poder, la presencia creciente del proletariado y del campesinado tiende a exigir, como elementos básicos del *nuevo* Estado y de la dignidad de la persona humana, además de los derechos clásicos, la seguridad social en el pleno empleo, el libre y efectivo acceso de las masas a la educación (incluso superior) y la plena participación democrática en el aparato prestacional de la Administración. Para quebrar las desigualdades del Estado de Derecho, para impedir las acechanzas de la dictadura fascista, el Estado democrático y social de Derecho impone mecanismos de redistribución del Poder (48). Baste por el momento con la mención de intervenciones coactivas en materia de libertad y propiedad, tendientes a destruir las bases económicas del poder político de las minorías poseedoras, privilegiadas por el Estado burgués de Derecho. Así, se distingue entre una expropiación de bienes personales y una expropiación de medios de producción (49). La concepción clásica del Estado de Derecho exigía para estos últimos una indemnización por equivalente, una plena compensación del valor expropiado, para mantener idéntico el patrimonio de la persona expropiada. El nuevo Estado, democrático y social, encara el Derecho *universal* a la propiedad privada, como exigiendo su plena accesibilidad a la mayoría de los ciudadanos, y por ende, desconfía de (y debe evitar) toda circunstancia tendiente a la perpetuación de la desigualdad patrimonial. En cuanto dicha desigualdad es fuente de poder político antidemocrá-

(44) Así, en el Art. 72 de la Constitución uruguaya de 1967 (idéntico, en este punto, a las precedentes Constituciones de 1918, 1934, 1942 y 1952) ha sido manejado para fundamentar el Estado burgués de Derecho, cuando una interpretación distinta puede surgir de su texto, que no menciona dicha forma de Estado y sólo invoca, como pilar de los Derechos Humanos consagrados en la Carta, "los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma *republicana* de gobierno" (subrayados nuestros).

(45) Su reconocimiento constitucional en América Latina data de 1917, con la Constitución mexicana, anterior a la soviética y a la Constitución de Weimar. En dicho sentido, puede oponerse una categoría de "derechos 1917", económicos y sociales, a otra de "derechos 1789", libertades públicas en el clásico sentido liberal francés.

(46) Heller, Hermann: cit. *supra*, nota (36), Rechtsstaat..., págs. 9-10 y 26.

(47) Cfr. Cortiñas-Peláez, cit. *supra*, nota (21), su Nº 82.

(48) Cfr. Martín-Mateo, Ramón: El horizonte de la descentralización, ed. I.E.A.L., Madrid, 1969, págs. 64 y 262.

(49) Cfr. Ipsen, Hans Peter: Enteignung und Sozialisierung, "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", tomo X, ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1952, pág. 74 ss.

tico, debe eliminársela (50), o, por lo menos, atenuársela fuertemente. El Derecho del Estado democrático y social exige expropiaciones de medios de producción mediante compensaciones mínimas y diferidas. Mantener la desigualdad es acentuarla, pues ella es siempre fuente de mayores desigualdades, por un conocido proceso de *causación circular acumulativa* (51). Este cometido, democrático y social, de nivelación económica y de reorganización coactiva de la producción, es de la esencia del Estado de Derecho contemporáneo, y su imperatividad resulta obvia para la Administración en países de economía periférica, explotada y deformada, como los que constituyen la Nación Latinoamericana.

Las ciudadelas tradicionales del formalismo normativista caro a las minorías, la Administración y la Justicia, se ponen así, necesariamente, al servicio de una reestructuración económica y social, política en definitiva, de la Sociedad. Esta ya no es dominada por una minoría, gracias a la actitud prescindente o complaciente del Estado, sino que Sociedad y Estado se integran dialécticamente y tanto la Administración como la Justicia se ponen al servicio de la mayoría. La actividad prestacional, las vías procedimentales y procesales administrativas, se rigen por formas, el primado del Derecho perdura. Pero la forma está abiertamente al servicio de lo material, el Derecho del Nuevo Estado tiende a asegurar sistemáticamente el cumplimiento de los objetivos del Estado democrático y social (52), la realización de sus contenidos concretos (53). El primado del Derecho en el Estado democrático y social significa una sujeción imperativa, no al Derecho como idea abstracta, sino a un contenido concreto de éste, que tiende a cumplir con los fundamentos y deberes del nuevo Estado, la plena dignidad del Hombre, y la libertad e igualdad *sustanciales* en el perfeccionamiento de su personalidad social (54). Por imperio del Derecho, el Estado rea-

(50) En este sentido, *Ipsen, ibidem*, y *Abendroth*, cit. *supra*, nota (12), pág. 817.

(51) Ampliamente en *Cortiñas-Peláez, Curso*, precitado *supra* nota (43), siguiendo a *Myrdal, Gunnar: Economic Theory and Under-developed Regions*, ed. Gerald Duckworth & Co., Londres, 1957.

(52) En este sentido, el barbarismo de "Estado procesal" (*Rechtswegstaat*) alcanza sentido material. Para quienes lo acuñaron, se trataba formalmente de exaltar la relevancia constitucional del Poder Judicial en la Constitución de Bonn: cfr. *Jahrreiss, Herman: Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung. "Recht-Staat-Wirtschaft"*, II, págs. 203 ss. (esp. 213) cit. por *Menger, Christian-Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, "Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart"*, Mohr, Tübingen, 1953, pág. 3 ss., su nota (9). Ahora, las vías procesales (*Rechtsweg*) pueden seguirse considerando de la esencia del Estado democrático y social de Derecho, pero sólo tienen sentido en cuanto instrumentos de realización, de exigencia, de lo democrático y lo social. Cf. *Hesse, Konrad: Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, en la "Festgabe Smend", cit. *supra*, nota (20), págs. 71-95, esp. pág. 77, referido expresamente a esta transformación del *Rechtswegstaat*.

(53) *Hesse, ibidem*, pág. 73.

(54) *Hesse, ibidem*, pág. 78, rechazando expresamente la incompatibilidad de *Sozial y Rechts* en el nuevo Estado, en la que se complace *Forsthoff*, tratando vanamente de vaciar de todo contenido material, de convertir en una mera retórica normativa, el imperativo democrático y social concreto de la Ley Fundamental de Bonn. Vid. esp. sus notas (24) y (27).

liza la democracia y forja una sociedad nueva; el Estado no paraliza sino que "motoriza" el cambio, planifica, distribuye, reorganiza la vida individual y social. La compenetración de la mayoría social con el Poder se torna dialécticamente tan íntima, que hace perder pie a la distinción hegeliana entre Estado y Sociedad, la cual se torna jurídicamente (no sólo políticamente) imposible (55).

Vemos así que el Derecho, lejos de esfumarse, resulta fortalecido, en el Estado democrático y social de Derecho. Este tiende sólo a hacer reales, efectivas, las aspiraciones retóricas del mero Estado de Derecho decimonónico. Naturalmente, la forma, lo formal, no resulta eclipsada por lo material, sino que se pone concretamente a su servicio. La garantía formal sigue siendo herramienta para la obtención de los objetivos materiales, sólo éstos han cambiado. El objetivo real del *Rechtsstaat*, mediante la fórmula del *laissez faire, laissez passer*, era posibilitar —mediante la abstención estatal— la autorregulación, el equilibrio natural de las fuerzas económicas y sociales; como dicho objetivo reposaba sobre un postulado que se ha demostrado falso (56), el del restablecimiento automático del equilibrio por el libre juego de la libre empresa —puesto que la ley económica es precisamente la contraria, la de la persistencia y acentuación espontánea de los desequilibrios naturales de la vida social (57)— el equilibrio no se da sino que se logra, se posibilita y aun impone. Para imponerlo, el Nuevo Estado debe encargar a la Administración de nuevos cometidos, debe servirse de las formas jurídicas tradicionales o de otras nuevas y aun revolucionarias para distribuir competencias orgánicas (58), debe asegurar formalmente la realización de lo democrático y social en el —sin for-

(55) Hesse, *ibidem*, pág. 79.

(56) Cf. Myrdal, Gunnar: cit. *supra*, nota (51), caps. II y III esp., remitiéndose a un estudio anterior referente a la desigualdad creciente de la población negra en el mundo angloamericano, antes de que la intervención federal tendiera a quebrar el proceso negativo de causación circular acumulativa (vid. de Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*, ed. Harper & Bros., New York, 1944). Myrdal cita, como visión perfecta de esta trágica ley social, tan duramente sufrida por los países periféricos, un versículo del Nuevo Testamento: "Porque al que tiene se le dará y tendrá en demasía; pero al que no tiene se le quitará incluso lo que tiene" (San Mateo, XXV, 29).

(57) La falsedad del equilibrio clásico —utopía liberal— quebró el liberalismo de comienzos del siglo XIX, en el interior de los Estados. Pero la falsedad del equilibrio entre naciones y continentes, la realidad del desequilibrio causado por la injusta distribución internacional del trabajo y por los diferentes grados de industrialización, sólo ha sido concientizada en esta segunda mitad del siglo XX, y está aún esperando el teórico de su redención. Cfr., para las alternativas de liberalismo y dirigismo del comercio internacional, Colliard, Claude-Albert: *Sur l'organisation internationale du commerce*, in "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nuestra nota (12), t. II, págs. 333-362, *passim*. Una valoración latinoamericana, vid. en dicho "Homenaje a Sayagués-Laso", Cortiñas-Peláez, *Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho. Introducción General* en el t. I, sus Nos. 68, 83 y 85, págs. CXV, CLIII y CLV.

(58) Cf. Hesse, cit. *supra*, nota (52), pág. 74.

mas, frágil e inestable— procedimiento administrativo de preparación, decisión, ejecución y control.

7. *Aportación de la historia.* Para todas las ciencias sociales y, en particular, para las ciencias administrativas, la interpretación histórica constituye un método imprescindible (59). Los desarrollos que preceden, al precisar conceptos sólo comprensibles en función de su evolución, han ratificado que todo es historia (60) y que nos condenaríamos a la ignorancia del presente si no lo situáramos constantemente en la dimensión temporal de pasado y futuro, dimensión que nos permite pesar y evaluar con realismo los elementos de la realidad concreta. Toda ciencia social digna de este nombre es una ciencia histórica, tiende y trata de describir el presente como un producto de la historia (61). Toda estructura social es originariamente una manifestación humana, espacial y temporalmente, condicionada. Los fenómenos administrativos serán considerados, no como entidades inertes sometidas a una evolución diacrónica que les sería exterior, sino —por el hecho mismo de su vinculación a una estructura social esencialmente histórica— como realidades encarnadas por la dimensión histórica en su núcleo significativo, como realidades estructuradas a partir y en función de una temporalidad original, la de toda estructura social (62). La historia no es un mero marco general de los fenómenos sociales: ella es su esencia misma (63).

- (59) Cfr., para las ciencias administrativas y la historia del pensamiento administrativo: Langrod, Georges: *La science et l'enseignement de l'Administration publique aux Etats-Unis*, ed. Armand Colin, París, 1954; Baena del Alcázar y Jordana de Pozas, precitados, *supra*, nota (15); Baena del Alcázar, Mariano: *Perspectivas y tendencias de los estudios sobre Ciencia de la Administración*, y Langrod, Georges: *L'apparition et l'apport de la science administrative socialiste*, in "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. IV, págs. 19-50 y 281-300; Maier, Hans: cit. *supra*, nuestra nota (14); Ellwein, Thomas: *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise, Zur Geschichte des Verfassungstaates in Deutschland*, ed. Isar Verlag, München, 1954; Legendre, Pierre: *Histoire de la pensée administrative française*, in Langrod, Georges: *Traité*, cit. *supra*, nota (2), págs. 5-79. Vid. igualmente los informes nacionales europeos, esp. sus introducciones históricas, en la obra colectiva del coloquio de 1968 en la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de Spira, publicación póstuma del maestro Morstein-Marx, Fritz: Hrg. y Vorwort, "Verwaltungswissenschaft in europäischen Ländern: Stand und Tendenzen", colección "Schriftenreihe der Hochschule Speyer", Duncker & Humboldt, Berlín, 1969. Se ha desarrollado particularmente esta relevancia de la historia respecto de las estructuras jurídicas de la Administración en América Latina en el *Curso* cit. *supra*, nota (43), siguiendo al igual que aquí, el pensamiento y la bibliografía de la medular introducción de Issa, Hossam: *Pour une nouvelle perspective des rapports entre structure sociale et droit*, in "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. I, págs. 237-261.
- (60) Issa, *ibidem*, pág. 258, citando a Levi-Strauss, Claude: *Anthropologie structurale*, ed. Plon, París, 2ª ed., 1964, pág. 17.
- (61) Issa, *ibidem*, pág. 258.
- (62) Issa, *ibidem*; Poulantzas, Nicos: *Le concept de nature des choses dans la philosophie et la sociologie contemporaine du droit*, L.G.D.J., París, 1964, pág. 606.
- (63) Issa, *ibidem*, pág. 259.

