

NOCIONES SUMARIAS SOBRE EL ESTUDIO DEL  
DERECHO ADMINISTRATIVO\*

Rafael BIELSA\*\*

I

El estudio del derecho público es actualmente parte *esencial* de los estudios de abogacía; hasta hace poco era solamente el derecho privado —y especialmente el derecho civil—. El carácter y explicación de esa preeminencia no es cuestión que exija mayor investigación. La transformación del ordenamiento jurídico del Estado ha impuesto un orden de prioridad distinto del que ha regido hasta no hace muchos años. Sin duda se reconoce que el derecho público, y más precisamente el derecho constitucional, ha sido siempre —lo que es obvio decir— el derecho fundamental, al que se ha subordinado todas las ramas de la legislación. Pero ese mismo derecho público ha experimentado modificaciones de fondo político económico. Los principios de filosofía política liberal han cedido en buena parte ante concepciones jurídico políticas nuevas, o distintas de las anteriores, como ya hemos dicho.<sup>1</sup>

Con todo, la transformación del Estado, o al menos de sus funciones, en razón de nuevos fines que él se propone realizar para la seguridad y el bienestar de la sociedad que rige, no siempre determina modificaciones o enmiendas constitucionales en el sentido formal.

Generalmente esas modificaciones se realizan dentro de amplios moldes constitucionales, aunque con el riesgo de que la legislación que se inspira en esas mismas concepciones sea cuestionada y declarada anticonstitucional. Sin embargo, aun este evento es relativo, porque la interpretación de la Constitución, si bien es, o debe ser un proceso intelectual y no de voluntad, no es extraño —muy al contrario— al estado de espíritu político y de conciencia jurídica general, del que los propios jueces no pueden substraerse.

El realce del derecho público y la mayor amplitud del dominio de su aplicación ha determinado necesariamente una modificación virtual en los

\* Publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Enero-Junio 1948, N° 9110, pág. 273.

\*\* Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Véase *Reflexiones sobre sistemas políticos*, capítulos I, II, VIII y IX, Buenos Aires, 1944.

planes de la enseñanza general del derecho. Como se trata de un derecho evidente, que es resultado de un orden de cosas extraño a toda influencia académica, según dijimos, ningún argumento, ni esfuerzo alguno de dialéctica es necesario para explicar aquella modificación, que, claro está, ha de ser gradual, juiciosa y fundada.

### II

Si hay alguna rama del derecho que en los últimos años ha extendido el dominio de su aplicación en una progresión que diríamos "geométrica", es precisamente el derecho administrativo. También la explicación de este hecho nos parece obvia.

Se trata de un incremento "normativo", proporcional al incremento de las funciones del Estado, determinadas por una especie de *solidarismo* general, en el orden económico, higiénico, cultural, etc.

La asunción de nuevas funciones por el Estado, y el haberse colocado otras, que él ya realizaba, bajo la égida de la Administración pública, explica el crecimiento, en extensión e intensidad, de la legislación administrativa, que en los últimos años ha sido impresionante, y tiende a aumentar; para comprobarlo basta recorrer los anales legislativos. Muchas relaciones jurídicas que hasta hace poco eran regidas por el derecho privado, hoy lo son por el derecho administrativo. Esto se advierte tanto en la esfera contractual (contratos de obras públicas, de concesiones, de suministros, etc.), como en la administración directa.

Y aun el paso gradual del sistema de concesión al de *prestación directa* de los servicios públicos acrece esa dinámica administrativa, v. gr. en el trabajo, los transportes, el comercio (hecho que se conoce como "regulación económica por el Estado"), la salubridad o higiene, etc. El Estado "social" sustituye al "individual y liberal"; es un hecho tan evidente que sólo queda reconocerlo y estudiarlo.

Toda esa enorme actividad administrativa es reglada por el derecho administrativo, ya sea mediante el establecimiento de sus normas, pero reconociendo *intereses legítimos*, y correlativos *recursos jurisdiccionales*, como el recurso de anulación o por exceso de poder (a los usuarios, administrados, etc.), ya sea creando derechos *subjetivos* nacidos directamente de la ley, tanto por auto limitación de la potestad misma de la Administración, como por surgir esos derechos de la esfera contractual (contratos administrativos).

Y como esos "intereses legítimos" y esos "derechos" pueden ser lesionados, en esa constante y activa dinámica administrativa, ha surgido todo un conjunto de *recursos jurisdiccionales* que forman el cuadro de la "justicia administrativa" y de lo "contencioso-administrativo", que va instituyéndose en el orden nacional, y con más decisión aun en el orden provincial.

Bastaría esa relación de conjunto, esa ordenación jurídica de la Administración, para justificar (lo que, sin duda, ocurrirá en momento no lejano) nuevos cursos de derecho administrativo, como ya existen en otras universidades nacionales, y con mayor razón en algunas extranjeras. En la Facultad de Derecho de París, por ejemplo, tres cursos han integrado la enseñanza de este derecho. Principios generales. Servicios Públicos y el de lo Contencioso Administrativo. Todas estas reflexiones las he hecho muchas veces en conferencias, cursos, publicaciones, etc. Así en mi disertación al incorporarme a la Academia Nacional de Derecho en 1936, que versó sobre "El desarrollo institucional del derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa", consideré estos puntos y otros que convergen al mismo fin, o sea, el imperio del derecho en la administración pública. Podría nuevos estudios que he hecho en este orden de ideas y que he publicado en revistas nacionales y extranjeras. Pero en esta breve exposición de nociones me limito a señalar solamente algunos aspectos de este imponente problema de legislación general, y no a documentar una labor de cátedra y de política cultural.

