

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUERETARO

Escuela de Derecho

Reflexiones Sobre la Acción
Administrativa en el Estado
Moderno

Biblioteca Central

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUERETARO

Tesis

que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta

Augusto Isla Estrada

1972

No. Reg. 63830

Clas. D344
L825

Handwritten signature or stamp

ORGANISMO DE AMONESTIA GAOX...

A mis entrañables padres
Augusto y Dolores

*A Héctor Cuadra, jurista modelo para
las nuevas generaciones.*

*A Hugo, precursor de nuestra vida universitaria
que exige cotidiana afirmación.*

*Al Maestro Rodríguez Aguilón, dignísimo
catedrático de nuestra Escuela.*

INDICE

| | |
|--|----|
| <i>INTRODUCCION</i> | 11 |
| | |
| I.—LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SU IMPORTANCIA | |
| Concepto de administración | 13 |
| Importancia | 17 |
| | |
| II.—DEL ESTADO DE POLICIA A LA LEGALIDAD | |
| La arbitrariedad administrativa en el Estado de policia | 21 |
| La legalidad administrativa bajo el estado de derecho | 24 |
| | |
| III.—LA LEGALIDAD Y LAS ESTRUCTURAS POLITICAS CONTEMPORANEAS | |
| Liberalismo | 31 |
| Crisis del liberalismo | 35 |
| Totalitarismo y Socialismo | 37 |
| Intervencionismo | 45 |
| | |
| IV.—ESQUEMA DE LA ACCION ADMINISTRATIVA LIBERAL | |
| Los fines | 49 |
| Los medios | 54 |
| | |
| V.—ESQUEMA DE LA ACCION ADMINISTRATIVA INTERVENCIONISTA | |
| Los fines | 62 |
| Los medios | 68 |

INTRODUCCION.

He llegado a convercerme de que en la mente de los universitarios de nuestro medio habita la idea de que una carrera universitaria supone algo así como un entrenamiento, una dotación de recursos para acomodarse en una posición privilegiada de nuestra sociedad individualista y selvática; de que una vez acreditado el insoportable rosario de materias, lo demás es sólo formulismo. Bastará apenas soportar el pequeño sacrificio de "fusilar" un libro, recopilar unas cuantas opiniones y enfrentarse posteriormente a cinco burócratas: el cascarrabias, el indiferente, el que busca la ocasión para una solemne autoafirmación magisterial, el viejo respetado, el que se compadece de la víctima. Todos decretarán inepticia del postulante, su inhabilitación para ejercer una profesión universitaria. Bueno, pero la humillante convención es un bajo precio para la "grandeza" de un título y lo que viene después: las cascadas de oro, los bienes de consumo, la respetabilidad burguesa.

A veces, como en este caso, descubrimos el valor por la rebeldía, por la confrontación. Si de pronto un acto trivializado, degradado le oponemos una cualidad contraria encontramos su sentido auténtico. El hallazgo es liberador: la odiada tesis para obtener una constancia de estudios universitarios no es un simple requisito, sino la justificación de nuestra presencia en la institución de la inteligencia; la universidad es algo más que una clave del éxito social, algo más serio que un pasatiempo o un recurso mercenario para el que enseña. Claro está, que el descubrimiento de un valor nos compromete, nos obliga a empeñar todo el espíritu, en las tareas, pero aceptamos el compromiso.

Así pues, sin el ánimo afectado por requerimientos formalistas me propongo en este trabajo desarrollar algunos aspectos de la transformación administrativa en el estado moderno.

Los contemporáneos, ha dicho Garady en su Ensayo sobre la Moral Marxista, vemos operarse ante nuestros ojos transformaciones que jamás halla conocido la humanidad (Las revoluciones socialistas, la liberación de los pueblos colonizados, la fisión del átomo, etc.). A estas transformaciones no puede escapar la ciencia jurídica. El derecho como vida objetivada, como representación normativa de lo real sigue los ritmos del tiempo. Esta conciencia de cambio en el derecho que trae consigo las denuncias de crisis, la búsqueda de reconstrucción disciplinaria,

constituye un resorte motivador para investigar los mecanismos internos o externos que sostienen o derrumban las instituciones jurídicas.

Dentro del cuadro de mis inquietudes sobre la administración pública destaca una particularmente: Cómo surge el régimen administrativo, cuál es su hilo conductor hasta nuestros días, cuáles son las diferencias entre el viejo y el nuevo régimen.

Resolver tales interrogantes exige primeramente ensayar un concepto de administración pública, así como señalar su importancia en nuestro tiempo (Primer Capítulo. Determinado el camino de trabajo trazaremos los precedentes y el origen del régimen administrativo (Capítulo Segundo).

Ahora bien, descubrir la continuidad del régimen acudiremos a una explicación socio-política del desarrollo de la legalidad administrativa, por medio de la cual es posible determinar los sistemas en los que se rompe la continuidad, y en aquellos que los sobrevive (Capítulo Tercero).

Descubierto el hilo conductor del régimen (liberalismo-intervencionismo) procederemos a comparar esquemáticamente las diferencias que ambos presentan en lo relativo a la esfera administrativa. Para el desarrollo del esquema hemos acudido a las categorías fin-medios, cuya lógica correspondencia sería la clave para el análisis comparativo (Capítulos Cuarto y Quinto).