De esta manera, todo fenómeno administrativo está esencialmente condicionado por una estructura social históricamente determinada. Ahora bien, para tratar de revelar la naturaleza teórica de dicha relación, sería necesario vislumbrar la transición gradual de una estructura social a otra, apreciando las leyes que gobiernan la relación entre estructura social y organización administrativa mediante una visión de los hechos en movimiento (64). En la época del Estado democrático y social de Derecho, la actividad prestacional de la Administración tiende a transformar y aun a quebrar las resistencias de la estructura social. Sería por ello unilateral e inexacto un análisis de las relaciones entre Administración y estructura social como dependientes exclusivamente de esta última. Siempre, pero más en nuestro tiempo, Administración y estructura social están *recíprocamente* condicionadas, y sería arbitrario reducir a la Administración al rango de mero epifenómeno. Las relaciones sociales están esencialmente dominadas por el principio de la pluricondicionalidad, o de la sobredeterminación (65). La relación de Administración y estructura social, como la relación de derecho positivo y estructura social (66), es una relación más compleja que la de un determinismo superficial y unilateral; en efecto, si las instituciones administrativas, por ejemplo, son determinadas por la estructura social, ellas no constituyen por ello menos las condiciones de existencia de ésta. En otros términos, la Administración, que se nos presenta como esencialmente condicionada, no pierde por ello su *eficacia propia*, es decir, su capacidad de reaccionar sobre la estructura social y determinarla a su vez de manera preponderante (67). La Administración es así determinada y determinante, en un solo y mismo movimiento.

Para aproximarse y profundizar las líneas de fuerza de las ciencias administrativas en el umbral del siglo XXI, la evolución precientífica del pensamiento administrativo es sumamente útil, pues ella jalona problemas y enfoques cuya actualidad anula el aparente desfase temporal, como la mera mención que realizábamos del Estado de Bienestar del absolutismo bastaría para probarlo (68). Por otra parte, las cien-

(64) Renner, Karl: The institutions of private law and their social functions, ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1949, pág. 58 ss.

(65) Puede definírsela como "la acumulación de determinaciones eficaces sobre la determinación en última instancia". Vid. Althusser, Louis: Pour Marx, ed. Maspero, París, 1965, pág. 112, quien, sin perjuicio de reconocer al factor económico la causalidad final de los hechos sociales, insiste en la eficacia propia de los elementos de la superestructura y en la imposibilidad de reducirlos a un simple fenómeno de infraestructura. La complicación sin fin, el entrelazamiento de las causas entre sí y las relaciones de los efectos entre ellos mismos, son evidencia que impide reducir la realidad a una determinación pura y simple: en este sentido, ya Engels, Friedrich: Lettre à Joseph Bloch (21 sept. 1890, Londres), "Lettres philosophiques (Extraits)", "Etudes philosophiques", ed. Sociales, París, 1961, pág. 154.

(66) Reléase, en su totalidad, el trabajo de Issa, *ibidem*.

(67) Vid. Althusser, Louis: Contradiction et sur-détermination, "La pensée", París, Nº 106, déc. 1962, y Sur la dialectique matérialiste, *ibidem*, Nº 110, ag. 1963, cit. por Issa, *ibidem*, su nota (88).

(68) *Supra*, Nos. 3 a 5.

cias administrativas de los países de economía dominada tienen que ser particularmente, lúcidamente críticas, con relación a las disfunciones de la doctrina tradicional (69) así estudiada, cuya importación mecánica omitiría tener presente el entronque y las consecuencias históricas de la misma. En esto, la sicología social no puede reemplazar a la investigación histórica, sino que ésta es su necesaria introducción (70).

8. *La ordalía de la experiencia.* Resumiendo los párrafos anteriores (71), hemos visto que la Edad Administrativa coincide con un nuevo concepto democrático de la libertad. Esta, encarnada en el Estado democrático y social de Derecho, tiende a estructurarse en nuestro entorno histórico concreto, mediante una sumisión teleológica rigurosa de lo formal a lo material: la libertad existe, para los ciudadanos, en cuanto participación en la ampliación e intensificación de la actividad administrativa prestacional del Estado (72). La problemática de la Administración deberá enfocarse, en nuestra América Latina, a la luz de nuevos conceptos adecuados a nuestra realidad actual (73), a nuestra lucha para quebrar la causación circular acumulativa de la dominación explotadora y deformante, siendo impensable el desarrollo de nuestros países sin una serie de reformas estructurales que debe acometer y dirigir el Estado (74). Esta afirmación de principio y la precisión incluso de sus metas concretas (75), están sin embargo lejos de su realización. Instrumentar una Administración eficaz, lograr el cumplimiento adecuado y sin pausas de nuevos cometidos, alcanzar que la redistribución de competencias sea no sólo eficaz sino eficiente, constituye prueba de fuego, auténtica ordalía empírica, para la más acabada de las teorías administrativas. La Administración abandona el abstracto pedestal óntico del ser, para encarnarse en la desgastadora concreción cotidiana del devenir.

(69) Cfr. Ilchman, Warren F.: Angloamerican Public Administration and developing countries: a note, en "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. IV, págs. 177-189, quien analiza agudamente las insuficiencias críticas (históricas, políticas, psicológicas) de la tradicional ciencia administrativa angloamericana, cuya obsesión economista, unilateralmente centrada en la eficacia, desconoce más de "la mitad del universo relevante" (pág. 189).

(70) Legendre, Pierre: cit. *supra*, nota (59), pág. 77, *passim*.

(71) *Supra*, Nos. 1-7.

(72) Maier, Hans: Verwaltungslehre und politische Theorie, en "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. I, págs. 781-802, esp. págs. 788-89.

(73) Cf. Brewer-Carias, Allan-Randolph: Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo: el caso de Venezuela, "Revista de Administración Pública", Madrid, 1969, Nº 58, págs. 337 ss., esp. pág. 398.

(74) Brewer-Carias, *ibidem*, pág. 401, Nº 13.

(75) Así, en sentido político-constitucional, los precitados trabajos de Abendroth y Hesse, *supra*, notas (12) y (52); en sentido de reforma administrativa concreta, Brewer-Carias, Allan-Randolph: Reforma Administrativa y Desarrollo Económico y Social en Venezuela, *infra*, en el t. I de este "Archivo Latinoamericano de Ciencias Administrativas", Caracas, 1968-1969.

La estrechez de la visión, unilateralmente normativa, heredada de la Europa continental (76), nos revela la amplitud de nuestras lagunas y la insuficiencia de los instrumentos de análisis administrativo predominantes en América Latina. Al reducirse la macrovisión del Estado a la microvisión de la Administración prestacional, al descender del Estado -como ser (*Sein*)- al Estado como cometido (*Aufgabe*) (77), el esfuerzo cotidiano del administrativista se multiplica en proporciones inesperadas. Los administrativistas latinoamericanos hemos trabajado con numerosos conceptos, alguna vez sin haber comprobado el alcance concreto de los mismos. La tarea de las ciencias administrativas para la América Latina contemporánea consiste en estudiar primero nuestra realidad concreta, para recién después intentar una construcción teórica en base a investigaciones empíricas. La pluridisciplinaridad (78) del estudio se torna imperativa, pero su aplicación es fatigosa, porque es menester combinar métodos distintos, especialistas de muy diversa formación, teórica y práctica. Intelectual y prácticamente nos encontramos en el umbral de un trabajo desbordante. Respecto de él, queremos deslindar aquí con mayor precisión su objeto, sin perjuicio de ocuparnos, en un estudio posterior, de su método, antecedentes históricos y principales apoyaturas bibliográficas e institucionales.

II

ADMINISTRACION PUBLICA Y ADMINISTRACION PRIVADA

9. *La distinción.* En castellano, hablar de Administración significa hablar de Administración Pública (79). Esta precisión no se agota en un purismo lingüístico, sino que ella obedece a las considerables diferencias que separan a la Administración Pública, de la llamada administración privada.

Ha podido sostenerse que la distinción es una mera cuestión de posturas profesionales, como si sólo los juristas tuvieran razones para afirmarla, siendo ella correctamente desdeñable por quienes detentan una postura gerencial (80), que los llevaría a acordar decisiva relevancia a ciertas convergencias funcionales y técnicas. Ahora bien, la reducción de ambas Administraciones a un mero administrar (*Ver-*

(76) Cfr. Langrod, Georges: Frankreich: Einleitung, in Morstein-Marx, Hrg.: "Verwaltungswissenschaft...", cit., *supra*, nota (59), págs. 26-30.

(77) Cfr. Scheuner, cit. *supra*, nota (20), pág. 255.

(78) Vid. Tomsova, Iva: Einiges über die Tschechoslowakei, in Morstein-Marx, Hrg.: cit. *supra*, nota (59), pág. 201.

(79) *Supra*, Nº 2 y nota (8).

(80) Cfr. Molitor, Andrés: Las ciencias sociales en la enseñanza superior: Administración Pública, trad. española de Jordana de Pozas, Luis, ed. Unesco y Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, Madrid, 1961, pág. 19.

walten), la creencia de que la distinción sólo obedecería a criterios formales (81), obedece a una aproximación superficial de nuestro objeto.

La tendencia a la exageración de las convergencias y semejanzas (82), pasa por alto la existencia de diferencias no sólo normativas, sino fundamentalmente económicas, sociales, políticas y aun técnicas, que parece oportuno reseñar.

10. A) *Las diferencias económicas.* La Administración, tanto en los países dominantes, cuanto, con mayor razón aún, en los países dominados, es promotora de desarrollo, problema éste que desborda a la iniciativa privada, por dos razones mayores. En primer lugar, porque la primacía de las inversiones no lucrativas —en particular, las llamadas infraestructuras colectivas o de equipamiento— choca contra las exigencias de lucro individual, a corto y aun a lejano plazo. Económicamente el desarrollo sólo es posible gracias a dichas inversiones, socialmente sólo es efectivo mediante ellas: no hay industrialización, ni hay turismo, sin medios de transporte; no hay mano de obra calificada, ni tampoco movilidad social, sin escuelas y liceos; como tampoco hay progresos intelectuales ni progresos técnicos, sin investigación. Sin una voluntad imperiosa, más fuerte que todos los intereses particulares, el bienestar individual correría el riesgo de acarrear la miseria colectiva (83). La segunda razón es la ampliación de los grupos humanos y su interdependencia. Tanto en las reuniones de ALALC en Montevideo como de CEPAL en Santiago, los funcionarios mexicanos o argentinos van a discutir y preparar decisiones que conciernen al brasileño o al venezolano, cuyo porvenir económico y social dependerán en buena parte de la suerte de dichas negociaciones lejanas (84). Funcionarios latinoamericanos estudian y organizan las previsiones, y aun la perspectiva, de las vidas de ciudadanos latinoamericanos distantes miles de kilómetros, perspectiva supranacional que, todo induce a esperar, irá acrecentándose en las próximas décadas. Estos trabajos preparatorios y aun de decisión, escapan cada vez más a la esfera de la administración privada.

El monopolio de hecho, por otra parte, aunque no sea de derecho, de que suele estar dotada la actividad económica de la Administración Pública, impide la competencia y desaventaja la búsqueda de la eficacia (85).

(81) Cfr. Morstein-Marx, Fritz: Stand der Verwaltungswissenschaft, en la obra colectiva por él dirigida, cit. *supra*, nota (59), pág. 39.

(82) Denunciada incluso por uno de los autores angloamericanos más recientes: Nigro, Félix A.: *Modern Public Administration*, ed. Harper & Row (New York, Evanston & London) —John Weatherhill (Tokyo), 1966, pág. 18.

(83) Gregoire, Roger: Mutations, "Esprit", Nº 388 (spécial sur L'Administration), janvier 1970, París, págs. 159-160.

(84) Cfr. Gregoire, *ibidem*, pág. 160.

(85) Langrod, Georges: Réflexions sur la science administrative, "Nomos", Nice, 1970, nota (86). Vid. *infra*, Nº 25.

En definitiva, una Administración promotora del desarrollo, y una administración monopólica, son difíciles, si no imposibles, de conciliar, con los principios rectores de la administración de la empresa privada.

11. B) *Las diferencias sociales.* En una de las elaboraciones más profundas y abstractas que se hayan intentado recientemente, en el mundo entero, en materia de ciencia administrativa (86), se ha destacado que las burocracias estatales tienen un grado de autoindependencia mucho mayor que las administraciones privadas, son más autónomas respecto de su entorno y están más estrictamente especializadas en la particular función de emitir decisiones vinculantes (87). Sus fronteras respecto del entorno son más fáciles de percibir. La Administración Pública es el prototipo de la Administración "para-sí" (*eigenständig*), sistemáticamente independiente. Las administraciones privadas, por el contrario, son sistemas típicamente subordinados a organizaciones más amplias, como lo son, por ejemplo, fábricas de producción o empresas de servicios generales, clubes sociales o asociaciones no lucrativas. En efecto, ningún particular encontraría reconocimiento y apoyo si pretendiera condenar, por sí mismo, a su entorno social al cumplimiento de decisiones obligatorias (88). Sólo puede dictar decisiones obligatorias en el seno de organizaciones o sistemas más amplios, que pueden sostenerse por sí mismos en el marco de su entorno (89).

En segundo lugar, y quizá por el hecho mismo de esa conciencia de su autoindependencia, la Administración Pública asume hoy, no sólo los servicios esenciales tradicionales (defensa, policía, relaciones exteriores), sino cuantos cometidos van surgiendo —en la evolución planetaria de socialización— a los cuales los poderes públicos, y la ciudadanía que los elige y apoya, atribuyen relevancia *vital* (90) para la supervivencia y el ascenso de la dignificación del Hombre en sociedad.

En tercer lugar, podría empíricamente señalarse que la impersonalidad de las estructuras administrativas (91), la distancia entre quienes deciden y quienes ejecutan, su imposibilidad creciente de reformarse a sí misma (92), hacen de la Administración Pública el terreno ideal para las disfuncionalidades burocráticas (93); aunque ciertas acti-

(86) La de Luhmann, Niklas: *Theorie der Verwaltungswissenschaft, Bestandsaufnahme und Entwurf*, ed. Grote, Köln - Berlín, 1966.

(87) Luhmann, *ibidem*, pág. 79.

(88) Luhmann, *ibidem*.

(89) Luhmann, *ibidem*.