### III

Antes de conocer el derecho administrativo, el estudiante debe tener nociones elementales, y por eso fundamentales, del derecho público interno, tanto las de orden metódico, como las de carácter positivo, por haber estudiado ya introducción al derecho, —que es o debe ser como una propedéutica del derecho general—, y luego, por el estudio del derecho político y del derecho constitucional, sobre todo este último. Por otra parte el estudio metódico del derecho romano le habrá hecho conocer, con la estructura imponente y perenne de su sistema, el lineamiento general de la Administración Pública de aquel pueblo, en el cual las instituciones administrativas actuales tienen su raíz remota, pero generadora de las grandes normas.

El método de la enseñanza en la Universidad difiere según las tendencias, modalidades y directivas de la cátedra, y también de la enseñanza gene-

ral, pero esto ya concierne a la política de la enseñanza. El predominio de una escuela o dirección filosófica define en manera diferencial esa enseñanza. Es este un punto del cual me he ocupado en más de una oportunidad.<sup>2</sup>

Sin duda, en la Universidad existe lo que se ha dado en llamar "autonomía de la cátedra",<sup>3</sup> dando a entender con ello la libertad que el profesor tiene para determinar no sólo el contenido de su disciplina docente sino también las directivas del curso, su plan y su método. Esta autonomía tiene, claro está, una limitación necesaria y virtual en el plan general, en lo que respecta al contenido que diríamos institucional, pero no en el método. Y se comprende, porque teniendo el profesor la autoridad y la correlativa responsabilidad de su enseñanza, entra en esa autoridad y compromete esa responsabilidad todo aquello que concierne al método y, por tanto, a la eficacia de sus lecciones, a la orientación de sus alumnos. Es bien visible la influencia que todo esto tiene en la formación del abogado y del jurista, como lo he dicho en el libro *La abogacía*, 2 edición, páginas 69 a 122.<sup>4</sup>

Como nada enseña, ni prepara mejor para enseñar que la experiencia, de ella hemos aprendido algo que no esta en las perspectivas al curso, y eso lo he aconsejado a los estudiantes, no sólo en las clases inaugurales, sino también en los libros. Precisamente tienen ese objeto las advertencias que hice en 1929, en el prefacio de la segunda edición de mi obra *Derecho Administrativo*, y he reproducido en las posteriores. Esas advertencias son las siguientes:

- 1º Estudiar los principios generales, las instituciones y sus fundamentos, la *ratio juris* de los sistemas y de las principales disposiciones legales.
- 2º Prescindir de detalles, de minuciosos antecedentes históricos y de los exordios librescos.

<sup>2</sup> *La enseñanza del derecho y los planes de estudio*, Buenos Aires, 1941, *La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales hace treinta años. Profesores y estudiantes*, Buenos Aires, 1945, *Recordando planes y métodos*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, comerciales y políticas*, 3ª serie, VIII, Rosario, 1939, págs. 504-8; *Algo sobre la formación del profesor de derecho*, en la misma public., págs. 537-44; *los cursos de seminario en la misma publicación*, págs. 208-14. *Los maestros de la facultad de Derecho. Sobre su orientación y sus modalidades*, en la citada revista, 3ª, IX, Rosario, 1940, págs. 444-8; *Modalidades del examen*, en el mismo volumen, págs. 724-9; *La preparación del estudiante y los exámenes*, en la misma publicación, 4ª serie, I, Rosario, 1942, págs. 280-3.

<sup>3</sup> La he caracterizado en dos opúsculos: *Régimen universitario*, Buenos Aires, 1932, págs. 67 y sgtes.; *La autarquía de las Universidades*, Buenos Aires, 1926, págs. 31 y sgtes. y 87 y sgtes.; *Cuestiones universitarias*, Buenos Aires, 1928, págs. 67 y sgtes. y 98 y sigtes.; *Sobre la universidad del Litoral*, Buenos Aires, 1930, págs. 37 y sgtes.

<sup>4</sup> Y, más recientemente en el artículo *Los estudios universitarios y el sentido jurídico*, en *La Capital*, Rosario, 15 de noviembre 1947.

- 3° Evitar esfuerzos mnemotécnicos y repeticiones literales en los exámenes.
- 4° Repudiar lo que llamaríamos servilismo a un texto o a un autor, para todo.
- 5° Preferir los conceptos dominantes, las nociones generales de la materia, los principios generales y útiles; en suma: los "elementales", que son por eso mismo fundamentales.

He aquí, en síntesis, lo que debe construir la guía y norma en los estudios universitarios; lo que puede dar más rendimiento definitivo en las pruebas de suficiencia, y —¿por qué no decirlo?— en la vida profesional.

Convento en que esto no es fácil y no se logra del todo en las Universidades, sino, y antes bien, fuera de ellas, en el estudio incesante y cocienzudo; pero creo que el profesor puede "encaminar" al estudiante, en cierta forma y dirección, y de acuerdo con algún sistema de estudios, a fin de que éstos sean provechosos y no exijan una dedicación desproporcionada, en detrimento, a veces, de la preparación integral. Es lo que me atrevo a insinuar por ahora en bien de los que estudian.