No es mi propósito proporcionar un recetario para resolver problemas forenses, sino satisfacer una curiosidad estrictamente teórica, esperando que sea de utilidad para quien la disciplina jurídico-administrativa represente una preocupación intelectual.

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SU IMPORTANCIA

I.—CONCEPTO DE ADMINISTRACION.

Independientemente del punto de vista que se adopte para el análisis del estado, es indiscutible su calidad de agrupación humana dotada de poder coactivo, y que responde a cierta teleología cuyo contenido es históricamente variable. Para el cumplimiento de sus fines, cualesquiera que sean, el estado despliega una serie de actividades que se actualizan en funciones. Las funciones son manifestaciones concretas de la actividad estatal, las formas a través de las cuales éstas se expresan.

Desde la Grecia clásica la ciencia política viene admitiendo una trilogía de funciones estatales: La creación de la ley (Legislación), la aplicación o ejecución (Administración), la impartición de justicia (Jurisdicción). En el siglo XVIII esta vieja concepción tripartita de las funciones se carga de significado político; aparece como una doctrina de vital importancia para combatir el despotismo, como una condición de la libertad socio-política. En efecto, la doctrina llamada de la División o Separación de Poderes se basa en esa división funcional de la actividad del estado; pero ahora, al confiar cada función a un órgano distinto se aspira a frenar la arbitrariedad. Las ideas de equilibrio, de un sistema de pesos y contrapesos subyacen en este principio que en última instancia se traduce en una especialización funcional de los órganos.

A cada órgano una función sería la fórmula ideal de esta teoría que, sin embargo, hubo de sufrir una relativización en los textos constitucionales que la recogieron. Por razones técnicas, tradicionales, lógicas, políticas o de urgencia, los distintos órganos participan de las diversas funciones públicas (1). De este modo, los órganos esenciales del estado, legislativo, ejecutivo y judicial, realizan, aparte de sus propias funciones, otras de la misma naturaleza que aquellas que caracterizan a los demás órganos. El ejecutivo, por ejemplo, administra, legisla, juzga; los otros poderes asimismo además de sus funciones tienen competencia para realizar actos que corresponden al ejecutivo por un principio de colaboración funcional.

La concreción de principio de división de poderes, más allá de su concepción mecánica y la rigurosa especialización orgánica, obliga desde entonces a contemplar la actividad del estado en dos perspectivas: La procedencia del acto o cualidad extrínseca

que proviene del órgano creador, y la naturaleza intrínseca del acto, lo que el acto es en sí independientemente de su autor.

La repercusión que tiene dicha dualidad en el problema de definir la administración pública, es muy importante. La actividad administrativa en sí no coincide con el órgano que especialmente la ejerce; el sujeto de la actividad no se reduce al poder ejecutivo. Rota la equivalencia órgano-función, el concepto de administración pública se torna polémico, dando lugar a dos posiciones aparentemente irreconciliables: La teoría substancial y la teoría orgánica.

A).—La Administración vista Objetivamente (Teoría Substancial).

Partiendo del hecho de que la función administrativa es compartida por los órganos legislativo y jurisdiccional, esta dirección doctrinal concluye negando la identidad entre administración y poder ejecutivo. La administración resulta caracterizada en base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o agente productor (2); definir la administración equivale a diferenciarla objetivamente de las tareas legislativa y jurisdiccional.

I.—Legislación.

Esta función está ligada a la idea de creación de normas jurídicas que se distinguen por su carácter general, abstracto e impersonal. A través de ella el estado atiende intereses colectivos en forma mediata; la voluntad legislativa dispone el contenido de los intereses que se han de satisfacer, pero corresponde a otros órganos la ejecución de tales disposiciones.

II.—Jurisdicción.

Para caracterizar esta función se acude a la idea de controversia. La jurisdicción implica la aplicación del derecho a los casos contradictorios, completando la obra legislativa en las situaciones individualizadas y tutelando el cumplimiento del derecho objetivo. En la función jurisdiccional, afirma Díez (3), el estado trata de que la voluntad legislativa sea observada, y sustituye su voluntad a la de los particulares, pero no en forma inmediata sino mediata e instrumental.

La existencia de la llamada jurisdicción voluntaria, al poner en tela de duda el supuesto contencioso de la función, conduce a otros juristas a buscar en la naturaleza jurídica de la relación que se deriva del ejercicio de dicha función, un argumento más convincente sobre el contenido específico de dicha tarea. En este punto de vista el juez es un órgano ajeno a la cuestión sobre la cual se pronuncia; se coloca en una posición supra partes como el legislador.

Para reforzar las cualidades diferenciales de la jurisdicción se señala también que además de ser normas individualizadas, son decisiones con una cualidad fundamental: La fuerza de verdad legal, que es inherente al valor de seguridad jurídica que ampara dicha función.

III.—Administración.