(90) Morstein-Mark, Fritz, Hrg.: *Vorwort a "Gegenwartsaufgaben der öffentlichen Verwaltung"*, ed. Heymann, Köln - Berlín - Bonn - München, 1968, pág. XXI.

(91) y (92) Cfr. Crozier, Michel: *Le phénomène bureaucratique*, ed. Seuil, París, 1963, *in totum*.

(93) Cfr. Crozier, Michel: *Le rapprochement actuel entre administrations publiques et grandes entreprises privées et ses conséquences*, "Rev. internationale des sciences sociales", Unesco, París, 1968, págs. 9 y ss.

vidades privadas, excesivamente protegidas (94), puedan tipificar igualmente dicha disfuncionalidad, al punto de decirse que "se han burocratizado".

12. C) *Las diferencias políticas.* Las administraciones públicas de este umbral del siglo XXI son herramientas de la realización de lo democrático y lo social, en el Estado de Derecho. No se trata tanto de producir bienes y servicios, por estos mismos, sino en cuanto contribuyan sistemáticamente a la plenitud del Hombre en sociedad. Son, eminentemente, administraciones políticas. Su extensión en número, la multiplicación de sus poderes jurídicos, no están destinados al beneficio de intereses particulares, sino al cumplimiento de una voluntad ciudadana, ratificada periódicamente por el pueblo en las urnas, en elecciones disputadas. No puede reducirse esta proyección a una mera obediencia respecto del ordenamiento jurídico: esta existe (95), pero lo decisivo es el esfuerzo por forjar una estructura política más justa, quebrando o sustituyendo los focos privados de poder económico que la impiden, mediante un ejercicio de la libertad o mediante un goce de la propiedad contrarios a la voluntad ciudadana y a los fines que la sociedad moderna se fija. La administración privada, en cuanto se propone el enriquecimiento de una minoría mediante el control de los medios de producción, tiende así a oponerse cada vez más netamente a la voluntad de las mayorías, justamente ansiosas de quebrar el proceso de causación circular acumulativa de la dominación y la miseria. Históricamente, incluso en el mundo liberal-capitalista, los ejemplos de desarrollo industrial acelerado sólo pudieron realizarse, sea mediante una discreta pero activísima intervención estatal (casos del Reino Unido y de los Estados Unidos del Norte, en el período inicial), sea mediante una directa asunción de la actividad económica por el Estado (Italia, Alemania, entre los países de tardío desarrollo industrial). No existe un solo caso de despegue económico y social, en el cual se haya carecido de una intensa presión de la Administración.

Por otra parte, la Administración privada en América Latina tiene dos características reñidas con las exigencias del desarrollo. En primer lugar, ella responde frecuentemente al proceso mundial de expansión del capitalismo (96), teniendo una relación vicarial respecto

(94) Piénsese en la extensión burocratizante que han asumido la banca privada, los transportes marítimos y sobre todo los aéreos federados en la IATA, la comercialización de las exportaciones en numerosos países del Tercer Mundo, los ferrocarriles —hasta hace pocos lustros— en los Estados Unidos de Norteamérica y en Francia (Cfr. Crozier: *Le rapprochement...*, *ibidem*, pág. 11).

(95) *Supra*, Nº 6 y nota (52).

(96) Cfr. *Comparato, Fabio Kónder: Le "Tiers Monde" devant l'unification européenne*, "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, 1963, t. 60, págs. 153-170. *Jalée, Pierre: L'impérialisme en 1970*, ed. François Maspero, París, 1970; un excelente panorama de la historia latinoamericana posterior a la emancipación verbal de comienzos del siglo XIX, brinda *Beyhaut, Gustavo*, en el tomo 23 de la "Fischer Weltgeschichte", Süd-und Mittelamerika II (Von der Unabhängigkeit bis zur Krise der Gegenwart, ed. Fischer Bücherei, Frankfurt a.M., 1965).

de grandes empresas de los países dominantes, cuando no se trata de estas mismas que están directamente succionando nuestras materias primas (97) o abusando de nuestra mano de obra barata, *Ersatz* —en el mundo periférico— de la esclavitud (98). En segundo lugar, cuando la Administración privada en América Latina corresponde a un capital auténticamente nacional, nos encontramos ante una organización y un inversionismo temerosos (99), que asumen penosa y disfuncionalmente las riesgosas exigencias del desarrollo.

13. D) *Las diferencias normativas*. Su naturaleza formal les confiere un rango segundo, pero no secundario. Ellas no hacen sino consolidar y reforzar, —en las formas constitucionales, legislativas, administrativas y jurisprudenciales—, las diferencias materiales que venimos de reseñar.

14. a) *Los valores* de la Administración Pública, consagrados por las normas constitucionales, apuntan a un nivel superior, están referidos a los intereses supremos de la comunidad política. El Estado trasciende a los individuos y a los grupos, proponiéndose servir a la totalidad, o, cuando menos, a la gran mayoría de la población, y no sólo a sectores fragmentarios (100), minoritarios.

15. b) *La finalidad* de la Administración Pública, regida por la realización del Estado democrático y social de Derecho, mediante una actividad prestacional —en principio desinteresada— que asegure una existencia digna al Hombre en sociedad, contrasta con el carácter generalmente lucrativo, y ciertamente individualista, de la teleología de la administración privada.

Esta actividad desinteresada, "*catapultada*" hacia el ahondamiento de los cimientos democráticos del Estado, inserta la teleología en la axiología, plasma un espíritu administrativo democrático. Esta vivencia responsable de lo administrativo, por y para la democracia, ha sido proclamada recientemente, en la página final de una apasio-

(97) *Comparato*, esp. *Jalée* y *Beyhaut*, *ibidem*, *passim*; vid. también de *Jalée*, *Pierre*: *Le pillage du tiers monde*, ed. Maspero, París, 1965; cfr. *Antin*, *Samir*: *L'accumulation à échelle mondiale*, ed. *Ifan*, *Dakar*, —Anthropos (París), 1970; *Emmanuel*, *Arghiri*: *L'échange inégal*, ed. Maspero, París, 1969; *Bairoch*, *Paul*: *Diagnostic de l'évolution économique du Tiers Monde 1900-1966*, Gauthier-Villars, 2ª ed., París, 1967; *Gunder Franck*, *André*: *Le développement du sous-développement*, trad. del inglés, ed. François Maspero, París, 1970.

(98) Cfr. *Cortiñas-Peláez*: Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho Público, cit. *supra*, nota (21), donde se señala a los países industrializados como los *Slave-drivers* de la segunda mitad del siglo XX (Nº 68, su p. CXVII).

(99) Cfr. *Sayagués-Laso*, *Enrique*: Consulta sobre concesión de nuevas líneas de servicio colectivo de pasajeros. "La concesión de la Cooperativa Uruguaya de Transportes Colectivos: su legalidad", Montevideo, 1944, págs. 429 - 492, esp. pág. 490, apoyando en consecuencia el sistema cooperativo, en cuanto sea viable para la explotación de servicios públicos.

(100) *Bandet* y *Mehl*: cit. *supra*, nota (2), pág. 85.

nante obra colectiva (101), cuyo coincidente enfoque nos lleva a transcribirla aquí, in extenso:

"En resumen puede decirse, que el espíritu de la Administración Democrática de Derecho se funda en el peculiar cometido que le incumbe en el conjunto de la sociedad; las concepciones diversas, provenientes de ordenamientos estatales y sociales del pasado, deben ser erradicadas. Lo peculiar de este cometido se halla, para decirlo con palabras de Hegel, en el "trabajo para el pueblo", pero bajo las exigencias de una sociedad democrática. El peculiar cometido de la Administración Pública requiere ciertamente para su consumación, instalaciones particulares; no transfiere sin embargo a sus titulares administrativos ninguna competencia originaria, que no se derive en última instancia, en el Estado democrático, de la totalidad del pueblo; dicho cometido no fundamenta élite institucional alguna y no acuerda ningún rango moral peculiar. El espíritu de la Administración Democrática del Estado de Derecho es una pieza del espíritu democrático de nuestro tiempo. La natural identidad democrática del Hombre contemporáneo, que se inserta en el gran proceso emancipador de la Edad Moderna y que marca crecientemente a nuestros ordenamientos sociales y políticos, no es sin embargo algo casual o arbitrario, que podría ser dejado de lado hoy o mañana. El Hombre, que se ha venido esforzando en el camino de su autodeterminación y de su desarrollo personal autónomo, no puede ya retroceder, o ¡no faltaría más!, ser repelido hacia atrás. Quien quisiera negar esto, debería refugiarse en una dictadura abierta o más o menos disfrazada de ideología.

En una época que ya no sabe de pretendidos ordenamientos trascendentes, la comunidad política sólo es concebible como una cooperación librada a la autodeterminación de los ciudadanos y en las formas del Estado Democrático de Derecho" (102).

16. c) *La organización administrativa* tendrá que fundarse distintamente entonces, partiendo de la gravitación, prevalentemente *hacia afuera*, de la Administración Pública y, prevalentemente *hacia adentro*, de la Administración privada; prevalencia cuyas repercusiones de régimen jurídico, orgánicas, de personal y especialmente salariales, procedimentales, y en los terrenos del control y de la responsabilidad examinaremos seguidamente.

Administración Pública hacia afuera, administración privada hacia adentro. En efecto, la Administración Pública abarca gran parte de lo

(101) La dirigida por Fritz Morstein-Marx, *Verwaltung*, cit. *supra*, nota (1).

(102) Ryffel, Hans: *Eigenverantwortlichkeit*, in *ibidem*, págs. 470-71, subrayado nuestro.

que la administración privada englobaría bajo el concepto de dirección de la empresa; ella (la Administración Pública) desarrolla una actividad (la del Ejecutivo) encuadrada por sus autoridades en la división de poderes, actividad que en última instancia se vincula con un carácter imperativo de derecho público (103).

La administración de la empresa privada no es, en sí misma, finalista o planificadora. Frente a los terceros que la contratan, ella sólo tiene la libre disposición de la elección de los medios para alcanzar los fines prescritos por sus cocontratantes. Pero incluso respecto de fines predeterminados ella no está habilitada para considerar la iniciativa que le queda, como pura ejecución de cometidos determinados (104).

17. d) *El orden jurídico dominante.* Los aspectos orgánicos seguirían regidos por el Derecho Público, pero el funcionamiento cotidiano de la Administración estaría crecientemente penetrado por las técnicas del Derecho Privado (105), al punto que la privatización de la Administración pública, sería un rasgo definitivo de la Edad Administrativa, y tendería a saltar la tradicional valla que separaba a ambas "administraciones". La afirmación nos parece sospechosa. Ella es ciertamente susceptible de matices, y, quizá, de acabada refutación.

En abstracto, en teoría pura (es decir, en la irrealidad del positivismo normativista), no tendríamos inconveniente en admitir todas las sutilezas del binomio de Newton y del algoritmo de Rufini, las casi infinitas posibilidades de la teoría combinatoria, como aplicables a la dosificación del Derecho Público y del Derecho Privado. Si fueran meras formas, ¿por qué no regirlas por ecuaciones matemáticas? Sólo que acontece que las formas, en el Estado democrático y social de Derecho, sólo tienen sentido al servicio de un contenido material (106). Entonces, en la medida que el Estado no es un ente trascendente y abstracto, sino un proceso encarnado de integración nunca acabada, la finalística del devenir se impone por imperativo mismo de la forma suprema, la Constitución. El Derecho Privado sólo podrá aplicarse, en un sistema jurídico coherente, en la medida concreta en que no atente a los fines supremos de la comunidad política. Como se ha aportado

(103) Schnettler, Albert y Ahrens, Heinz: Verwaltung im Bereich des Unternehmens, in Morstein-Marx, *ibidem*, pág. 19.

(104) Schnettler y Ahrens: Verwaltung im Bereich des Unternehmens, *ibidem*.

(105) Es este un lugar común, ya tópico, de la literatura jurídico-administrativa europea occidental luego de la segunda guerra mundial. Vid. cualquiera de los manuales franceses o alemanes recientes. Yendo incluso más lejos que ellos, el monismo kelseniano lleva a sostener la vigencia, cualitativamente comparable, de dos regímenes jurídicos de la Administración Pública, uno de Derecho Administrativo y otro de Derecho Civil. Así, Eisenmann, Charles: Un dogme faux; L'autonomie du droit administratif, "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. IV, págs. 417-438, *passim*.

(106) *Supra*, Nº 6 y notas (52) y (53).

con sagacidad, incluso el funcionamiento administrativo realizado mediante técnicas de derecho privado, está regido por el Derecho Público y debe obedecer exclusivamente a las finalidades de éste (107). Pero siempre habrá que recordar la historicidad concreta de nuestra Administración en países de economía dominada y deformada. Como España en los tiempos de Isabel y Fernando, como Francia en los tiempos de Luis XI, América Latina es una comunidad política asediada y débil, que apenas ve alborear un Estado nacional capaz de resistir a la dominación extranjera y a las ciudadelas feudales del interior. Pretender que el Estado latinoamericano en formación se desprenda de sus aún no bien asentadas prerrogativas de poder público, exigirle a la letra su sumisión estricta a las sujeciones tradicionales de la Administración en el Estado liberal-burgués de Derecho, es no sólo un contrasentido histórico, sino una demisión de responsabilidades, una abdicación en el cumplimiento de los cometidos democráticos y sociales que le están encomendados y que deben serle constantemente exigidos por las mayorías. La clásica fórmula del decano Maurice Hauriou, definiendo al *Derecho administrativo como un derecho de personas desiguales* es de imperativa vigencia en nuestros países, que se encuentran muy lejos del grado de desarrollo industrial alcanzado por el capitalismo molecular en los Estados Unidos del Norte luego de la primera y en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, capitalismo avanzado y dominante, contra el cual —así como contra sus vicarios en el interior de América Latina— sería insensato preconizar una atenuación de fórmulas jurídicas tradicionales. La supremacía del poder público en las relaciones administrativas no fue una invención formal de académicos obnubilados por un espíritu de sistema; dicha supremacía en las formas fue la respuesta, de hondo sentido político y encarnada historicidad, de los juristas de la III República francesa a los islotes que pretendían retrogradarla a los tiempos de la Restauración, e impedir la eficaz transformación de las estructuras sociales emprendida por los servicios públicos de la época (108).