#### IV

En una rama del derecho cuyo grado de desarrollo se debe en parte a su fuerza constructiva intrínseca, es necesario, sin embargo, para el logro del fin propuesto, una buena dosis de dogmática jurídica. El derecho administrativo debe mantenerse en el cuadro general del derecho en una posición armónica, equilibrada y orgánica. Es lo que mejor preservará de los riesgos de la improvisación, y, sobre todo, de las directivas políticas drásticas o violentas. El derecho administrativo debe ser eso mismo: *derecho*.

Se ha combatido la dogmática jurídica por considerarla en oposición a la ciencia jurídica, no advirtiéndose que ella tiene una función distinta, ni incompatible con ésta.

Lo que ha ocurrido es que se ha confundido, a veces deliberadamente, dogmática con dogmatismo, en un sentido filosófico dado.

El dogmatismo presuntuoso del *magister dixit* no tiene ya curso en las facultades de derecho; era ese el dogmatismo que se oponía a la crítica; de ahí también derivó el "conceptualismo", que en el derecho público tuvo cierta influencia, pero la tuvo no tanto por la pretensión de proceder sin admitir investigación y crítica, como por la de mantener conceptos apriorísticos superiores, tales como el de libertad de industria, el de la igualdad ante la ley, igualdad

abstracta que ha sido rectificada por numerosas limitaciones impuestas a la capacidad de contratar, no sólo en la legislación del trabajo,<sup>5</sup> sino también en el derecho común.<sup>6</sup>

En el derecho administrativo, quizás más que en otras ramas del derecho, puede y debe diferenciarse la dogmática, de la ciencia del derecho. La dogmática en sustancia es procedimiento o método (aunque no propiamente técnica jurídica). Ella es preceptiva, pero al estudiar las instituciones no prescinde en absoluto de los juicios de valor ni de la realidad del derecho *que es*, el que existe, o sea, el derecho positivo: ley y jurisprudencia (por que forzoso es reconocer el valor realista de esta última).

Esto no significa que sólo deba considerarse el derecho fundado, o *jus conditum*, sino que también se debe estimar el *jus condendum*, con criterio exento de la influencia de los factores políticos, económicos, morales de la vida individual y social, pero con la jurisprudencia, expresión viviente del derecho *que es*, y no del *debe ser*.

En efecto, en el derecho administrativo la jurisprudencia ha tenido y tendrá siempre cierta función creadora y, más aún, constructiva en una rama del derecho cuyas instituciones van definiéndose y caracterizándose más que por la acción legislativa, por la obra ordenada y metódica de la doctrina y la jurisprudencia. Preciso es reconocer, pues, que el método jurídico debe actuar siempre como regulador de toda construcción e interpretación.<sup>7</sup>

Bastará señalar algunos ejemplos. El acto administrativo debe su construcción a la dogmática jurídica. Los principios característicos e irreductibles del acto jurídico del derecho común, han sido los que han servido para modelar la institución del acto administrativo. Pero como el acto administrativo es acto de derecho público, es decir, actividad del Estado en la realización de sus fines, es preciso diferenciar al acto administrativo que crea, modifica o extingue una relación jurídica e función activa, del acto administrativo juris-

<sup>5</sup> Explico aspectos de esta cuestión en *La legislación del trabajo y los principios generales del derecho*, La Plata, 1943.

<sup>6</sup> En mi opúsculo *Observaciones generales sobre la autonomía contractual*, Rosario, 1946.

<sup>7</sup> En la construcción puede prevalecer la exposición histórica, la jurisprudencia y la técnica; se trata siempre de una construcción sistemática, armónica, lógica, de unidad y armonía que dan belleza a la construcción misma. En este sentido no puede preterirse la obra de Ihering, ya sea *El espíritu del derecho romano*, *El fin en el derecho* y *La dogmática jurídica*. Y recordamos no sin emoción las enseñanzas de nuestros maestros en la Facultad de Derecho.

V. mi opúsculo *Algunos perfiles de políticos y juristas*. Sarmiento. Costa. Ihering. Marshall, Rosario, 1940, págs. 57-74.

diccional, por el cual se decide en una cuestión de derecho, es decir, se declara si ha sido lesionado o no lo ha sido, un derecho o un interés legítimo; esta distinción que resulta del análisis interno del acto es fundamental, y su construcción es dogmática.

La técnica jurídica ha tenido, desde luego, una función eficaz.

Claro está que en cuanto se especifican las diversas clases de actos, la dogmática jurídica debe partir de supuestos distintos. Así el contrato administrativo no admite el postulado tradicional de la igualdad de las partes. Hay dos sujetos en presencia; uno, que es la Administración pública, que gestiona el interés público, y otro, el contratante que contrae la obligación de prestar una actividad dirigida principal o exclusivamente a la realización de ese interés público, que es la *causa jurídica* del contrato y domina toda la operación administrativa.

La Administración pública, sujeto preponderante de la realización jurídica, está investida de derechos o facultades que salen de la órbita del derecho privado o común. Esas facultades, que algunos expresan en cláusulas exorbitantes del derecho privado, tienen su justificación en la necesidad de asegurar la efectiva realización de la función administrativa, razón por la cual el otro contratante asume el carácter de colaborador de esa función, sin ser precisamente un funcionario.