Esta función, a diferencia de las anteriores, presenta un rasgo singular: La inmediatez. Los intereses colectivos, en efecto, se satisfacen en forma inmediata con el ejercicio de dicha función. Además, se trata de una actividad continua, en tanto que la legislación y la justicia son intermitentes o discontinuas (4).

Por otra parte, la actividad administrativa coloca al órgano en situación tal que es parte de la relación sobre la que incide. La administración en tales condiciones es definida por Marienhoff, destacado representante de esta orientación conceptual, como la actividad permanente, concreta y práctica del estado que tiende a la satisfacción inmediata y continua de las necesidades de grupo social y de los individuos que lo integran (5).

Estamos de acuerdo con las cualidades que el autor citado atribuye a los fines de la actividad administrativa (satisfacción inmediata y continua de las necesidades colectivas), pero tenemos que objetarle la falta de congruencia con sus propósitos. Ciertamente el autor pretende extraer el concepto de administración de la cualidad interna de los actos administrativos, pero cuando se pregunta sobre la naturaleza del reglamento, afirma que se trata de un acto formalmente administrativo, lo que quiere decir que es la procedencia del acto, su origen orgánico lo que le proporciona su cualidad administrativa. ¿Qué ha sucedido en realidad? Pues que la doctrina objetivista, como es el caso de la tesis de Marienhoff, se ha olvidado de varios aspectos sobre los que hace hincapié la doctrina opuesta.

B).—La Administración vista Subjetivamente (Teoría Orgánica).

Históricamente, antes de elaborarse la teoría substancial, la división de poderes trajo consigo la concepción orgánica que definía la administración como la actividad del poder ejecutivo. Más tarde, la coparticipación de los órganos estatales en las distintas funciones hizo virar la definición hacia un sentido objetivista. Pero actualmente la doctrina se orienta de nuevo a la concepción orgánica.

El sentido de este nuevo viraje conceptual deriva de la heterogeneidad jurídica de la actividad administrativa. Si convenimos en que la administración de nuestros días no solamente se manifiesta en actos ejecutivos, sino también reglamenta, esto es, legisla en sentido material y juzga a través de sus propios

tribunales, debemos admitir que esa variedad jurídica de actuaciones encuentra su sentido unitario en el órgano que las realiza. Podría replicarse diciendo que no debe confundirse la función principal de un órgano con cierta competencia excepcional que le es atribuída para ejercer funciones que no le son propias, pero en el caso de la administración, legislar y juzgar forman parte de su competencia normal, toda vez que el cumplimiento de sus fines depende de un ejercicio habitual de tales facultades.

Esta teoría subjetivista que ha sido la base para la construcción del derecho administrativo francés, ha sido resumida impecablemente por el tratadista español Entrena Cuesta (5), en los siguientes términos:

1.—La administración es un complejo orgánico encuadrado dentro del poder ejecutivo.

2.—Dichos órganos realizan funciones de diversa índole.

3.—A contrario sensu no puede hablarse de función administrativa de los otros poderes.

Las diferencias con la tesis substancial radican en la idea de circunscribir la acción al órgano ejecutivo. Esta idea que, como decíamos, proporciona unidad dentro de la multiplicidad jurídica de la acción de administrar, permite determinar los límites disciplinarios del derecho administrativo. Es cierto que los otros órganos realizan también actos de administración cuando por ejemplo, resuelven sus problemas de organización interna, o inclusive llegan a realizar verdaderos actos administrativos como las autorizaciones presupuestarias en el caso del legislativo, pero tales actuaciones no pueden caer en el ámbito de la disciplina jurídico-administrativa en virtud de que se dispersaría. De ahí que el destacado jurista mexicano Gabino Fraga, al ensayar una definición descriptiva del derecho administrativo, considere que este sólo regula la organización y estructura del poder normalmente encargado de realizar la función administrativa (6). Y es que una exigencia de repartir la carga de estudio obliga a una delimitación de esta naturaleza.

Ahora bien, no solamente argumentos de índole disciplinaria amparan esta teoría, sino otros fundados en la historia y en el derecho positivo. Desde sus orígenes el derecho administrativo se edificó en base a una realidad formal: La división de poderes (No la de funciones) (7), que es el criterio al que recurren la mayor parte de las constituciones incluyendo la nuestra, según se desprende del artículo 49 constitucional.

Fuera de la órbita de las investigaciones jurídicas, en el ámbito de los estudios técnicos sobre la administración pública, predomina este criterio. Así, Duhalt Krauss, definiendo la administración pública en México, afirma que se trata del conjunto de dependencias del ejecutivo federal, organismos descen-

tralizados y empresas de participación estatal, el cual se convierte en el principal instrumento de que se sirve el gobierno para aplicar su política económico-social, y el que formula, ejecuta y vigila la programación del desarrollo del país (8).

Las poderosas razones que asisten a esta teoría nos obligan a compartirla. En conclusión, podemos afirmar que la administración pública es un conjunto de instituciones que en el orden constitucional se encuadran en el poder ejecutivo, y que tiene como finalidad la satisfacción continua e inmediata de las necesidades colectivas mediante la realización de actividades jurídicamente heterogéneas.