18. e) *La relación jerárquica*, fundada en los principios tradicionales de autoridad forjados en las organizaciones castrense y clerical, parece menos válida en una Administración apoyada en un liderazgo permi-

(107) Cfr. Gordillo, Agustín: *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 68 y ss., quien circunscribe la vigencia del Derecho privado sólo a limitados elementos del acto administrativo.

(108) Sería inexacto identificar unilateralmente a Maurice Hauriou con la doctrina del poder público, puesto que su nombre ha sido igualmente asociado al nacimiento de la Escuela del Servicio Público. Cfr. Rivero, Jean: *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, in "L'évolution du droit public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre", ed. Sirey, París, 1956, págs. 461 - 471; Sfez, Lucien: *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, ed. L.G.D.J., París, 1966, (préface J. Rivero, avant-propos de André Hauriou).

sivo (109), en la cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del ejecutante (110).

Las exigencias de democratización de la Administración se hacen sentir más fuertemente en los órganos del Estado, sometidos al veredicto indirecto del Cuerpo Electoral, que en el seno de la administración privada que no depende de éste. Por supuesto, parece imposible la conciliación con la democracia del mando y la subordinación irrestrictos —que nos legara la Administración prusiana del siglo XIX—, de la ausencia de motivación obligada en los actos administrativos y del secreto que rodea a estos —en la tradición administrativa francesa—; son principios difíciles de adaptar, incluso a esas formas menores, protoformas de la democracia que son la explicación (111) y la participación (112) administrativas. Respecto de esta última mentalidad administrativa, el mito liberal de la administración como ejecución a la letra de la voluntad general plasmada en la Ley, permitía vestir y enmascarar la manifiesta contradicción entre un poder político forjado por ciudadanos y una Administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos (113). Incluso en períodos de agitación casi revolucionaria, la Administración parece “una isla cuyos acantilados están suspendidos muy por encima del ascenso de la marea democrática” (114). El pretexto de una posible demagogia, en caso de libre elección de las autoridades; el temor al sacrificio del interés general, ante los intereses particulares, en caso de ser compartida la esfera de decisión con los administrados; han marcado rígidamente y determinado el ‘bloqueo’ (114 bis) del burocratismo francés, incluso en la reciente Ley de Orientación de la Enseñanza Superior (*Ley Edgar Faure*) de 1968 (115).

(109) Cfr. *Crozier*, cit. *supra*, nota (91), in totum, esp. pág. 372.

(110) Cfr. *Rivero, Jean*: A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration, in “*Mélanges offerts à René Savatier*”, ed. Dalloz, París, 1965, págs. 821 - 833, esp. pág. 830, destaca la eficacia decisiva de la adhesión de administrador y administrado para la buena suerte de la ejecución concreta de todo acto administrativo, adhesión apoyada por otra parte en una concepción del Hombre como ser libre y racional. Respecto de las experiencias recientes, particularmente en materia de planificación, vid. los excelentes trabajos de *Chillón-Medina, José María*: Contribution à l'étude juridique de la planification économique en France, 2 vols., thèse, París, 1965, esp. t. II, pág. 320 y ss.; Sur la valeur en droit des plans économiques en France: fait ou perspective, “Homenaje a Sayagués-Laso”, cit. *supra*, nota (12), t. V, págs. 383 - 507, esp. pág. 494 y ss.; Formas, técnicas y estructuras administrativas ante la planificación económica, “*Rev. de Administración Pública*”, Madrid, 1971, Nº 64, págs. 107 - 178, esp. págs. 116 - 157.

(111) *Rivero, Jean*: A propos..., cit. *supra*, nota (110), pág. 822 y 827 y ss.

(112) *Rivero, Jean*: *ibidem*, destacando que la democracia no sólo es un modo de designación del Poder, sino también un modo de su ejercicio.

(113) *Rivero*: *ibidem*, págs. 822, 825 y 826.

(114) *Rivero*: *ibidem*, pág. 826.

(114 bis) Cfr. *Crozier, Michel*: La société bloquée, éd. du Seuil, París, 1970.

(115) Cfr. la interesantísima aportación de *Arbeleche, Roberto*: L'autonomie et la cogestion de l'Université en France et en Uruguay, thèse, París, 1971, estudiando comparativamente las leyes E. Faure (1968) y E. Sayagués-Laso (1958).

El ordenamiento jurídico-público latinoamericano ha sabido plantear programáticamente esta includible coherencia democrática entre Poder político y Administración, sugiriendo para ésta formas concretas acordes con la inspiración de aquél (116). En dichos casos, y no sólo para la organización universitaria (117), sino incluso para los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios (118), así como para los servicios de seguridad social (119), se ha propugnado una integración tripartita (120) de los órganos directivos, que ya ha recibido un principio de ejecución.

De todas maneras, aún limitando así, provisoriamente, la reforma a un modesto retoque de lo existente, la Administración Pública en una Democracia Social de Derecho parecería tender necesariamente a un reajuste de su jerarquía, interno y externo (121). En lo interno, mediante la instauración de comisiones administrativas paritarias y la aplicación de las garantías clásicas del proceso al procedimiento administrativo (122). En lo externo, mediante renuncia al implícito

- (116) Así, la Constitución Oriental de 1967 en sus Arts: 65 (comisiones representativas de los personales, texto idéntico de la Constitución de 1952); 203 (integración del Consejo Directivo de la Universidad por elección de docentes, estudiantes y graduados); 230 (comisiones sectoriales de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, con representación de trabajadores y de empresas públicas y privadas); y en sus disposiciones especiales letras: "G)" (integración del Directorio del Instituto Nacional de Colonización, con participación de las organizaciones nacionales de productores, las cooperativas agropecuarias y las sociedades de fomento rural); "M)" (integración del Directorio del Banco de Previsión Social, con miembros electos por los afiliados activos y pasivos, y por las empresas contribuyentes); "N)" (integración del Consejo Nacional de Enseñanza Primaria y Normal con maestros, pero nombrados por el Poder Ejecutivo y no en representación del magisterio).
- (117) Para esta, a la tesis de *Arbeleche*, cit. *supra*, nota (115), adde: *Cortiñas-Peláez, León*: La nouvelle structure administrative de l'Université en Uruguay: le cogouvernement des étudiants, "Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger", París, 1963, págs. 20 - 47, cuya trad. esp. ("Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, t. 58, y "Rev. de la Facultad de Derecho", Valencia/Venezuela, 1962, Nº 11 - 12) actualizada con la Constitución de 1967, puede leerse en "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), págs. LXXXI - CVI del t. I.
- (118) Así, el inc. 2 del Art. 65 de la Constitución Oriental de 1967 (texto igual al de la Constitución de 1952) dispone la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros.
- (119) Disposición especial "M)" de la Constitución oriental de 1967, preindicada *supra*, nota (116).
- (120) Cfr. *Real, Alberto-Ramón*: Administración tripartita de la seguridad social: representación de intereses en los servicios sociales, "La Revista de Seguridad Social", Montevideo, 1958, t. II, Nº 4, págs. 57 - 92.
- (121) Es decir, respecto de los agentes de la propia Administración, y respecto de los administrados, respectivamente interiores y exteriores a ella. Cfr. *Rivero*: A propos, cit. *supra*, nota (110), pág. 824.
- (122) Cfr. como un interesantísimo ejemplo actual, *Stjepanovic, Nikola*: Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia, "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. V, págs. 619 - 638, *passim*; adde: *Gordillo, Agustín*: Procedimiento y recursos administrativos, ed. Jorge Alvarez, Buenos Aires, 1964, y su

desprecio por el administrado (123) y multiplicación de las técnicas consultivas (124) y de concertación (125), tendientes a lograr una ejecución fundada en la adhesión y no en la imposición. Ello ciertamente redundará en una redistribución virtual del Poder, en una mayor integración institucional (126), factor decisivo del fortalecimiento y la continuidad (127) de la democracia social.

19. f) *La coordinación* asume en la Administración Pública una extensión mayor que en las administraciones privadas, por el hecho mismo de la pluralidad de centros de decisión, y, además, en nuestros días, por la acción centrífuga a que se ve sometido el poder jerárquico tradicional. Ello puede comprenderse mejor atendiendo a lo ya indicado (128) con relación a la "dirección de la empresa" en la administración privada, que oponíamos a la administración en sentido estricto, cotidiana. Si bien es cierto que las nociones de "dirección de empresa" (privada) y de superior jerárquico de la Administración (pública) tienden a recubrirse, no lo es menos que esta última está aún muy lejos de lograr una adopción predominante de las llamadas "técnicas mo-

aguda contribución, La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo, en el "Archivo Latinoamericano de Ciencias Administrativas", t. II, Caracas, 1970-1971; Isaac, Guy: La procédure administrative non contentieuse, thèse, Toulouse, préface o. Dupeyroux, ed. L.G.D.J., Paris, 1968; Langrod, Georges: La procédure administrative non contentieuse, Cours 1961-63, Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Madrid-Strasbourg, siendo enorme la influencia que este admirable cursillo fermental ha tenido en los trabajos anteriormente indicados en esta nota, particularmente en la obra de Isaac; González-Pérez, Jesús: El procedimiento administrativo, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964. Dos manifestaciones recientes de esta reordenación procedimental en A. Latina, las tenemos en: la ley costarricense del 24 de enero de 1970 (Ley General de la Administración pública, que contiene una detallada estructuración del procedimiento administrativo), reproducida en "Archivo Latinoamericano de Ciencias Administrativas", Caracas, t. II, 1970-71; y la Recopilación y Sistematización de Normas de Procedimiento Administrativo, aprobada por el Poder Ejecutivo de la República Oriental, por decreto Nº 575/966 del 23 de noviembre de 1966, reproducida por Pérez-Pérez, Alberto: Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, (concordada y anotada), ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1970, t. II, págs. 444-510.

- (123) Cfr. Rivero, Jean: A propos..., cit. *supra*, nota (110), pág. 828.
(124) Cfr. Rivero, *ibidem*, pág. 827; Weber, Yves: L'administration consultative, préface Durand - Prinborgne, ad. L.G.D.J., Paris, 1968; Langrod, Georges: director de un vasto equipo pluridisciplinar en la "Ecole Pratique des Hautes Etudes", anuncia para 1972 la aparición de una obra mayor sobre L'administration consultative, que es lógico esperar sea una aportación digna del Traité de Science Administrative, cit. *supra*, nota (2).
(125) Cfr. Rivero, *ibidem*, págs. 830-32; Chillón-Medina, trabajos cit. *supra*, nota (110).
(126) En el sentido de Smend y su Escuela de la Integrationslehre, cit. *supra*, Nº 5, y notas (26) y (42).
(127) Hesse, Konrad: cit. *supra*, nuestra nota (52), su pág. 82, citando a su vez a Heller, Hermann: Staatslehre, cit. *supra*, nuestra nota (36), su pág. 267.
(128) *Supra*, Nº 16 y nota (103).

dermas de dirección general" (129). Sería necesario, en el sentido de una convergencia —que en este punto podría ser fructuosa para la Administración—, el realce de la misión de la dirección general responsable, con atribuciones muy precisas, particularmente respecto de la definición de las políticas y de los objetivos, y de la elaboración de planes a largo plazo (130). De lo contrario, la existencia de tan variados niveles de decisión dotados de poderes jurídicos concurrentes, genera —por razonables que sean las iniciativas— contradicciones y discordancias, las cuales sólo pueden ser allanadas mediante mecanismos complejos de coordinación (131).

20. g) *El elemento coercitivo*, consolidado en normas precisas, está mucho más netamente realizado en la dinámica de la Administración Pública, legitimada para modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad, sin el consentimiento de los interesados. La prerrogativa de la decisión ejecutoria, privilegio que resultaría inconcebible en el dominio de una administración privada, pertenece a la *esencia* del Poder Público, en los países de Europa continental —y por contraste con la concepción privatista anglosajona, que obliga a la Administración, para la ejecución de sus actos, a recurrir al Poder Judicial—. Que en los países de la *common law* haya podido mantenerse la obligación de comparecencia de la Administración ante el juez, para confirmar la juridicidad de sus actos pasados en autoridad de cosa decidida, no debiera sorprender en la cuna del liberal-capitalismo. No debemos olvidar el papel tradicionalmente conservador (cuando no reaccionario, como en los Estados Unidos del Norte ante las medidas del *New Deal* de Roosevelt) que corresponde en el Estado liberal-burgués de Derecho a los magistrados, cuyos excesos igualmente fueran tan execrados en Francia, con razón, inmediatamente antes de la Revolución de 1789 (132). Lo que parece inadecuado es la postulación de dicha regresión por imitación mecánica de las instituciones británicas, con desconocimiento de las condicionantes históricas y socioeconómicas de las mismas, con la ilusión de erigir una barrera contra una Administración presuntamente más despótica que magistrados enmarcados en las anteojeras de una formación positivista de acentuado juridicismo (133). Dicha postura

(129) Cf. Meynaud, Pierre: Les techniques modernes de direction générale sont-elles applicables à l'administration, "Bulletin O. et M.", París, janvier-mars 1968, Nº 27, pág. 5.