El régimen económico financiero del contrato tiene para el contratante carácter *patrimonial*, es decir, que los derechos del que contrata con la Administración pública son esencialmente patrimoniales. Las modificaciones del servicio público, las alteraciones de los planos de la obra pública (con sus límites legales), las modificaciones del objeto, todo ello se resuelve en un derecho patrimonial del concesionario o del contratista, y esa *incolumidad patrimonial* es precisamente lo que la Administración pública coloca bajo la égida del derecho público en primer término y que el derecho constitucional garantiza.

## V

Los preceptos formulados para caracterizar el derecho de la Administración pública —que se ha llamado "derecho de desigualdad", en contraposición a la igualdad abstracta de los contratantes según el derecho común—, se comprenden en la esfera de la dogmática jurídica, pero el fundamento jurídico de esa potestad de reglar el contrato no es cuestión dogmática, ni de técnica jurí-

dica, sino de ciencia jurídica, influida por la política —en el sentido de ciencia de gobierno—, y que, por tanto, tiene su base en la teoría del Estado. (Véase el citado estudio *El desarrollo institucional administrativo*). Notable a este respecto es el régimen jurídico del *estado de necesidad en el derecho público*.<sup>8</sup>

La dogmática jurídica no es insensible, o mejor aun, no es impermeable a las transformaciones determinadas por los cambios de índole política o económica, y aún los de influencia histórica, que experimentan las instituciones. Sostener lo contrario en el derecho administrativo equivaldría a negarle el valor de preceptiva jurídica normativa, tan necesaria para realizar los fines del Estado.

Ya dijimos que la jurisprudencia y su análisis crítico es otro elemento de mucha importancia en el estudio del derecho administrativo. Un análisis, aunque sea sumario si es concienzudo, de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de concesiones de servicios públicos, de régimen del dominio público, de responsabilidad administrativa, etc., demuestra que ni el método técnico jurídico, ni el positivismo jurídico hubieran hecho posible realizar esa gran obra, que aun cuando fragmentaria e inconexa, tiene un valor evidente, sobre todo en algunas instituciones importantes de derecho administrativo, que están formándose en el cuadro general.

Si esa función creadora de la jurisprudencia se ha realizado en sistemas como el francés, más construidos, de existencia secular, merced a la obra del Consejo de Estado ¿cómo no ha de valorarse donde el derecho administrativo no ha alcanzado ese grado de desarrollo y evolución?<sup>9</sup>

Pero no olvidemos que el profesor debe ser un guardián de los principios,<sup>10</sup> y, si es necesario, un crítico sereno y constante de la jurisprudencia desviada de esos grandes principios, o generadora de ese ambiente deletéreo

<sup>8</sup> Hasta hace poco esa institución tenía su dominio exclusivo en el derecho penal, y muy limitadamente en el derecho civil (esto por la naturaleza misma de su aplicación). En un estudio sobre el punto he podido delinear esa materia en el derecho público. V. mi monografía *El "estado de necesidad" con particular referencia al derecho constitucional y al derecho administrativo*, Rosario, 1940.

<sup>9</sup> Por considerar que la influencia de los grandes fallos de los tribunales puede ser a veces providencial para el progreso del derecho. Véase mi estudio *Ideas generales sobre la función de la jurisprudencia*, Rosario, 1942.

<sup>10</sup> En el opúsculo *Mi misión del profesor de derecho público* (Buenos Aires, 1944), señalo algunas deformaciones de la enseñanza, debidas a una tendencia impuesta no ya por la formación del profesor, sino por una consecuencia profesional (la defensa de intereses en general incompatibles con la soberanía del Estado y con la noción dominante de bienestar general que el Estado debe asegurar). Las incompatibilidades que la ley debe imponer —y ya impone en este orden de ideas— se fundan precisamente en lo que ahí sostengo.



que precede a los movimientos políticos de opinión, y que a veces dan en tierra con lo malo y también con lo bueno.

Nada mejor para expresar esta idea del valor de la jurisprudencia que el siguiente juicio: "La aplicación de la ley mediante un proceso de lógica, como si se tratara de una ciencia exacta, es tan errónea como concebir en el derecho exclusivamente un carácter lógico y racional. El derecho no es una ciencia pura, ni una ciencia exacta; es una ciencia moral, luego una ciencia viva, una ciencia de la vida. Su fin no es realizar construcciones abstractas y lógicas, sino proveer a los hombres de reglas de conducta y de armonizar sus intereses. Es dar a las realidades económicas y sociales una armadura jurídica, es decir, organizarlos sin duda con lógica—pero ante todo inspirándose en la idea de justicia y de utilidad común, recurriendo a todas las facultades humanas, no sólo a la razón, sino a los *sentimientos*, a las *ideas*, a las *creencias*—. ¿Qué le importa a los hombres que se les den reglas lógicas o ilógicas? Lo que ellos piden al derecho es la satisfacción de sus necesidades y sus intereses, y de armonizarlos con justicia, aun a despecho de la lógica. Es necesario decir también que el derecho no puede ser rigurosamente lógico, porque la vida social—de la cual, no se olvide, el derecho no es sino reflejo—no es lógica y esta hecha de contradicciones y complejidades. ¿Qué pensar de un razonamiento conforme a las prescripciones de la razón pura y de la lógica, pero que conduce a una injusticia y que choca con las necesidades de la vida económica y social?".<sup>11</sup>

Si el método técnico-jurídico ha sido criticado, por pretender eliminar del derecho, de la ley y de la jurisprudencia todo aquello que implique un valor político histórico o moral, y reducirse a principios de lógica, ¿con cuánta mayor razón deben desecharse esas formas subalternas del positivismo lógico, que pretenden el derecho como construcción silogística, exento de todo *aliquid* político, aunque en el fondo con eso mismo—como que se ha dicho—se persigue un fin político inconfesable?