Aún queda por agregar que el ejecutivo, además de las actividades jurídicas múltiples que realiza, comprende también al gobierno. De acuerdo con el sistema predominantemente presidencialista adoptado en México, el presidente de la república es jefe del estado y del gobierno, al mismo tiempo que asume la jefatura de la administración. Obviamente su naturaleza político-administrativa plantea la necesidad de una distinción. Sobre este punto la doctrina común tiende a considerar al gobierno como la actividad política que concierne a la dirección suprema y general del estado en su conjunto y unidad (9); es impulso e iniciativa. La administración es, en cambio, actividad subordinada a cuyo cargo están intereses determinados; en otras palabras, podemos decir empleando una metáfora, frecuentemente utilizada al respecto, que el gobierno es el cerebro y la administración las manos.

II.—Su Importancia.

No es difícil advertir el fenómeno envolvente de la administración en nuestro tiempo. Diariamente nos topamos con sus manifestaciones en las tareas de urbanización, en los semáforos, en los parkímetros; requerimos de su autorización para construir una vivienda; sufrimos sus interferencias con sus inspecciones, censos. La acción administrativa contemporánea, sea en un país capitalista o socialista, lo interviene todo, lo abarca todo. Su presencia se hace necesaria para ordenar esa malla compleja de relaciones de la vida contemporánea.

Manheim, en sus Reflexiones sobre la Crisis de la Sociedad Actual, ha deducido de las condiciones y estilo de vida del hombre de hoy, la necesidad de planificar, de racionalizar. Si una calle se bloquea con la circulación profusa de automóviles, si las ciudades crecen desorbitadamente, si la economía pierde su equilibrio, es imperioso reglamentar, promover un desarrollo ordenado, plantear objetivos racionales; evitar el crecimiento incontrolado, la saturación, los desajustes, lo cual no puede llevarse a cabo sino a través de poderosos mecanismos. Es por eso que la administración pública, como instrumento dotado de poderes necesarios que le permiten actuar desde una posición dominante, ha adquirido singular importancia en nuestros días.

La importancia del fenómeno de la administración pública con sus intervenciones crecientes es un hecho indiscutible. Duhalt Krauss (10) afirma que juega un papel de primer orden, lo mismo en un estado superdesarrollado, para alcanzar la Luna, que en un modesto estado subdesarrollado, o en proceso de desarrollo, precisamente para acelerarlo. Ahora bien, ¿cómo se valora la acción administrativa? Podemos decir en principio que no es un fenómeno generalmente apreciado en términos positivos. Los viejos liberales añoran los tiempos de la abstención y el quietismo administrativos; crece el temor de la quiebra de la libertad y la democracia.

González Pérez (11), ha escrito que ciertamente la intervención administrativa resulta inevitable, pero que no deja de ser una enfermedad. De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso sobre la Tierra —afirma—, quizá no exista ninguno peor que la administración pública. Nosotros nos preguntamos: ¿En qué radica el mal de la administración en esta línea de pensamiento? La respuesta no se deja esperar: En la amenaza que representa para la libertad. Estamos de acuerdo que la vieja idea de libertad abstracta, fruto de la visión roussoniana del salvaje en estado de naturaleza como la califica Vallet de Goytisolo (12), ha sufrido un menoscabo; que los viejos ideales de la sociedad liberal con su libertad patológica que aniquila las libertades concretas y conduce a la vampirización, según palabras de Marcel de Corte, han perdido afortunadamente su vigor mítico.

Actualmente, en la sociedad industrial avanzada la libertad abstracta, arbitraria es un fenómeno del pasado porque corresponde a una etapa superada en el desarrollo productivo. Es incomprendible en nuestro tiempo añorar una libertad que, como sostiene Ricoeur (13), es libertad que no ha hecho todavía el movimiento de sacrificar su indeterminación, que no ha aceptado aún dejar de ser todo para ser algo. La libertad en nuestro tiempo sólo puede ser admitida como una posibilidad de obrar contenidos concretos: Libertad de (liberación de la miseria), libertad para (participación real en las tareas comunes). Marx enseñó que la libertad individualista es la anarquía, que la esclavitud de la sociedad burguesa es en apariencia la más grande libertad, por ser la independencia aparentemente perfecta del individuo que toma por libertad el movimiento desenfrenado de los elementos enajenados de su vida. A partir de entonces la libertad descubre sus verdaderos perfiles humanos como poder fundamentado, racionalizado, como posibilidad para cada hombre, para todos los hombres de tener acceso a la cultura, de participar plenamente en el trabajo organizado de todos los hombres, en las riquezas y poderes que engendra, y a partir de ahí desarrollar toda su capacidad creadora (14).

Las ideas de poder real, eficacia participativa nos vinculan con la idea de democracia que, en la opinión de algunos, resulta incompatible con las ideas de planificación e intervención. Sobre

este punto, Myrdal (15) acertadamente afirma que, en una amplia perspectiva no se observa una democracia fracasada a causa de planificar demasiado. Contrariamente, a la suspicacia liberal, la democracia se ve reforzada con la planificación en la medida en que las decisiones son adoptadas democráticamente, lo cual depende de la intensidad de la participación y de los sentimientos de fidelidad y solidaridad comunales.