(130) Meynaud, *ibidem*, pág. 6.

(131) Para un estudio reciente sobre los problemas de la coordinación, en la Administración prospectiva en particular, vid. Sfez, cit. *supra*, nuestra nota (5), pág. 237 y siguientes.

(132) Cfr. Lefébure, Marcus: Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français, préface Jean Rivero, ed. L.G.D.J., París. 1961.

(133) Nos referimos a la polémica recientemente suscitada en el seno de la Escuela democrática española de derecho administrativo, donde Parada pretende descubrir antecedentes de estilo *common law* para el sector español del sistema continental.

olvida que en países de Estado deformado por el autoritarismo, los jueces serán más proclives aún que los administradores a la influencia del Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial —por inevitable tendencia de los legistas de todos los tiempos— más apegado al pasado que al progreso (134).

Vid.: *Parada Vázquez, José Ramón: Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, "Revista de Administración Pública", 1968, Nº 55, págs. 65 y ss. contra-dicho por *Nieto-García, Alejandro: Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, *ibidem*, 1968, Nº 57, págs. 9 y ss.; y luego, *Parada-Vázquez, Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, *ibidem*, 1969, Nº 59, págs. 41 y ss. Nos parece irrelevante, a efectos de teoría general, que sólo aquí interesa, la eventual exactitud de las normas legislativas, de los principios jurisprudenciales y aun de las prácticas administrativas, en que pretende fundar *Parada-Vázquez* su polémico criterio. Igualmente, aunque pueden comprenderse las motivaciones de su "aquí y ahora", que le llevan a embarcarse en su tesis, ellas no nos parecen justificar un cambio tan regresivo en la estructuración de los poderes públicos, ni siquiera en su país, donde lo procedente sería ocuparse, no de los órganos sino de sus soportes (*Träger*). La democracia británica no la hizo el *judge made law*, éste es sólo una emanación de una conciencia política capaz de renunciar con esa y con cualquier otra estructura de poderes. En definitiva el planteamiento nos parece pecar de juridicismo, de una estrecha visión procedimental, respecto de problemas cargados de radical substancialidad. Idénticas razones nos parecen refutar la tercera, coadyuvante con *Parada*, que deduce su discípulo *Fernández-Rodríguez, Tomás-Ramón: La doctrina de los vicios de orden público*, ed. I.E.A.L., Madrid, 1970, págs. 40 - 41, en extensa nota.

- (134) Las clásicas conclusiones de *Lambert, Edouard: Le gouvernement des juges*, Sirey, 1921, siguen siendo de inexcusable vigencia, incluso en derecho comparado. Recuérdese con *Bachoff, Otto: Seminar über Staatsrecht der nationalsozialistischen Zeit (Die Rechtsprechung)*, Tübingen, 1968, el papel desempeñado por la jurisprudencia, típicamente reaccionario, en contra de la República de Weimar, primero, y de sumiso acatamiento del Conductor después. Una concepción algo ingenua ha magnificado, en América Latina y aun en Derecho comparado, las proyecciones del *Amparo* en los Estados Unidos Mexicanos. Una investigación exhaustiva acaba de demostrar la inexactitud de aquella valoración, probando que dicha institución ha contribuido esencialmente a la defensa y aun a la restauración de un orden jurídico contrario a los ideales de la Revolución mexicana, consagrados en la Constitución de 1917 (cf. *González Casanova, Pablo: La democracia en México*, ed. Era, México, 3ª ed., 1969, *in totum*, esp. págs. 33-37 y cuadros anexos Nos. V a VIII). En definitiva, históricamente, por formación y por profesión, es raro que el juez esté a la altura de las exigencias de su época, es casi imposible que presida, como Poder Constitucional responsable en el Estado, la evolución progresiva de las instituciones. A lo más que puede aspirarse es a que sea fiel ejecutor e intérprete de la Constitución vigente, haciéndola respetar por los otros Poderes: para esta hipótesis, excepcional, vid.: en el "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), *Aikin, Charles: The United States of North America Supreme Court: New Directions in the 20th. Century*, t. III, págs. 139-155; así como, de *Bachof, Otto: Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, in "Summum ius, summa iniuria", *Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, vol. 9, ed. Mohr, Tübingen, 1963, págs. 41 ss. Ante semejante panorama, al que ni siquiera hace excepción (salvo quizá el fallo *Canal*, del 1962) el Consejo de Estado francés, parece prudente reservar la intervención del Poder Jurisdiccional a las hipótesis rigurosamente contenciosas, confirmando y aun ampliando la fuerza ejecutoria de las decisiones administrativas.

21. h) *El personal de la Administración Pública* está regido por los principios del Servicio Civil, de la Función Pública, principios de derecho y de hecho muy diferentes a los que rigen en las administraciones privadas.

Una reciente encuesta (135) ha abundado respecto de las diferencias de formación entre ambos personales, rechazando la posibilidad de abrir ambos mercados del trabajo a los graduados de un mismo establecimiento. En efecto, la diferencia de naturaleza y de finalidad existente entre la Administración y la empresa privada, supone una orientación espiritual muy diferente en las nuevas generaciones que se destinan a ellas, respectivamente. La especificidad del Estado impone una formación autónoma de su futuro personal, la cual, por abierta que sea a las realidades de la sociedad y a las exigencias de una cierta competitividad industrial, no puede ser confundida con la dispensada a los dirigentes empresariales.

El personal de la Administración Pública vive cotidianamente el peso y la inercia de una fuente material de Derecho, *la costumbre* (136), de escaso arraigo en las administraciones privadas, cuya mentalidad es diferente. Lo psicológico adquiere así un carácter prácticamente normativo. La herencia de hábitos y orientaciones es un factor decisivo en la imposibilidad, para la Administración, de reformarse a sí misma (137). Es como si estuviera regida por un "derecho constitucional administrativo", de naturaleza consuetudinaria, que veta toda reforma susceptible de cambiar algo esencial en el funcionamiento real de la institución. La rigidez, la infelicidad de la política de relaciones públicas y humanas, son su consecuencia natural (138).

22. i) *El estatuto de la función pública*, rígido, deja escaso margen para una valoración *intuitu personae* de los agentes de la Administración. La flexibilidad del régimen contractual privado permite crear mayores incentivos, facilitando un crecimiento de la productividad mediante una cierta competitividad, interna a la empresa. Por otra parte, la inamovilidad de los funcionarios impide una adaptación permanente a las exigencias del momento, y la seguridad, de que son beneficiarios, obsta a toda reorganización capaz de afectarla —aunque su precio sea una remuneración ciertamente inferior—. La rigidez "alimentaria" de la remuneración (139) de los funcionarios, la inexistencia práctica de posibilidades concretas de acelerar la carrera mediante actuaciones excepcionales, la prédica virtual del ahorro y el renunciamento, la exal-

(135) Vid. Bloch-Laine, François: (Président), Rapport de la commission d'étude des problèmes de l'Ecole Nationale d'Administration, avril 1969, ed. La Documentation française, Paris, pág. 36.

(136) Langrod, Georges: cit. *supra*, nuestra nota (85), su misma nota 86.

(137) Definición misma del fenómeno burocrático según Crozier, cit. *supra*, nota (91), su pág. 257.

(138) Langrod, Georges: cit. *supra*, nuestra nota (85), su misma nota 86, b).

(139) Ryffel, Hans: cit. *supra*, nota (102), *ibidem*, págs. 466-467.

tación del ascetismo (140) como virtud de la burocracia, tales son algunas "normas" vigentes en la Administración Pública, que la diferencian de la administración privada.

23. j) *La remuneración de los agentes públicos*, insensiblemente traída a nuestro discurso por los párrafos anteriores, permite igualmente una distinción marcada con las administraciones privadas. El tema, huérfano hasta hace poco de adecuada consideración en castellano, acaba de ser objeto de una monografía excepcional (141), cuyos fundamentos, más allá de las naturales limitaciones geográfico-políticas, iluminan decisivamente el tema. Una visión juricista, ateniéndose a ciertas convergencias normativas y doctrinales, podría vislumbrar una inminente identificación de ambos regímenes (142). Un adecuado enfoque pluridisciplinar, de ciencias administrativas, disipa rápidamente toda ilusión. Más allá de las pretensiones de instaurar, en todos los países, una sola y única política retributiva dentro de la economía nacional, que atendería a la importancia de las vinculaciones entre administración y sector privado, y a la imperiosa necesidad de su equilibrio (143), subsisten básicas diferencias que deslindan y enfrentan una política retributiva (de la Administración pública) y una política salarial (del sector privado) (144).

En el sector privado, la política salarial depende fundamentalmente de la oferta y la demanda y del rendimiento o productividad, factores que actúan muy diferentemente para la Administración. En ésta, en primer lugar, la productividad sólo es tenida en cuenta excepcionalmente, y con un valor muy relativo (145), puesto que sus prestaciones tienen lugar bajo condiciones distintas, y sus realizaciones, no sólo no son casi nunca expresables en unidades monetarias, sino que ni siquiera son unívocamente mensurables (146). Además, la permanencia de sus fines exige a la Administración el mantenimiento de servicios "deficitarios", lo cual es casi inimaginable en el sector privado (147).

(140) Ryffel, *ibidem*.

(141) Nieto-García, Alejandro: *La retribución de los funcionarios en España: historia y actualidad*, ed. de la Revista de Occidente, Madrid, 1967, trabajo que abre una época en el estudio de las ciencias administrativas en los países de lengua castellana, por su forma, por su fondo y por su sistemática aproximación pluridisciplinar, por lo que cabe tanto esperar de los trabajos que su autor anuncia sobre funcionarios.

(142) Es, en definitiva, la tentación apuntada más arriba, de la convergencia del Derecho público y del Derecho privado, aplicada a este tema por Prat, Julio A.: *Licencia anual de funcionarios públicos*, "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. IV, págs. 1.191-1.208, esp. Nº 8 de pág. 1.208. En la República Oriental se explica la unificación de regímenes por la supremacía igualadora de la Constitución, válida para los derechos administrativo como laboral.

(143) Nieto-García, cit. *supra*, nota (141), su pág. 39.

(144) Nieto-García, cit., *ibidem*.

(145) Nieto-García, *ibidem*.

(146) Hüttel, Adolf: *Wirtschaftlichkeit*, in Morstein-Marx, Hrg: cit. *supra*, nota (1), pág. 291.

(147) Hüttel, *ibidem*.

En segundo lugar, dicha permanencia teleológica hace que la demanda de trabajo sea muy inelástica en la Administración, y por ello, menos sensible a los principios de libre competencia entre la oferta y la demanda, con la curiosa consecuencia de que las retribuciones públicas son rígidas a la baja: en efecto, si sube el valor del trabajo en el mercado, la Administración, tarde o temprano, habrá de aumentar sus retribuciones; pero si baja este valor, es muy difícil que la Administración degrade sus retribuciones (148).

Finalmente no debe olvidarse que la rigidez presupuestaria y organizativa de la Administración, le obliga a operar con largos períodos de tiempo, a diferencia del sector privado, ya que aquella no tiene la suficiente sensibilidad de reacción para adaptarse rápidamente a las alteraciones de la estructura económica del país (149). Esto no significa que la Administración deba ir a remolque de los acontecimientos económicos, sino todo lo contrario, que está obligada a preverlos con la debida anticipación (150), por lo cual la Administración prospectiva se convierte en verdadero motor de cambio en la sociedad contemporánea (151).

En definitiva, la Administración no sólo no es ya la élite de la sociedad como en los tiempos del Régimen Indiano, sino que su integración (152) en una sociedad igualitaria y democrática tiende a compensar su seguridad estatutaria ante las crisis periódicas de desocupación del capitalismo. Esta compensación acaece, ya mediante un marcado retraso de equiparación retributiva, no sólo respecto del sector privado sino de los vaivenes inflacionarios típicos del mundo posterior a los acuerdos de Bretton Woods; ya mediante una lentitud y rigidez en la promoción por vía de ascenso (153), que igualmente contrastan con la movilidad del sector privado.

24. k) *La productividad conceptúa objetivos distintos, o, por lo menos, difícilmente identificables en ambas administraciones.* La lucratividad, la búsqueda de la mayor ganancia como fin supremo, motoriza la empresa privada y determina la mentalidad de sus agentes. La rentabilidad de una Administración Pública se apoya en criterios de más difícil mensurabilidad. En cierta medida, tenemos aquí una repercusión específica de la divergencia genérica entre los intereses particulares y el interés general, que obliga al representante de este último, al Estado empleador, a preocuparse siempre simultáneamente por las responsabilidades del Estado como poder público. En efecto, en el

(148) Nieto-García, *ibidem*.

(149) Nieto-García, *ibidem*.

(150) Nieto-García, *ibidem*.

(151) Sfez, cit. *supra*, nota (5), *ibidem*.

(152) Una vez más, en sentido de Smend y de la *Integrationslehre*.

(153) Vid. las modalidades compensatorias, para la sociedad opulenta (*affluent society*), principalmente de prestigio y ennoblecimiento cívicos, que encara Ryffel, Hans: cit. *supra*, nota (102), pág. 467.