## VI

Después de una discriminación de conceptos y de nociones teóricas y prácticas sobre la actividad del Estado en la realización de ese fin esencial, de prestar servicios públicos, he formulado lo que estimo definición comprensiva

<sup>11</sup> *Nast, la fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française*, Strasbourg, 1922, pág. 6.

del servicio público, del siguiente modo: "toda acción o prestación (diferenciase, desde luego, la acción de la prestación) realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía".<sup>12</sup>

Sin duda puede ser considerado el servicio público desde el punto de vista económico político o económico social, y especialmente desde el punto de vista jurídico. Pero un examen analítico de la institución del servicio público en el dominio de la técnica jurídica sería materia de todo un curso, como el instituido, por ejemplo, en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de París.

Refiriéndome luego al aspecto general del servicio público, he dicho que en el Estado social la prestación de servicios de interés público no es una facultad, sino un *deber*.

En el estado anterior, llamado *Estado policía*, el servicio público de interés social y de naturaleza industrial no se conocía casi. Fue, por una parte, el interés que el propio Estado tuvo en asegurar su existencia por medio del progreso cultural y económico, y, por otra, el desenvolvimiento práctico de la idea de solidaridad lo que justificó la intervención del Estado en los servicios de interés general, pues siendo así, ellos no podían dejarse librados a la iniciativa y a la especulación privadas. Por lo demás, las formas generales de prestación de servicios públicos pueden ser reducidas, principalmente a tres, desde el punto de vista político económico, y son las siguientes: primero la llamada *liberal*, que se conforma con la ética jurídico política individualista; la "nacionalización" según un sentido político social más o menos desarrollado; y la *concesión*, que es un tipo intermedio, que sustituye transitoriamente al segundo en cuanto el concesionario no es sino un simple *delegado* del *poder concedente*, con facultades inherentes al servicio que presta bajo la vigilancia de dicho poder concedente o poder administrador.

Desde luego, no es materia de derecho administrativo como disciplina científica, sino de ciencia de la administración, el estudio de estos sistemas, pero al derecho administrativo le concierne necesariamente el régimen de que se trate.

En este orden de ideas, también es preciso distinguir el servicio público *propio* del servicio público *impropio*, así llamado porque su prestación no es

<sup>12</sup> Véase mi obra *Ciencia de la Administración*, Rosario, 1937, pág. 64.

*función propia del Estado*, aun cuando sea objeto de un régimen legal que se propone asegurar su *continuidad y regularidad, mediante un contralor constante sobre el servicio*. Son ejemplos de servicios públicos improprios las farmacias, los carruajes de alquiler, etc.

Cualquier servicio organizado para satisfacer un interés general, y cuyos usuarios son los miembros de la colectividad, es servicio público. Según esto el carácter *público* está determinado por el fin del servicio.

Originariamente en el Estado policía la prestación de casi todos los servicios que hoy se denominan públicos, era considerada simples industrias privadas. Más tarde, una concepción cabal de los fines del Estado y la socialización insensible a veces, pero efectiva, de las funciones del Estado, hicieron que él considerará en su incumbencia, y aun de su exclusivo deber, la prestación de todos los servicios públicas propios.

Ahora bien; en países como el nuestro, la idea del servicio público sugiere casi siempre la idea de concesión, sistema que por tendencia general tiende a desaparecer, pero que es necesario estudiar.<sup>12 bis</sup> Lo que más importa en la concesión es la determinación de su *carácter jurídico*. De una manera general, se considera a la concesión como la atribución de un poder jurídico sobre parte de la Administración pública. Según este concepto el concedente y el concesionario tienen un doble orden de obligaciones y derechos, pero siempre en relación con el *interés público*; este es un principio predominante en materia de concesiones.

La consideración según la cual también entra en la órbita de la ciencia de la Administración la conveniencia del régimen de *monopolio* de los servicios públicos, fúndase o justificase por diversas razones, v. gr., de orden "económico", como evitar la doble inversión de capital, que es contraria a la economía pública, y de orden "administrativo", en cuanto a la unidad, facilidad y uniformidad del régimen del servicio, y especialmente de su inspección, evita la multiplicación y también la dispersión de la energía de la Administración pública. Luego no puede excluirse el estudio del problema a través del prisma jurídico y cuanto se trata de privilegios que pueden afectar principios como el de la igualdad ante la ley. Por otra parte, el propio orden de cosas puede justificar un solo servicio en razón de la limitación del dominio público que está afectado por ese servicio.