Las crisis contemporáneas del proceso democrático no pueden atribuirse a la planificación. Marcuse ha hecho notar, analizando la evolución de la democracia en el capitalismo, la ineficacia participativa de las masas en las decisiones colectivas en razón de las fuerzas de dominación que se dan en la sociedad de consumo, en la que la propaganda, los mecanismos de control (diversiones, patrones de libertad enajenada), hacen nugatorio todo ideal democrático. La planificación es tan sólo cálculo, búsqueda del orden y la racionalidad. Ahora bien, ésta puede responder a causas diferentes (ajustes del capitalismo, racionalidad socialista) y alcanzarse por los más opuestos métodos (democracia o autocracia, centralización o descentralización).

En consecuencia, si bien rechazamos todo prejuicio acerca del hundimiento de la libertad y la democracia frente a la intensa acción administrativa actual, tampoco podemos compartir indiscriminadamente el optimismo de algunos sobre la intervención y planificación. Es frecuente, entre los administrativistas occidentales, el considerar a la administración actual como realizadora de la justicia material. Esta cualidad que se atribuye a la administración en los países capitalistas es muy discutible, porque la intervención en ellos responde a la inevitabilidad de sus crisis económicas. Con la administración y la planificación administrativas el estado aspira en efecto a influir sobre la reproducción capitalista, prolongar la existencia del sistema, asegurando los fundamentos del modo de adquisición de ganancia esencialmente a favor de los monopolios.

Pensamos que sólo más allá de las estructuras capitalistas, superando la dominación económica, la administración, su acción interventora y planificadora adquieren sentido humano y contenidos de valor, porque es indudable que sólo dentro de una comunidad donde los hombres sean corresponsables del destino común en la producción, en el consumo, y en todas las tareas creativas, la armonía y el orden son reales. Hay que temer, ciertamente, la acción interventora y planificadora, si la administración resulta ajena a las verdaderas necesidades humanas, satisfaciendo simplemente los intereses de un grupo explotador.

N O T A S

- (2) Marienhoff M., *Derecho Administrativo*, B. Aires, 1966, tomo pág. 43.
- (3) Díez M., *Derecho Administrativo*, B. Aires, 1963, tomo I, pág. 98.
- (4) Díez M., *op. cit.*, pág. 101.
- (5) Marienhoff M., *op. cit.* 60.
- (6) Fraga G., *Derecho Administrativo*, México, 1970, pág. 93.
- (7) Entrena Cuesta R., *Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, pág. 25.
- (8) Duhalt Krauss M., *La administración pública y el desarrollo en México*, México, 1970, pág. 33.
- (9) Díez M., *op. cit.*, pág. 111.
- (10) Duhalt Krauss M., *op. cit.*, pág. 26.
- (11) Glez. Pérez J., *Administración pública y libertad*, México, 1971, pág. 32.
- (12) Vallet de Goytisolo J., *Sociedad de masas y derecho*, Madrid, 1968, pág. 120.
- (13) Ricoeur P., *La filosofía y la política ante la cuestión de la libertad, en Libertad y orden social*, Madrid, 1970, pág. 78.
- (14) Garaudy R., *Introducción al estudio de Marx*, México, 1970, pág. 98.
- (15) Myrday G., *El estado del futuro*, México, 1971, pág. 115.

CAPITULO II

DEL ESTADO DE POLICIA A LA LEGALIDAD

I.—La Arbitrariedad Administrativa en el Edo. de Policía.

Es bien sabido que a las debilitadas formas medievales de Organización Política, suceden los Estados Renacentistas, inmensos entonces dadas las condiciones de comunicación, y cuya evolución hacia la Monarquía absoluta representa la primera solución que ha realizado el Occidente, después de la época romana, hacia la idea de unidad del Estado (1). Sin duda, el surgimiento del Estado Monárquico-absolutista marca un punto de partida del Estado moderno, entendiéndolo como una entidad soberana sobre la autoridad de los señores y el papado, esto es, como una estructura cuyo poder no está sujeto a ninguna potestad extraña a la comunidad nacional ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de ella esté comprendido (2). Esta configuración unitaria de la comunidad política permitió la marcha, la integración en un conjunto de agrupaciones distintas en un momento crucial de la historia, así como la realización del equilibrio de una época en la que predominaban las condiciones de dispersión y división. De esta manera el Estado que se llamaría Estado de Policía, al concentrar los instrumentos militares, burocráticos y económicos de una manera cada vez más creciente, se convierte en elemento mediador entre la nobleza y la burguesía y en factor de equilibrio internacional. La nueva organización política se apoya en principios monárquicos. El rey es jefe del Estado por un título que proviene de la "gracia de Dios"; encarna el ideal nacional y concentra los atributos de soberanía. Su carisma y la legitimidad originaria de su autoridad le acreditan un derecho trascendente sobre sus súbditos y un poder ilimitado para disponer plena y libremente de todos los bienes seculares como eclesiásticos para usarlos "como sabios economistas".