Estado democrático y social de Derecho, la estabilidad y prosperidad general de la economía (a nivel de organismos nacionales especialmente) condiciona el logro de la seguridad social en el pleno empleo, que señaláramos (154) como una de las tres metas del Nuevo Estado. En el caso del sector privado, el interés del capital invertido a la tasa vigente en el mercado, debe ser incluido en los cálculos como un costo (155); para la Administración, si el resultado del gasto radica en la inversión de un capital ocioso, el interés de este capital no sería imputable a los costos, desde el punto de vista de la macroeconomía. Más aún, el objetivo concreto (156) de la inversión pública puede incluir los efectos de esta inversión en la economía global en los niveles de ingreso y empleo, y estos efectos deben ser incluidos en la medida del producto final (157). De este modo, la productividad aparentemente baja de un proyecto público se eleva, haciéndolo rentable, a nivel de la consideración global de los objetivos de la sociedad. Naturalmente que éstos no deben ser una ficción que desgaste sin sentido la economía de las administraciones públicas menores, cuyas inversiones, en primera aproximación, deben ser regidas por preferencias de rentabilidad microeconómica estricta, lo que les permitirá seguir siendo instrumentos de producción competitivos, evitándoles convertirse, por degradación progresiva, en servicios de asistencia económica financiados por el impuesto (158). La rentabilidad macroeconómica, no siempre exactamente calculable, debe ser manejada con resolución, pero con pleno conocimiento de causa, sin disimular la diferencia por ejemplo, entre las tarifas establecidas y las que habrían debido ser adoptadas en consideración estricta al equilibrio financiero de la empresa pública (159).

Naturalmente que este problema de la rentabilidad macroeconómica de las Administraciones públicas menores, implica como indicáramos, serios problemas de coordinación (160), que suelen no plantearse ni aun en las mayores empresas privadas de naturaleza internacional, problemas que tienden a desbordar el cauce de lo puramente administrativo, asumiendo una franca coloración política, llegándose

(154) *Supra*, Nº 6 y nota (47).

(155) Cfr. *Simón, Herbert A.: Administrative Behaviour: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Foreword by Chester I. Barnard, 2ª ed. The Macmillan Company, New York, 1957, pág. 174.

(156) En el sentido de *output*, que conceptualmente se opone al *input*, es decir, los medios en hombres, en material, en subvenciones, cuya puesta en acción es necesaria para la obtención de aquel objetivo concreto. Cfr. *Pouffet, Edouard: Program Budgeting: Instrument de la direction par les objectifs dans le secteur public*, ed. Institut Administration-Université, Bruselas, 1967, págs. 3-4.

(157) *Simón*, cit. *supra*, nota (155), pág. 175.

(158) Cfr. *Trouvé, Jean: Introduction générale aux thèmes traités lors de la session d'études de l'OCDE sur "L'Administration publique et le développement économique"*, ed. Organisation de Coopération et de Développement Economiques, París, 1966, pág. 61.

(159) *Trouvé, ibidem*, pág. 62.

(160) *Supra*, Nº 19.

incluso a su regulación por la Constitución (161). En cierta medida, corresponderá al Poder Ejecutivo central la precisión de la presente diferencia entre Administración y sector privado, incluso respecto de las actividades comerciales del Estado, cuya explotación eficaz no debe siempre inducir al olvido de los costos y ventajas sociales (162). Lo importante es el deslinde de criterios, formalizado mediante compensaciones en otros niveles de la empresa pública o mediante subvenciones exteriores, deslinde que debe limitar claramente la zona "no-comercial" de la actividad, impidiendo la generalización de métodos deficitarios, de una gestión imprecisa, de técnicas económico-financieras anticuadas, o un apartamiento de las directivas de la planificación nacional (163).

La productividad se nos presenta así como una exigencia de eficacia administrativa, referida en el sector público a resultados muy diferentes. Ella no excluye la ganancia, meta aceptada hoy hasta por las administraciones públicas de los países socialistas (164). Pero esta rehabilitación de la ganancia como incentivo de la acción, no llega

(161) Así, por el juego de los Arts. 221 (inc. 6, párrafo 2) y 197 (inc. 1) de la Constitución Oriental de 1967, la autonomía de los establecimientos públicos industriales y comerciales del Estado (los entes autónomos, forjados originariamente en derecho comparado por la Constitución Oriental de 1918, según el profesor venezolano don Antonio Moles Caubet) se ve severamente restringida, en aras de la coordinación centrada en el Poder Ejecutivo, asistido de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (Art. 236). Por ejemplo, en materia de tarifas (y, obviamente, de presupuestos), los entes autónomos están casi sometidos, en definitiva, al pensamiento del Ejecutivo, quien puede así, previamente, sugerir una política global y coherente, por encima de las autonomías. En efecto, los entes autónomos proponen, el Ejecutivo observa, y si el Parlamento no resuelve por mayoría especial respecto de estas observaciones, "se tendrá por aprobado el presupuesto, con las observaciones del Poder Ejecutivo", dentro del término perentorio de 40 días (establecido ya en la Constitución de 1952). Ahora bien, este criterio de "coordinación presupuestaria" se combina con la "coordinación administrativa" *stricto sensu* del 197, que permite al Ejecutivo disponer la suspensión de los actos observados, y, en caso de ser desatendidas las observaciones, disponer las rectificaciones, correctivos o remociones que considere del caso, comunicándolos al Senado, quien resuelve en definitiva. Complementariamente, el Ejecutivo, por sí, puede destituirlos por ineptitud u omisión en el ejercicio del cargo, si el Senado no se pronuncia en el término de sesenta días (Art. 198). Cfr. Prat, Julio A.: Autonomía en la descentralización funcional, tesis profesoral, prólogo de García de Enterría, Eduardo; ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1970; y Prat, Julio A.: Los entes autónomos y los servicios descentralizados en la Constitución de 1967, in "Estudios sobre la Reforma Constitucional", ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967, págs. 99-130.

(162) Cfr. Hunt, J. J.: Les relations entre l'autorité centrale et les entreprises publiques, in "L'Administration publique et le développement économique", ed. OCDE, París, 1966, págs. 157-170, esp. 165; Salisheva, Nadezda-Georgievna: La autonomía de las empresas públicas ante la planificación centralizada, "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nuestra nota (12), su t. V, págs. 561-571.

(163) Hunt, *ibidem*, pág. 166; Salisheva, *ibidem*.

(164) Tanchuk, Igor-Anatolievich: El papel del contrato económico en la U.R.S.S., "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nuestra nota (12), su t. V, págs. 573-585 (esp. pág. 577 y 584); Salisheva, *ibidem*, págs. 569-570; Zamengoff (Zoya-Mijailovna), Derecho de la propiedad estatal en la U.R.S.S., "Homenaje a Sayagués-Laso", cit. *supra*, nuestra nota (12), su t. V, págs. 81-94, esp. págs. 93-94.

hasta la admisión —por los administrados— de la obtención de una ganancia desmedida respecto de una producción impuesta por el poder público en régimen de virtual o total monopolio. La no incorporación de la ganancia, cualitativamente diversa y cuantitativamente limitada, en la Administración, priva a ésta de un estimulante intenso y de una medida unitaria para sus rendimientos, todo lo cual tiende a paralizarla mediante las inercias de la rutina, por racional que sea su organización inicial, o derivada de una reforma administrativa. Los compartimientos estancos forjados por la especialización de las Administraciones públicas menores, se tornan aún más herméticos al carecerse de una referencia común, y reinar incluso referencias opuestas (165). Toda comparación entre la Administración y el sector privado tiene que tener muy presente esta diferencia esencial (166). Si se quiere dotar entonces a la Administración de la eficacia del sector privado, será necesario multiplicar sucedáneos, e injertar el estímulo de la ganancia en todas aquellas zonas de la organización que puedan admitirla sin violencia para su especialidad.

25. l) *La naturaleza monopólica de las prestaciones administrativas*, de hecho o de Derecho, transforma profundamente las relaciones entre proveedor y cliente, válidas para el sector privado (167). Mientras que la Administración tiene una clientela forzosa, la subsistencia de la empresa privada depende de la búsqueda, conservación y, si ello es posible, aumento, de su clientela. Dicho monopolio (diferencia normativa, en general, pero de relevancia económica) tiene consecuencias negativas para el comportamiento de administrados y agentes públicos, cuya agravación debe ser evitada mediante una sistemática explicación, y superación, de las condiciones y fines de la explotación pública.

26. m) *La contabilidad*. En la Administración Pública la contabilidad se distingue de la empresarial en sus principios y en su reglamentación general, sin perjuicio de la analogía existente en sus fines y técnicas formales (168). Ambas contabilidades tienden a organizar las respectivas actividades mediante su descomposición y presentación racionales, para así poder materializarlas en dinero, verificar su exactitud y conservar su documentación. Pero la acción de la Administración, incluso respecto de sus establecimientos industriales o comerciales, responde a los enunciados criterios de democraticidad (169), productivi-

(165) Los criterios de productividad postulados por el Ministerio de Economía y Finanzas coinciden rara vez con los de un establecimiento público cultural o de enseñanza, o, incluso, con los de un Ministerio como el de Relaciones Exteriores.

(166) Cfr. *L'administration dans la France contemporaine*, informe de la gran comisión "Administración" (1968-69) de la *Ecole supérieure de guerre*, ed. I.T.A.P., París, 1969, pág. 70.

(167) *L'administration dans la France contemporaine*, *ibidem*, pág. 71. Cfr. *supra*, Nº 10.

(168) Carcelle, Paul y Mas, Georges: *La comptabilité*, in Langrod (director), *Traité de science administrative*, ed. Mouton, París-La Haya, 1966, págs. 673 ss.

(169) *Supra*, Nº 15 y notas (101) y (102).

dad (170), así como al de transparencia (171), criterios que difieren marcadamente respecto del paternalismo, la lucratividad y el secreto, reinantes en el régimen competitivo del capitalismo liberal.

La contabilidad de la Administración pública se distingue de la del sector privado, estructuralmente, no sólo merced a los principios peculiares de la contabilidad pública tradicional, tales como los principios rectores del derecho presupuestario (172), la separación de atribuciones entre administradores y contadores (173), la contabilización separada de ingresos y egresos (174), la regularidad fundada en el complejo juego político-técnico de controles y responsabilidades, que se apoya institucionalmente en los tribunales de cuenta y contralorías del Tesoro, en el Parlamento y la opinión pública. Ella se distingue contemporáneamente también, por la contabilidad llamada económica, o de las cuentas nacionales (175).

La contabilidad económica no se limita en verdad a las administraciones públicas, sino que tiende a abarcar, en forma simplificada y apoyándose en aquéllas, a toda la actividad del país (176), registrando el flujo de bienes y servicios, y no los activos. Limitándose a la producción agregada, y no a la producción intermediaria, para evitar los dobles empleos, la contabilidad económica carece del rigor de las técnicas de la contabilidad comercial, por cuanto tiene necesariamente que apoyarse en datos estadísticos a menudo inciertos cuando no inexistentes, para superar lo cual surge el recurso a extrapolaciones o estimaciones tendenciales, carentes de montos exactos (177).

En definitiva, la contabilidad de la Administración exige un esfuerzo de objetividad constantemente renovado, puesto que, no sólo en la contabilidad económica, sino también en la contabilidad tradicional, su régimen general implica subjetividades y vallas constantes a un régimen eficaz de dirección general (178). Concebida en una época en que el papel del Estado era muy reducido, la época liberal del Estado

(170) *Supra*, Nº 24 y esp. nota (158).

(171) El sector público, sometido a constantes y contradictorios controles, se vuelve mucho más transparente que el privado: cf. *Morstein-Marx, Fritz: Hierarchie und Entscheidungsweg*, in "Verwaltung", cit. *supra*, nota (1), su pág. 125. Por otra parte, superar la rigidez burocrática de los esquemas taylorianos de productividad mediante una consecuente consideración de las relaciones humanas lleva consigo una potenciación, interna y externa a la Administración, de la opinión pública (cfr. *Nigro, Félix*, cit. *supra*, nota 82, su pág. 19).

(172) Cfr. *Cortiñas-Peláez, León: Los principios rectores del presupuesto en Francia*, ed. del Seminario de Finanzas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1958, *passim*; *Devaux, G. La comptabilité publique*, ed. P.U.F., París, 1957.

(173) *Carcelle y Mas*: cit. *supra*, nota (168), pág. 676.

(174) *Carcelle y Mas*: cit. *supra*, nota (168), pág. 677.

(175) Cfr. *Carcelle y Mas*: cit. *supra*, nota (168), págs. 683-686; *Marchal, Jean: Nouveaux éléments de comptabilité nationale*, ed. Cujas, París, 1964; *Culmann, Henri: Les comptabilités nationales*, ed. P.U.F. (coll. Que sais-je?), París, 1965.

(176) y (177) *Carcelle y Mas*, cit. *supra*, nota (168), págs. 683 ss.

(178) *Meynaud, Pierre*: cit. *supra*, nota (129), su pág. 5.

burgués de Derecho, la contabilidad pública tradicional, aun reformada, se adapta difícilmente a las necesidades modernas de la acción. Muchas reglas presupuestarias, y en particular los principios de la anualidad y de no transposición de rubros pueden constituir obstáculos a la gestión económica. La dificultad del establecimiento de los costos y precios en el sector público hace difícil la apreciación financiera de los resultados, lo que lleva a juzgar la acción según criterios subjetivos (179).