<sup>12 bis</sup> Véase mi artículo *Las sociedades de economía mixta, los servicios públicos y las industrias de interés nacional* en "Anuario del Instituto de Derecho Público", t. VIII.

Pero un punto muy importante en todo esto es la protección de los usuarios de todo servicio público, o sea, la defensa de sus derechos e intereses. Este es un punto esencial. La protección *jurisdiccional* va sustituyendo a la índole *política*, los medios políticos tienen otro objeto, y sirven más a la propaganda de los partidos que a la defensa del usuario:

Existen, por cierto, medios defensivos espontáneos de *forma primaria*, por así decirlo, y es la reprobación o el boicot por parte de los usuarios del servicio público, deficiente o costoso; pero esa forma no es eficaz ni posible tratándose de un monopolio.

Algo superior a la anterior es la *oposición colectiva*, sea por la propaganda pública o por la prensa, bien entendido no venal ni vinculada a empresas privadas en forma subalterna.

Pero, como decimos, la forma más propia de un orden jurídico regular es la *jurisdiccional*, o sea, mediante el ejercicio de los *recursos legales* necesarios para compeler a quien realiza el servicio, sea al concesionario o al Estado mismo, a la prestación regular del mismo.

Adviértase, además, que los medios generales que la Administración pública emplea para hacer cumplir sus decisiones son esencialmente administrativos, es decir, que se excluyen todos los actos o procedimientos del derecho privado. De ahí la importancia de la "ejecutoriedad" del acto administrativo. En efecto, importa no olvidar el carácter dominante de la actividad administrativa y que se expresa en la *ejecutoriedad* de sus decisiones, la que se manifiesta típicamente en la *policía especial del servicio público, además de la policía general*. Otra institución eficaz para asegurar la efectiva prestación del servicio y dosificar la potestad disciplinaria del concedente es la "*multa*". Finalmente la "*ejecución directa por sustitución*" es la forma propia que la Administración emplea cuando el concesionario no presta eficientemente el servicio, o un acontecimiento de carácter subversivo amenaza con la interrupción del servicio.

La "revocación de la concesión" es la sanción administrativa definitiva. Desde luego, la revocación puede tener por motivo una sanción penal o bien la "falta de causa" de la concesión; en este último caso el derecho a la indemnización es la regla. La "caducidad" es una sanción necesaria contra el incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

El análisis jurídico —sumario, claro está—, que acabamos de hacer respecto de una materia que en apariencias es de economía y de política de trans-

portes, pero cuya regulación jurídica entra en la orbita del derecho administrativo, demuestra la verdad de nuestro aserto, pues sólo aplicándose sus principios y reglas, esa actividad puede alcanzarse y realizarse en armonía con las garantías constitucionales y con el ordenamiento de poderes que la Constitución establece. Todas esas situaciones que han producido a veces conflictos casi insolubles, y para cuya solución se han procurado remedios de política empírica, tienen su régimen normal en esta disciplina que, por cierto, no mira a las conveniencias de orden económico, social, etc. —desde luego, muy importantes y dignas de ser consideradas—, sino al imperio de la legalidad de sentido amplio, es decir, de la *juridicidad*, para emplear un neologismo significativo.

El estudiante debe tener una base elemental pero sólida de derecho constitucional, de economía y de finanzas, además de la de derecho privado. Y aunque a este respecto sea un poco desagradable la observación, decimos que en los exámenes de derecho administrativo se advierte, por causas realmente inexplicables, que están ausentes de la preparación de los examinados esos principios elementales y fundamentales del derecho constitucional y del derecho civil. Se lee mucho, pero quizás sin método, sin conciencia de valoración. Lo primero es conocer el derecho positivo: constitucional y civil. Sin duda, la crisis de este último tiene su causa en haberse prescindido del gran valor que el derecho romano tiene en la formación del jurista; en la preparación integral del abogado, en su espíritu crítico.

## VII

En 1926, al inaugurar en esta facultad el curso de Derecho Administrativo (y antes, en 1920, en la Universidad del Litoral) consideré ciertos puntos especiales de nuestro derecho administrativo,<sup>13</sup> y especialmente señalé entonces la importancia de un problema que luego ha creado situaciones jurídicas no siempre resueltas con un criterio orgánico. Me refiero al problema de la *descentralización institucional*, o de servicios públicos. Ese problema surgía del régimen legal de esas entidades frente al sistema de la Constitución, según la cual él es Jefe supremo y tiene a su cargo la administración general del país (art. 86, inc. 1º); además nombra y remueve los funcionarios y em-

<sup>13</sup> *Algunas ideas directrices sobre el estudio de nuestro derecho administrativo y sobre tutela jurídica de los administrados*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 15, Buenos Aires, 1926.

pleados cuyo nombramiento no esté reglado de otro modo por la misma Constitución (art. 86, inc. 10°).

Esta opinión, que fundé ya en la primera edición de mi obra general, en 1921, la he refirmado, como las demás ideas básicas expuestas en esa obra, a lo largo de cerca de treinta años de incesante trabajo e investigación.

Aunque la descentralización tiene la ventaja de permitir virtualmente la revisión de los principales actos de disposición patrimonial y financiera, y la legitimidad de otros, por la función del contralor, también disminuye la responsabilidad legal del Poder ejecutivo (si bien en realidad él puede influir ocultamente en la dirección del ente descentralizado).