La capacidad de disposición, la summa potestas de Bodino, tiene su fundamento tanto en la idea de una consagración religiosa de la realeza como en un concepto secular: El poder de policía. Esta noción, que más tarde se emplearía confusamente para aludir a una forma de acción administrativa bajo el imperio de la legalidad, justifica la acción arbitraria del monarca, no sólo en los círculos político-doctrinales sino también en los tribunales. Así, el caso planteado ante el tribunal inglés de Echiquier en la

época de los Estuardo, nos revela el alcance de su aplicación. Con motivo de la resistencia al pago de un impuesto por parte de un mercader del Levante, dicho tribunal consideró que el poder absoluto del rey... llamado de policía... es para el bien de los pueblos y varía según la sabiduría del rey para el bien común. Por otra parte, sostuvo que la cuestión analizada era un asunto de estado y debía regirse por normas de policía y el poder extraordinario del rey.

Las consideraciones del tribunal reflejan claramente el esquema imperante en el sistema. La fuerza legitimadora del poder de policía y la razón de estado es tal que cualquier cuestión puede caer dentro del ámbito de las decisiones arbitrarias, permitiendo así colocar las exigencias políticas por encima del derecho y la legalidad; a la salvación pública sobre la propiedad privada. Hemos de aclarar que las normas de policía mencionadas en el fallo citado no son normas jurídico-positivas, sino directrices jusnaturalistas dominadas por las ideas de servicio y equidad.

En realidad, acerca de lo que exige el interés, bienestar público y utilidad común decide el soberano; en qué consiste el interés del estado; cuándo es exigible una vulneración o abolición del derecho existente, son cuestiones todas que no pueden fijarse normativamente; reciben su contenido mediante una decisión de la instancia soberana (3). El principio *suprema lex*, voluntas regis resume la base del sistema; es la declaración de la arbitrariedad, pero implica también la sumisión del poder real al derecho natural, pues la realeza, entendida como un oficio revestido de alta dignidad, exige el recto ejercicio de la autoridad (4). De este modo el gobernante que excede sus poderes deja de ser servidor de Dios y la comunidad. Dentro de estas limitaciones carentes de magnitud jurídico positiva, el jus eminens domina los derechos del súbdito y monopoliza las actividades del estado (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional).

En el marco de tal estructura de poder, la acción administrativa es difícilmente capturable con las categorías que actualmente se utilizan en virtud de que, ni en sentido subjetivo o finalista presenta contornos definidos.

En un aspecto orgánico, la administración carece de significación, ya que el principio de división de poderes se desconoce. Ciertamente el príncipe no puede llevar a cabo toda la actividad de administrar, razón por la cual la delega en diversos órganos como los Consejos o Cours Souveraines, a los cuales se asigna facultades y competencias para actuar. Las facultades y delimitaciones competenciales se establecen por medio de reglamentos que están desprovistos de juridicidad por ser simples normas internas de administración; conexiones orgánicas equivalentes a lo que ahora se llama actividad interna que se traduce en actos materiales sin trascendencia jurídica para los particulares, o sea, normas sin alteridad (5). Además tales disposicio-

nes tienen un pobre alcance práctico, toda vez que son susceptibles de ser reformadas o anuladas por vía jerárquica, o inclusive es posible que los funcionarios sean desplazados en su competencia por el propio monarca (6).

Cabe señalar también que los funcionarios a quienes se delegan facultades administrativas, ejercen funciones que escapan al ámbito estrictamente administrativo, como son las de carácter jurisdiccional.

En cuanto al contenido y finalidad de la actuación administrativa, la preeminencia de la razón de estado justifica toda arbitrariedad (lo que no es necesariamente injusticia) para atender y cuidar de la seguridad y bienestar de los súbditos que renuncian a su voluntad depositándola en el príncipe que les impone su propio bien. Así, la administración, al no encontrarse vinculada legalmente, cuenta con un amplísimo poder discrecional, y frente a ella, el administrador, el particular, carece de la acción para discutir y oponerse a los actos de la autoridad administrativa.

Esta situación del actuar administrativo en el estado policía engendró una profunda contradicción entre una administración legalmente incondicionada y la imperiosa necesidad de defensa para los administrados. Los requerimientos justos de quienes no contaban con instrumentos legales de protección fueron, con el tiempo, parcialmente satisfechos. Se reconoció la exigencia de fundar ciertas demandas de protección y determinar a su vez responsabilidades a cargo de la administración. Tal reconocimiento encontró una fórmula para expresarse como derecho positivo: la teoría del fisco, vieja doctrina romana, según la cual el patrimonio público no pertenece al príncipe, sino al fisco, persona sometida al derecho patrimonial, el cual es considerado como un sector jurídico incrustado en la zona del derecho civil. Se equipara aquí al fisco a una persona *común y corriente* que administra sus bienes, desposeída de su imperium y considerada como sujeto de derechos patrimoniales.

La teoría del fisco, de la que se desprende la conocida tesis de la doble personalidad del estado, reviste una gran importancia para la época, pues su aplicación en este esquema de arbitrariedad suministra una fórmula para que numerosas relaciones jurídicas entre la administración y los particulares, queden sujetas al dominio del derecho. Podrían citarse ejemplos como las relaciones económicas entre el estado y sus empleados; vínculos jurídicos derivados de leyes impositivas. En estos casos la relación particular-administración se sitúa en un plano igualitario. De este modo, una controversia suscitada por actos ilegales de la administración se plantean ante los tribunales ordinarios, los cuales no podían anular resoluciones administrativas, sino solamente condenar al fisco al pago de una indemnización.