27. n) *El control*. Las diferencias normativas se acentúan en materia de control, entre la Administración y el sector privado. Por definición, decíamos, la Administración tiende a ser transparente, *res publica*, cosa de la República, cosa de todos, respecto de la cual todos tienen derecho a exigir saber. Ya hemos hecho referencia al control interno, patentizado en la existencia de un procedimiento administrativo (180) en vía de regulación en América Latina, y no es éste el momento de detenernos en el control externo mediante el proceso administrativo (181), extensamente considerado en todos los manuales de Derecho administrativo. Hemos visto igualmente que el ciudadano del Estado democrático y social de Derecho no se contenta con saber, y eventualmente controlar mediante las vías procedimentales y procesales tradicionales, sino que le interesa participar (182) y, exigir, llegado el caso, el cumplimiento mínimo de ciertos objetivos prestacionales (183). Cabría también recordar amén de los Tribunales de Cuentas (184), la existencia en ciertos países de un control, previo al acto, de juridicidad (185); así como, en los países escandinavos, en Nueva Zelandia y ahora en el Reino Unido, la acción complementaria del Ombudsman (186), cuya irradiación promete ser considerable en el Derecho comparado de los países capitalistas en las próximas décadas, pues cubre con su protección materias que escapan al control jurisdiccional

(179) Meynaud, Pierre: *ibidem*.

(180) *Supra*, Nº 18 y nota (122).

(181) Cfr. en América Latina, por todos: Briseño-Serra, Humberto: *El proceso administrativo en Iberoamérica*, ed. U.N.A.M., México, 1968.

(182) *Supra*, Nº 18, y nota (110).

(183) *Supra*, Nº 6.

(184) Vid. Sayagués-Laso, Enrique: *Tribunales de Cuentas*, "Rev. de Derecho Público y Privado", Montevideo, 1940.

(185) Así, la Contraloría General de la República, en Chile, por ejemplo, Cf. Silva-Cimma, Enrique: *La 'Controlería General de la République Chilienne*, "Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger", París, 1961, págs. 286-291. Brewer-Carías, Allan-Randolph: *El control de las actividades económicas del Estado en el derecho venezolano*, ed. Contraloría General de la República, Caracas, 1969, esp. págs. 130-149.

(186) Cfr. La Roche, Humberto: *El 'ombudsman' en los países nórdicos y el caso de Venezuela*, "Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia", Maracaibo, 1967, Nº 19, págs. 9-60; Holmgren, Kurt: *La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'ombudsman*, "Droit social", París, fev. 1969, págs. 69 ss.

tradicional (187). Evidentemente, todas estas formas de control son ajenas, por esencia, al sector privado, sometido a su vez a controles sanitarios, fiscales, laborales, etc. que, sin serle exclusivos, tienen lógicamente que asumir modalidades distintas a las vigentes respecto de la Administración.

28. ñ) *La responsabilidad.* Las diferencias normativas culminan en materia de responsabilidad, donde los diversos tipos de control enunciados, añaden a la tradicional responsabilidad civil y penal, las responsabilidades administrativas (régimen del poder disciplinario en la Administración) y constitucionales. Estas últimas son la piedra de toque de toda Administración, en el régimen del Estado democrático y social de Derecho, fundado en la periódica realización de elecciones disputadas (188). En la medida en que el Estado contemporáneo, el Estado occidental de la Edad administrativa, tiende a ser un Estado de partidos (*Parteienstaat*) (189), surge una estrecha vinculación entre Administración y política, puesto que, cada día más, los responsables directos de la conducción administrativa responden, a través de su exigida calificación técnica (190), a postulados defendidos previamente por un partido político en la contienda electoral y respaldados por éste en el Parlamento (191). Esta unificación se acentúa porque, a la intensa coordinación exigida por los fenómenos de desconcentración y descentralización (192), se agregan las repercusiones centralizantes de la planificación, aun de la indicativa o flexible de tipo francés (193).

29. E) *Las diferencias técnicas* completan la distinción entre Administración y sector privado, que hemos venido trazando merced a las diferencias económicas, sociales, políticas y normativas.

El contraste entre Administración de gestión y Administración de misión (194), la tensión entre la Administración tradicional y la

-
- (187) Cfr. Soto-Kloss, Eduardo: El "ombudsman" nórdico-sajón, "Archivo Latinoamericano de Ciencias Administrativas", Caracas, t. II, 1970-71, *passim*.
(188) Cfr. Hauriou, André: Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, París, 4ª ed., 1970, págs. 226 ss.
(189) Morstein-Marx, Fritz (Director): Gegenwartsaufgaben der öffentlichen Verwaltung, ed. Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968, pág. 8.
(190) Así, el Art. 187 de la Constitución Oriental de 1967, diferente de la norma concordante de la Constitución de 1952, impone al Poder Ejecutivo la fundamentación de sus propuestas para la provisión de las Direcciones descentralizadas ante el Senado, en las condiciones personales, funcionales y técnicas de sus candidatos.
(191) Las preocupaciones de popularidad o electorales de los políticos ante procesos de opinión, pueden llevarlos, bajo la presión de los administrados, a decretar prestaciones o crear servicios contrarios a los medios reales o a la organización misma de la Administración. Por el contrario, las presiones de la clientela sobre el sector privado son para éste un desafío, un estímulo para un crecimiento y perfeccionamiento en la organización y en el progreso técnico (Cfr. *L'administration dans la France...*, cit. *supra*, nota 166, su pág. 71).
(192) Cfr. *supra*, Nº 19.
(193) Cfr. *supra*, nota (110), los trabajos citados de Chilton-Medina y *passim*.
(194) *Supra*, Nº 1 *in fine*; e *infra*, nota (200), *passim*.

Administración prospectiva (195), la distancia entre la contabilidad pública tradicional y la contabilidad económica nacional (196), tienden a recubrir dos zonas administrativas que se hallan en dos estadios distintos, en cuanto a la plena introducción de las técnicas modernas de gestión. Por supuesto que éstas no son fácilmente aplicables, en particular, por ejemplo, las llamadas técnicas modernas de dirección general (197); en efecto, el fin no lucrativo de la Administración, la realización del Estado democrático y social de Derecho, no coincide exactamente con los imperativos aritméticos del crecimiento, la expansión o la ganancia a mediano término. Ahora bien: la lucidez crítica conduce a comprobar si la democratización social realizada por el Estado prestacional no está sirviendo, en casos aislados o en tendencias en vía de generalización, a enmascarar la negativa, o el miedo, de utilizar la ganancia a mediano plazo, o su equivalente, como medida de la eficiencia administrativa. Los imperativos de productividad, de concurrencia y competitividad se concretizan en esfuerzos constantes; ellos suprimen la comodidad material intelectual, creando tensiones permanentes que deben favorecer la iniciativa, el placer del riesgo, la voluntad de luchar (198). En verdad, se presta un mal servicio a la causa de la democratización y de la socialización, mediante una visión demasiado abstracta del interés general o del servicio público, que no tienda a la eficiencia con suficiente dinamismo.

Comprendiéndolo así, y teniendo conciencia de la imposibilidad de los mecanismos burocratizados para reformarse a sí mismos (199), se ha producido una duplicación —considerada transitoria— de ciertos servicios administrativos, tendiente al cumplimiento de ciertas tareas nuevas o altamente especializadas en sectores técnicos de punta, así como, en general, en materia de administración económica (200). El paralelismo de esta Administración “de misión”, —afectada a una misión concreta, y destinada a extinguirse con el cumplimiento de la misma— con la Administración tradicional, ha estimulado en ésta un cierto reformismo, por imitación en primer lugar, de los estatutos flexibles de la Administración de misión, que permiten la movilidad del personal y la aportación exterior, así como por imitación, en segundo lugar, de su búsqueda de una gestión competitiva articulada en técnicas financieras modernas (201).

(195) *Supra*, Nº 1 *in fine*, Cfr. Sfez, Lucien: cit. *supra*, nota (5), *in totum*.

(196) Cfr. *supra*, Nº 26 y nota (168), *passim*.

(197) Cfr. Meynaud, Pierre: cit. *supra*, nota (129), pág. 6.

(198) Meynaud, *ibidem*.

(199) Cfr. Crozier, Michel: cit. *supra*, nota (91).

(200) Cfr. Pisani, Edgard: *Administration de gestion, Administration de mission*, “Rev. française de science politique”, París, 1956, págs. 315 ss.; Debbasch, Charles: *La Cinquième République et l'Administration*, “Homenaje a Sayagués-Laso”, cit. *supra*, nota (12), t. IV, págs. 347-378, esp. págs. 370 ss.

(201) Meynaud, Pierre: cit. *supra*, nota (129), pág. 6.

Sin embargo, como su destino y duración (202) lo indican, esta Administración de misión es excepcional. La Administración sigue siendo en general, incapaz de racionalizar, con la misma intensidad que el sector privado, las condiciones técnicas y económicas de esta segunda mitad del siglo XX. En efecto, mientras que el constante reajuste técnico es un imperativo en empresas similares de casi todos los países, el pasaje al mundo de la Administración nos revela una incoherencia casi general. Los apremios de la técnica se vuelven imprecisos y la autonomía es grande, al nivel de los medios; los sistemas de organización son construcciones voluntarias que responden más a los modelos culturales diferentes de la respectiva comarca, que a similares imperativos de eficacia.

Naturalmente, uno de los problemas más graves que se plantean a la Nueva Administración, es el de la conciliación de dicha marcha hacia la racionalización —impulsada considerablemente por el progreso tecnológico—, con la creciente participación de los ciudadanos, en la organización misma de dicho aparato prestacional, cada vez más complejo y altamente especializado.

30. F) *Las convergencias.* Las intensas diferencias constatadas entre Administración y sector privado no excluyen ciertas convergencias, que hemos venido presintiendo en estos desarrollos.

En un sentido genérico, "administrar", en efecto, no se limita a la Administración, sino que también comprende la labor de dirección y gerencia de la empresa privada, en un sentido tan amplio que se aplica a las actividades gerenciales de asociaciones, iglesias, fundaciones y organismos semejantes. En este sentido, la frontera se torna fluida (203) y los límites parecen determinarse sólo por categorías formales, como la que atribuye a la Administración Pública en Alemania (204), todo lo referente a las fuerzas armadas, a las empresas públicas de fomento y a los oficios de investigación científica. Incluso se ha llegado a proponer que, teniendo en cuenta la pluralidad de tendencias convergentes en materia de gestión de empresas (públicas y privadas), sería indicado armonizar y coordinar sus conocimientos en una disciplina de síntesis (205), que sería nueva en cuanto a su propósito unificador, ya que no en cuanto a sus ideas directrices, una espe-

(202) Cfr. Lyonnet, Alain: La mission interministérielle pour l'aménagement touristique du littoral Languedoc-Rousillon: un exemple d'administration de mission, in Lyonnet, Alain y Menard, Luc-Alexandre: "Recherches sur l'administration de mission dans la vie sociale", ed. P.U.F., París, 1969, pág. 75.

(203) Cfr. Morstein-Marx, Fritz: Stand der Verwaltungswissenschaft, in Morstein-Marx, Hrg: "Verwaltung", cit. supra, nota (1), pág. 39; en el mismo sentido, pero generalizando la "fluidez" excesivamente, vid. Thieme, Verwaltungslehre, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, pág. 1.

(204) Morstein-Marx, Fritz: *ibidem*, pág. 39.

(205) Langrod, Georges: Pour une Gestologie, "Cahiers d'études et d'informations", Association des élèves et anciens élèves de l'Ecole nationale supérieure des PTT, París, Nº 59, 1968, págs. 3 ss.

cie de ciencia de la gestión, o "gestiología", al nivel de la investigación aplicada (206).

31. a) *Trasfondo de la pretendida asimilación.* Dicho análisis unitario nos parece histórica y sociológicamente condicionado por la reestructuración del capitalismo occidental en los países anglosajones y en Europa occidental, particularmente luego de la segunda guerra mundial (207): en la medida en que la realidad latinoamericana exige estructuras y concepciones propias a nuestros imperativos de liberación y desarrollo presididos por un Estado *democrático y social* de Derecho, cuya actividad prestacional tiende no sólo a aumentar la integración de toda la población sino a quebrar los reductos económicos que fundan estructuras semif feudales de poder, en dicha medida —subrayamos— debe considerarse reservadamente toda generalización de esta interpenetración de lo público y lo privado que caracteriza al supercapitalismo contemporáneo (208).

Más, concretamente aún, debe tenerse presente que dicha interpenetración parece llevar, en los países de capitalismo avanzado, a poner al Estado al servicio del gran capital, creando facilidades para éste y atenuando fuertemente la eficacia de su misión democratizante y socializante. En Francia, como en Estados Unidos del Norte, por ejemplo (209), se acuerda a la empresa privada la realización de misiones de servicio público, y se generaliza un régimen de empresas de economía mixta, que asegura las ganancias a los inversores privados y hace soportar los riesgos a la Administración. A pretexto entonces de incorporar, mediante la gestión privada de dichos servicios, métodos modernos a la ejecución de cometidos estatales, se desvirtúa la finalidad última de éstos. Esta desvirtuación sería más peligrosa en América Latina, donde a pretexto de incorporar nuevas técnicas modernas a la realización de servicios públicos y sociales, se agravaría la ya abrumadora dominación de sectores económicos claves por el capital extranjero. Inicialmente, la aportación de nuevas técnicas parece renovar intensamente una rama de la producción, pero luego se puede comprobar el efecto nocivo de una "interpenetración importada", que ha sido descrito magistralmente por un eminente economista latinoamericano (210):

(206) Langrod, *ibidem*.

(207) Corresponde a un intenso proceso de concentración del capital técnico y financiero, que tiene su correspondiente normativa en los tratados de la CECA (1951), de la CEE y de la CEEA (1957), así como en los acuerdos recientes de La Haya (1970) y Bruselas (1971) que presidirán la Europa de los Diez.

(208) Cfr. *supra*, nota (105).

(209) Cfr. Drago, Roland: *Cours de science administrative*, ed. Les cours de droit, París, 1969-1970, pág. 76.