En la clase inaugural del curso de 1928 tuve oportunidad de referirme a una teoría llamada "normativa" o de formación de normas de derecho "por grados". Dije entonces que lo que se presentaba como una novedad, como un aporte de cierto valor para construir esta rama del derecho, era en sustancia un ejercicio de lógica formal, sin mayor trascendencia. Pues todos sabemos que en cada ordenamiento jurídico positivo existe una escala de normas en cuya parte superior está la Constitución, y las que de ella derivan contienen parte de la sustancia de la anterior, que a la vez le limita el ámbito del elemento nuevo. Este elemento nuevo es político o jurídico, comprendiendo en lo político también lo económico, cultural, etc.

El art. 31 de la Constitución establece ese orden de prioridad de normas, y lo mismo el art. 5. El art. 86, inc. 2 establece también un orden de prioridad y de subordinación de normas; *et sic de caeteris*.

Dije no hace mucho que el positivismo jurídico aún domina en nuestro sistema, y no sólo me refiero a la ley, sino también a la doctrina, especialmente de derecho privado (civil y comercial). Ese positivismo forma una especie de subconciencia jurídica (para emplear una expresión psicoanalítica).

La escuela francesa de exégesis, que nació con el Código de Napoleón, tuvo entre nosotros, casi inmediatamente después de sancionado el Código civil argentino, decididos secuaces. Eso explica la tendencia al comentario exegético de los textos de derecho común. Y aun algunos que reaccionaron contra el infortunado método exegético, no se han librado completamente de aquella influencia, aunque en sus obras hayan desechado como método el comentario exegético. Porque una cosa es la orientación y disciplina general, y otra es el método didáctico. Además, se ve fácilmente que el método de interpretación judicial se informa en lo esencial de esa escuela.

Ese predominio del positivismo entre nosotros, no siempre ha impuesto, sin embargo, el monismo jurídico que le es propio, como ocurrió en Francia. En realidad, no pocos de nuestros juristas han sido pluralistas.

¿Qué tendencia, dirección —ya que no puede decirse propiamente escuela— ha neutralizado el positivismo nuestro, a veces puramente jurídico (subordinado a los textos legales, a la interpretación del derecho positivo por la *mens legis*, y de ahí las infortunadas referencias y transcripciones de debates parlamentarios de la ley aplicada), a veces histórico y hasta histórico político? No pocos fallos y concepciones doctrinarias, en casos de oscuridad o ambigüedad de la ley, han apoyado sus conclusiones en antecedentes históricos políticos. Sin duda, no se trata de esos antecedentes rebuscados, como el fallo judicial aislado, ni de la opinión de algún sofista del derecho constitucional, pues esto no es interpretación jurídica ni buena ni mala, sino *leguleyismo*. Se trata siempre de directivas. El positivismo, cualquiera sea, positivismo jurídico, positivismo lógico, sobre todo el primero ha desempeñado su papel, pero el progreso de la ciencia jurídica no le debe mucho. Al contrario.

Se ha hablado alguna vez de la necesidad de una alta policía sobre los estudios jurídicos. En los pueblos jóvenes se improvisa mucho y debe perdonarse mucho, decía cierta vez un profesor defensor de intereses particulares. Con esto quería justificar algunas fallas de la doctrina y de la jurisprudencia. Yo pienso que esa observación era errónea. Por lo pronto, no somos un pueblo más joven que hace cuarenta años, y entonces cierta palabrería, y las disquisiciones bizantinas, bajo rótulos con pretensiones científicas, no tenían curso; eran más bien motivo de hilaridad y ludibrio. Había, quizás, mayor sentido de responsabilidad y aun sensibilidad estética. Los conceptos jurídicos no son arbitrarios; ellos tienen un fundamento, si no siempre en la tradición jurídica, en la dogmática y en la técnica.<sup>14</sup>

Pero como ha ocurrido en la pintura con el impresionismo y —desgraciadamente con el futurismo y cubismo— también en el derecho se han producido trastornos doctrinarios, que si bien no ponen en peligro, ni mucho menos, la solidez de la verdadera ciencia jurídica y el buen sentido cartesiano, han tenido efectos cartesianos, han tenido efectos secundarios que deben evitar.

En todas las épocas, ha habido ruido auto propaganda —a veces con un éxito superficial y transitorio— con pretendidas pretensiones nuevas. Pero en

<sup>14</sup> Véase mi opúsculo *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Rosario, 1946, págs. 5 y sigtes.

todo y para todo hay secuaces, y eso no puede evitarse. Lo que puede y debe evitarse es que esas cosas lleguen a tener curso en la Universidad bajo la autoridad del claustro.

Siempre ha habido quienes se han apropiado de unos cuantos términos de algún vocabulario pseudocientífico, ya de algún artículo de revista, ya *ex novo* (de factura casera), pero siempre de valor puramente convencional. Con ser todo eso un índice de ausencia de estudios jurídicos serios, sistemáticos, especialmente de una propedéutica jurídica, del derecho romano, es preciso el hecho.