La indemnización representa un valladar a la acción arbitraria, tal vez el único en el contexto del estado-policía; un elemento de juridicidad en el vasto campo de la arbitrariedad administrativa. De ahí que Heller afirme con razón que el príncipe, valiéndose del jus eminens que se le atribuye, se libra de todas las limitaciones del derecho positivo en cuanto no entrañen indemnizaciones de derecho civil (7).

Desde nuestra perspectiva histórica, la solución aportada por la teoría del fisco es claramente insuficiente, pero en el cuadro del estado-policía significa un progreso, una forma de sometimiento parcial a la regla jurídica. Nadie puede dudar que el otorgar la facultad de exigir una indemnización pecuniaria a un particular afectado por un acto expropiatorio; permitir al administrado accionar lo conditio indebiti cuando el fisco cobra dos veces un impuesto, representa que, al menos en aquellas relaciones susceptibles de ser *privatizadas*, se había encontrado un límite que puede ser calificado como una fórmula históricamente intermedia entre la arbitrariedad y la legalidad de la que nos ocuparemos en seguida.

II.—La Lgalidad Administrativa Bajo el Estado de Derecho.

A pesar de la imprecisión que acusa el término estado de derecho, suele designar la forma que sustituye al estado-policía, su antítesis. Frente a la arbitrariedad aparece la sujeción del estado a la norma jurídica; frente a la sumisión irrestricta de los súbditos el reconocimiento a los derechos fundamentales de la persona; en oposición al estado-fuerza, el estado de derecho y la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las normas.

Una nueva ideología inspira la construcción del estado de derecho: la concepción liberal-individualista que coloca a la persona, individualmente considerada, como *objeto y base de las instituciones políticas* y al estado como guardián de sus libertades.

Para el logro de esta finalidad, alrededor de la cual gira la nueva organización institucional del estado, como diría Hauriou, se monta un aparato técnico de legalismo formal. El estado se perfila como un todo organizado por la regla jurídica (aspecto formal), para procurar el aseguramiento de las libertades (aspecto material). Por primera vez la estructura política aparece ordenada en un documento que es la objetivación escrita de la unidad estatal, lo cual, afirma Heller (8), representa en general, un amplio e importante avance en el proceso de emancipación de las formaciones del espíritu.

El progreso formal se plantea también en el campo de la acción administrativa del estado, cuya dinámica se ve condicionada por el ordenamiento jurídico fundamental y por las reglas ordinarias. En ese momento se traba una conexión necesaria entre Administración y Derecho, de la que se deriva el principio de juridicidad, que no solamente disciplina a la administración

en conjunto sino que permite que cada acción pueda ser examinada en referencia a un orden jurídico (9). Este principio, complementado con el de legalidad, que significa que toda administración deberá realizarse basándose en leyes vigentes y moviéndose dentro de ciertos límites, da lugar a un sistema de responsabilidades que hacen posible el establecimiento de recursos (que pueden ser contencioso-administrativos) a fin de garantizar a los particulares su situación frente al obrar administrativo.

La característica más sobresaliente del estado de derecho es más que la presencia de un ordenamiento jurídico en el actuar administrativo, su calidad material, esto es, el condicionamiento de la acción por un cuerpo normativo lleno de contenido, como los que rigen las relaciones particulares o los que protegen el orden social por medio de sanciones como las penales.

El cuerpo de normas jurídico-positivas que, por una parte hacen imperar la legalidad en la acción de administrar, y por otra protege al administrado, puede basarse en los principios y normas del derecho común y por tanto no diferir de la ley que rige las relaciones entre particulares; o bien, llegar a integrar un grueso de normas sólo aplicables a la administración, o sea, un régimen singular, fundamentalmente apoyado en una ideología jus publicista, cuyos principios rompan con el esquema del derecho privado. Ambas soluciones se dan históricamente y arrojan sistemas distintos: a) el Anglosajón, que opta por la primera solución; b) el sistema Continental europeo, que resuelve la legalidad por el camino de un régimen especial (*Droit Administratif*).

A).—RULE OF LAW.

El concepto significa el imperio de la ley (ordinaria) sobre la arbitrariedad; el sometimiento de la administración a los tribunales comunes. La ley común es pues aplicable tanto a la acción (aspecto sustantivo) como a los actos en los que se juzga a la administración (procesal).

La teoría del Rule of Law fue desarrollada por Dicey, en cuya obra fundamental, *Law of Constitution*, analiza los diversos aspectos de este principio, base del sistema Anglosajón. Dicey parte de una premisa que actualmente puede ser considerada como falaz: La sumisión igual de todas las clases a los tribunales ordinarios. De esta manera la administración inglesa se halla sometida a las mismas leyes que los particulares, por una parte sujeta a los tribunales ordinarios; por otra, éstos controlan los actos de los órganos administrativos por medio de órdenes (*writs*) de *mandamus*, *prohibitum* y *certiorari*, mediante los cuales se ordena a la administración realizar una actividad que le impone el Derecho, o abstenerse en aquellas en que resulte incompetente. La semejanza entre las sentencias relativas a la administración respecto a las dictadas sobre actos particulares, es notable a tal grado que a menudo no difieren en sus enunciados.