(210) El brasileño Celso Furtado: *A hegemonia dos Estados Unidos da América do Norte e o futuro de América Latina, in totum*, "Homenaje a Enrique Sayagués-Laso", cit. *supra*, nota (12), t. I, págs. 575-602.

"Las empresas privadas angloamericanas pasan a gozar de una situación de privilegio con relación a idénticas empresas que operan en el territorio de los Estados Unidos del Norte. (...) Convocadas para actuar en América Latina con una serie de privilegios, fuera del control de la legislación antitrust de los Estados Unidos del Norte y con la cobertura político-militar de ese país, las grandes empresas angloamericanas tendrán necesariamente que transformarse en un superpoder en cualquier país latinoamericano. Correspondiéndoles gran parte de las decisiones básicas con respecto a la orientación de las inversiones, a la localización de las actividades económicas, a la orientación de la tecnología, a la financiación de la investigación y al grado de integración de las economías nacionales, *es perfectamente claro que los centros de decisión representados por los actuales Estados nacionales pasarán a un plano cada vez más secundario.* (...) Este proyecto (...) consigue sustraer al Estado gran parte de sus funciones substantivas en la orientación del proceso de desarrollo económico social (...). Tal proyecto de desarrollo es inviable en las presentes condiciones históricas de América Latina (...). Las grandes empresas, con su avanzada tecnología y elevada capitalización, particularmente apoyadas en numerosos privilegios, al penetrar en una economía subdesarrollada, tienen efectos similares al de ciertas grandes plantas exóticas, cuando son introducidas en ciertas áreas: drenan toda el agua y desecan el terreno, provocando un desequilibrio en la flora y en la fauna, el surgimiento de plagas y otras cosas parecidas. En efecto (...) tienden a provocar desequilibrios estructurales de difícil corrección, tales como mayores disparidades de niveles de vida entre grupos de población y rápida acumulación de desocupación abierta o disfrazada. *Si se reduce la capacidad de control de los gobiernos nacionales (...) tenderá a acentuarse la concentración de las actividades económicas en ciertas subáreas, agravando las desigualdades de nivel de vida entre grupos sociales y áreas geográficas. El resultado último sería un aumento (...) de las tensiones sociales en América Latina.* Como las decisiones económicas de carácter estratégico estarían fuera del alcance de los gobiernos latinoamericanos, tales tensiones tenderían a ser vistas (...) solamente desde su ángulo negativo. *La acción del Estado tendría que ser de carácter esencialmente represivo*" (211).

En definitiva, la asimilación gerencial de la Administración y del sector privado, la interpenetración importada de ambos, la atribución de la ejecución de cometidos estatales a particulares, la atenuación de los controles públicos sobre la iniciativa privada, son elementos de un

(211) Furtado, *ibidem*, págs. 598-601, subrayados nuestros.

mismo movimiento cuya ambigüedad, a juzgar por sus resultados en las economías centrales del mundo capitalista, sólo significa un debilitamiento peligroso de las estructuras y funciones del Estado democrático y social de Derecho.

32. b) *Límites de un perfeccionamiento instrumental.* Formulada esta reserva mayor, tendiente a realzar el particularismo de la Administración (212), precisado así su dominio reservado, de fines y de medios finalizados, no debe por ello ponerse en peligro la feliz realización de estos, por una inadaptación, por un desfasaje temporal y técnico, que hagan del bajo rendimiento y de la ineficacia el monopolio del sector público. La penetración del sector público por la preocupación de los costos y del máximo rendimiento (213) debe ser saludada, no como una convergencia y menos aún como una identificación con el sector privado, pero sí como un perfeccionamiento de los instrumentos institucionales forjados por la comunidad para la concepción y ejecución, intransigentes, de sus fines.

En dicha orientación, la adopción de técnicas perfeccionadas de gestión empresarial (*management*) puede tener una aplicación idónea en la Administración Pública, y no sería sensato considerarla un privilegio del sector privado. La valoración de la acción por sus resultados, no tiene por qué ser cifrada monetariamente (214). La noción de "ganancia" se convierte en "el excedente de los valores producidos con relación a los valores consumidos", que toda empresa, pública, cooperativa, en cogestión o privada debe deslindar. Para calcular políticas culturales o sociales, se consideran los beneficios no-monetarios, pasando de la óptica monetaria "costo-ganancia" a la óptica general "costo-eficacia". Una de las mayores adquisiciones recientes, de las ciencias administrativas recientes aplicadas a la Administración, será la admisión de que todas las actividades estatales, —que se trate de los servicios esenciales, como de los servicios públicos o de los servicios sociales, o, evidentemente, de la actividad privada a cargo de la Administración (215)— son justiciables, en mayor o en menor medida, de juicios de "costo-eficacia" (216).

En efecto, los cometidos estatales, incluso los servicios esenciales (217), no son ni podrían ser razonablemente administrados con pres-

(212) Cfr. *Debbasch, Charles*: *Science administrative: Administration publique*, ed. Dalloz, París, 1971, págs. 6-7.

(213) *Debbasch, ibidem*, pág. 6.

(214) *Delión, André G.*: *Administration publique et management*. "Bulletin de l'Institut international d'administration publique", París, janvier-mars, 1969, pág. 55 y ss.

(215) Para la distinción de los cuatro cometidos estatales, vid. *Sayagués-Laso, Enrique*: *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Montevideo, 1963, t. I., págs. 48 a 86.

(216) *Delión*, cit. *supra*, nota (214), pág. 57.

(217) Cfr. para su noción, *Sayagués-Laso*, cit. *supra*, nota (215), págs. 55 - 57.

cindencia de toda consideración de costos (218), pues ello terminaría arruinando a las empresas públicas y facilitando el control del mercado por un renaciente sector privado, siempre listo para reasumir, mediante el poder económico, la conducción de la *res publica* que el Estado democrático y social de Derecho se propuso arrebatarse para convertirla en patrimonio de las mayorías y palanca de promoción integral del Hombre en sociedad. Existe una idea falsa, muy arraigada, que confunde cometidos estatales y gratuidad (o, por lo menos, débil rentabilidad) prestacional, de donde se ha deducido, con idéntica equivocación, que, en particular respecto de los servicios públicos y servicios sociales, se trataría de actividades que los particulares no pueden o no quieren emprender, por cuanto ellas se fundan en prerrogativas y sujeciones especiales, como la no-rentabilidad, lo que postularía criterios de explotación contrarios al cálculo de costos y a la ganancia vigentes en el sector privado.

En verdad: en primer lugar, todos los cometidos que hoy son estatales, se han desgajado históricamente del "sector privado", en cuanto el Estado le es posterior, puesto que la concientización institucional de las mayorías ascendentes se da históricamente, progresivamente, a partir del Neolítico, muy lentamente hasta la industrialización del siglo XIX. En segundo lugar, los servicios esenciales son aquellos cometidos que, desde fines de la Edad Media, nunca han sido ejercidos por particulares, servicios reputados insusceptibles del contrato de concesión; así, no se concibe una concesión de relaciones exteriores, de defensa nacional o de la justicia, actividades *esenciales* del poder público en la Edad Moderna, pero no existe razón suficiente para que su gestión sea irracional o no tenga en cuenta principios de gestión tales como la eficiencia y la eficacia, aunque su financiamiento pueda ser ampliamente sustentado en el impuesto. En tercer lugar, los servicios públicos y los servicios sociales son actividades prestacionales concretas, cuya racionalidad y eficacia exigen una estructuración y funcionamiento respetuosos de las técnicas modernas y que, aún cuando eventualmente amparadas en subvenciones o en una tributación especial, tienen que rendir cuentas de su gestión; los particulares suelen prestar servicios sociales por derecho propio, y penetrar mediante concesión en la prestación de servicios públicos, aceptando su régimen de privilegios y sujeciones, todo lo cual hace pensar que el cálculo de costos y la exigibilidad de una rentabilidad (no necesariamente monetaria) son aquí plenamente compatibles con la naturaleza del servicio. En cuarto lugar, las llamadas actividades privadas de la Administración

(218) Distribuir sin producir, lleva en poco tiempo a la imposibilidad de la distribución. La demagogia a corto plazo de políticos sin formación administrativa, termina quebrando así el instrumento puesto en sus manos por el poder público, para la ejecución de una actividad prestacional que ya no podrá apuntalar la realización del Estado democrático y social. La demagogia es, históricamente, la antesala del fascismo.

tienen una frontera fluida, y en los países dominados o periféricos la expansión del régimen de servicio público, para una mejor realización del Estado democrático y social, tenderá a un creciente trasvase de actividades privadas hacia ella, por un lado, y, por otro lado, a la incorporación posterior de muchas de estas actividades, [por ejemplo, la banca (219), la explotación petrolífera (220)] a la categoría de los servicios públicos. Obvio es decir que, respecto de esta cuarta categoría de cometidos estatales, la rigurosa exigencia de criterios de gestión racionales y remuneradores será de principio.

Sería arbitrario deducir, de este enriquecimiento práctico de la acción del poder público en régimen prestacional (221), la inexistencia de una especificidad —previamente demostrada por diferencias definitivas, en los países capitalistas— de la Administración Pública (222). Todo lo aquí expuesto, en cuanto a las diferencias existentes, y en cuanto a las convergencias de orden técnico, sólo permite establecer un fortalecimiento *instrumental*, adjetivo, secundario, del régimen y de los fines de la Administración. Sólo así entendido cabe compartir la afirmación de que, tanto los Estados como las Comunidades supranacionales (de orden regional en particular) deben fundar su actividad prestacional en las condiciones racionales de eficacia de las opciones colectivas, basadas a su vez en la elaboración racional de una estrategia (223).

33. c) *Una dimensión sustancial de la apariencia "administrativa".* Las técnicas modernas de gestión empresarial (*management*) no pueden sin embargo limitarse, en el Estado democrático y social, a la simple ejecución de procedimientos lógicos o de sistemas econométricos, por necesarios que éstos sean. Al superar el burocratismo organizacional, debe centrarse el objetivo en los hombres y en la filosofía política del Nuevo Estado. Los hombres deberán no sólo aceptar los nuevos métodos y los nuevos conceptos, no sólo aplicarlos, sino convertirlos en un reflejo, personal y vivido.

En este sentido, *las técnicas de gestión se convierten en técnicas de participación*, lo administrativo desborda una vez más sobre lo político. La "apuesta" de las técnicas modernas de gestión empresarial se podría perder, si se limitara a fórmulas abstractas e hiciera más

(219) En cuanto ella es decisivo puntal de un poder político contrario a la democracia, como lo ha probado la corta experiencia del Banco Central, reclamado para un mejor control de la banca privada en la República Oriental desde los años cincuenta y creado —mediante una garantía institucional constitucional— apenas por la Constitución de 1967 (disposición especial letra "F").

(220) Cfr. Sayagués-Laso, Enrique: Consulta cit. *supra*, nota (99), pág. 443.

(221) Preferimos hablar de *régimen prestacional*, en lugar de "régimen de servicio público", pues aquella expresión evita los equívocos de este último y tan debatido concepto.

(222) En contra, Delión, cit. *supra*, nota (214), quien resume bastante bien la corriente asimilacionista aquí combatida.

(223) Cfr. Delión, *ibidem*, pág. 56.

inhumana la administración de los asuntos públicos; pero dicha apuesta podría ser ganada, ya que no tiene sólo un alcance administrativo. Las reglas de gestión empresarial pueden contribuir a la elaboración de una filosofía política en la medida en que tiendan a adaptar las estructuras a las necesidades sociales de *explicación* (224), en que obliguen a explicitar las motivaciones de las opciones públicas, pues estas influyen a su vez fuertemente en las opciones de los ciudadanos mismos, que se impone que aquellas motivaciones sean comprensibles para todos. De este modo, la doctrina administrativa se nos presenta hoy como una articulación de un "envite" (*enjeu*) político más amplio: la reconciliación del ciudadano con la democracia de una Edad Administrativa condicionada por la técnica, dándole la parte que le corresponde en la forja de su destino (225).

(224) En el sentido de *Rivero, Jean*: cit. *supra*, nota (110), pág. 822.

(225) Cfr. *Delión*, cit. *supra*, nota (214).

CONCLUSIONES

34. *Elementos para una definición.* Dejando de lado los elementos puramente formales; ateniéndonos a la determinación histórica concreta, para los países periféricos o dominados parece prudente utilizar los elementos reseñados en los párrafos precedentes de este trabajo, para ir situando *provisoriamente* la noción de Administración, en la certidumbre de que el presente estadio de nuestra investigación carece de la madurez suficiente para una aproximación sintética del concepto, debiendo ésta serlo sólo de carácter analítico (226). Con estas limitaciones, la *Administración Pública*, en los países de economía dominada, explotada y deformada (227):

1. Es una comunidad superior y diversa de las administraciones privadas.
2. Está constituida por una organización de agentes públicos, subordinada al Poder político, democrático y social.
3. Tiene por fines la quiebra de la dominación deformante de la economía central y de su consecuencia, la causación circular acumulativa del subdesarrollo, mediante la realización del Estado *democrático y social* de Derecho.
4. Se propone, para ello, la promoción integral del Hombre en sociedad, para lo cual considera primordial su participación dominante en la ampliación, intensificación y perfeccionamiento técnico-gerencial de los servicios prestacionales del poder público (228).

(226) Cfr. con la muy diferente aproximación, igualmente analítica, de *Nigro*, cit. *supra*, nota (82), pág. 25.

(227) Cfr. *Bettelheim, Charles: Planification et croissance accélérée*, Maspero, París, 1970, para quien la dominación es la causa del subdesarrollo..

(228) Cfr. con las definiciones material (pág. 2) y funcional (pág. 3) de *Thieme*, cit. *supra*, nota (203).