Un programa es, por definición, una exposición metódica escrita, la descripción de un plan; y si ese plan es del curso o de la enseñanza, lógico es comprender en él todo lo que debe integrar el curso mismo. Ciertamente no todas las partes del programa tienen el mismo valor, ni la misma función en el desarrollo de la enseñanza, y de la disciplina. Algunas son fundamentales, otras son integradas o explicativas. Pero esta distinción no puede hacerse en un programa, en la forma en que puede y debe hacerse en la obra didáctica escrita, porque cabalmente es el estudioso quien debe discriminar y valorar con sentido crítico la distinción. Si un programa en el concepto docente no es una obra didáctica, ni una obra científica, puede ser reflejo de ella, aunque a veces no se la llame así.

Cuando el gran penalista Carrara tituló como *Programa* a su monumental obra de derecho penal, se dieron juicios muy diversos sobre esa denominación, pero él dijo<sup>15</sup> que el programa de una ciencia no indica, en su concepto, el libro donde la ciencia misma se expone, sino más bien el principio fundamental y la fórmula en la que el autor ha sintetizado la fuerza motriz de todos los preceptos que la ciencia misma (según su pensamiento) está llamada a desenvolver y a demostrar.

El programa de cursos es el plan de enseñanza y examen, el elemento de contraste para comprobar la suficiencia del examinado respecto al conocimiento de una disciplina que integra un ciclo o un conjunto orgánico de conocimientos que se reputan indispensables para ejercer una actividad profesional, es decir, para obtener el título universitario o facultativo.

Lo que el Estado se propone en el régimen legal universitario es precisamente eso. La universidad puede, claro está, realizar funciones de otro orden,

<sup>15</sup> Prefacio a la quinta edición de *programa del curso de derecho criminal*.



vgr., la investigación científica con un objeto distinto del de la preparación o formación profesional, que también presupone una información científica; puede también proponerse una formación cultural en diversos grados, desde la académica hasta la extensión universitaria. Pero la función esencial de la Universidad es la función que se ha señalado.

En los últimos tiempos se ha querido esta verdadera y esencial misión en segundo término, y hasta se ha pretendido encontrar la causa de la llamada crisis universitaria, en esa función de la Universidad ha tenido siempre de formar y habilitar para el ejercicio de profesiones liberales. Esas críticas no tienen consistencia alguna. Son antojadizas, arbitrarias y, por fortuna, sin ninguna autoridad científica. Se trata de una cruzada, para lo cual se ha incurrido en afirmaciones contradictorias, como la de negar cultura a los claustros de la Universidad "profesionalista", y pedir, a la vez la "exclaustración" de la cultura, como obra de proyección social; por ejemplo que la extensión universitaria, cuyo fracaso, como el de la docencia libre, ha sido rotundo, por causas que he considerado en diversos estudios.<sup>16</sup>

Nada mejor, para dar fin a esta breve exposición de motivos, que recordar las palabras del jurista Gény —que ya transcribí en el prefacio de una obra con cuya publicación me honró esta facultad—<sup>17</sup> a propósito de la enseñanza del derecho público. "Ha sido necesario —dice— multiplicar los puntos de estudio que se propusieron para las Facultades de derecho y "rodar de nuevas floraciones el viejo tronco de las enseñanzas del derecho puro, ahí donde se ha podido encontrar un retoño de juventud y de vigor".<sup>18</sup> "Frente a los preceptos que rigen las relaciones privadas de los hombres se levanta "la cuestión del Estado", o, si se quiere, del gobierno con los poderes que lo constituyen, y sus correspondientes ramificaciones en las circunscripciones del territorio nacional; en suma: todo lo que sintetiza la vida política y administrativa del país. Y ya entramos por ahí en el dominio del derecho público, derecho que después de haber sido estudiado durante largo tiempo, ha alcanzado en nuestros días una extensión

<sup>16</sup> Véase *Derecho administrativo*, desde la primera edición (1921), t. II, págs. 332 y sigtes., hasta la del año en curso, t. III, págs. 70 y sigtes., y *Ciencia de la Administración*, Rosario, 1937, págs. 391 y sigtes. Esto precisamente explica el régimen legal universitario. Véase *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, págs. 496 y sigtes.

<sup>17</sup> *La autarquía de las universidades. Sobre la Universidad del Litoral. Autarquía e intervención. Cuestiones universitarias. Régimen universitario. Derecho y Política. Algunas reflexiones que sugiere el actual momento universitario. Observaciones sobre la cuestión universitaria.*

<sup>18</sup> *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 1946.

considerable, por el desarrollo de las funciones del Estado, y un aspecto particular en razón de las ideas de democracia y de gobierno popular, que libran la Constitución a manos de los ciudadanos que la deben manejar. ¿Qué problemas, pues, nos ofrece todo esto a las investigaciones de los jurisconsultos?"

Pues bien: esos problemas que son muchos, y ya existen en la vida actual, además de los que se columbran en el horizonte político y social, son problemas fundamentales para los derechos de los administrados, porque hoy se habla, ya de derechos ya de intereses legítimos, protegidos, unos y otros, por recursos jurisdiccionales, que son construcciones admirables del derecho administrativo. Se trata de aplicar en la esfera del Estado principios de eterna justicia, sin los cuales la vida no tendría verdadero sentido. Enseñar lo que nuestra ciencia se ha hecho y lo que puede y debe hacerse en ese orden de ideas, es algo que realza la cátedra y da a la Universidad su verdadera jerarquía en el campo de los valores culturales de orden jurídico.