Consiguientemente el sistema no admite ni las prerrogativas de la administración ni la posibilidad de ser controlada por jueces propios. Más aún, la doctrina inglesa, la de Dicey en especial, se mostraba orgullosa de la inexistencia de un Derecho Administrativo. La expresión Administration Law, dice Landis, resumiendo el espíritu doctrinal, sugiere burocracia; y la transición de burocracia a autocracia y de ésta a la dictadura es fácil (10).

La verdad es que el repudio al régimen continental apoyado en las premisas arriba mencionadas, por parte de la doctrina inglesa, era un prejuicio que demoró el desarrollo del Derecho Administrativo.

Ahora bien, es posible pensar que si bien Dicey influyó en la construcción del sistema con su falsa yuxtaposición de dos principios: la necesidad de restringir el poder arbitrario del gobierno y la exigencia de sumisión de todas las clases (11), su núcleo mismo se encuentra en el prestigio de que gozan los tribunales ingleses, así como en el hecho de que los derechos privados individuales derivan de precedentes judiciales. En efecto, es bien sabido que en el derecho consuetudinario inglés las fuentes principales de la norma jurídica son el common law, y la equity, o sea, las sentencias judiciales, cuya importancia permite llamar al derecho inglés, más que un statute law, un sistema de judge made law. Así pues, la gran tradición judicial británica y su capacidad de adaptación a nuevas situaciones jurídicas explican en parte este esquema de legalidad y control de la acción administrativa.

Por otra parte, complementando lo anterior, la peculiaridad de la organización administrativa que se basa en la autonomía de los municipios (self-government), contribuye a la conformación del rule of law. Este autogobierno podía oponerse al poder central y se realizaba con sujeción a las leyes del país, de cuya violación conocían los tribunales ordinarios. La administración inglesa de la época liberal, marcadamente descentralizada, acentúa las características del sistema.

En conclusión, en la base de este sistema están la organización descentralizada, la tradición judicial y la doctrina que partía de un pie de igualdad entre administración-administrado.

En contraposición al derecho anglosajón se descubre el derecho continental que, arrancando de una premisa inobjetable como es la desigualdad entre la administración y ciudadanos, inherente a la naturaleza misma de la sociedad política, edifica un régimen específico para la acción administrativa.

B).—El Régimen Administrativo.

La estructura de este sistema que cuenta con presupuestos como el estado de derecho y la división de poderes, tiene como rasgo principal el reconocer que el estado posee una serie de

resortes jurídicos que exorbitan a los que el Derecho pone a disposición de los particulares. En esto radica la diferencia con el sistema anglosajón.

Desde un principio, el régimen administrativo, de origen francés, integra principios liberales y autoritarios, esto es, al mismo tiempo que se ve determinado por el individualismo quebranta ciertos principios inherentes a dicha ideología jurídica que proclama la abolición de los privilegios y entidades intermedias entre el estado y el individuo, la concepción de los derechos subjetivos absolutos y el principio de la autonomía de la voluntad (12). El reconocimiento de los privilegios de la administración, la introducción de la entidad municipal, la aparición del elemento colaboración aplicable a los contratos celebrados por la administración y la relatividad de los derechos resultantes de un acto administrativo, constituyen un síntoma de esa ruptura.

El principio autoritario más característico del régimen es el uso de prerrogativas a favor de la administración que excluyen la aplicación de la ley civil. Tales privilegios que tiene la administración como gestora del interés público no deben confundirse con las atribuciones de proceder arbitrariamente o de *legibus solutus*, sino por el contrario suponen un conjunto de normas especiales que disciplinan la actividad privilegiada.

Ahora bien, ¿en qué consisten esos privilegios? La administración, sometida a una normatividad específica, realiza una actividad dentro de una organización fuertemente centralizada bajo la autoridad del poder ejecutivo. Su actuación se desarrolla con una presunción de legitimidad, dado que su tarea es velar por el interés colectivo. Pues bien, a consecuencia de ello la administración puede servirse de la fuerza pública para la ejecución de sus decisiones. Este carácter de los actos administrativos (ejecutoriedad) ha sido normalmente apoyado por la doctrina. Rolland, por ejemplo, afirma que esta intervención, para asegurar el respeto a las leyes y reglamentos, corresponde a una auténtica necesidad social (13). La decisión ejecutiva se manifiesta en vastas esferas de la vida administrativa como la ejecución forzada de sanciones, cobro de impuestos cuando no han sido pagados dentro del plazo legal, o la dirección de los contratos administrativos, etc.

Además de ésta y otras prerrogativas (la facultad reglamentaria por ejemplo) a las que se aludirá posteriormente, destaca como elemento típico del sistema la solución al control jurisdiccional de los actos administrativos. Cuando se presenta un caso de ilegalidad en la actuación, la administración no queda sujeta a los tribunales ordinarios, sino a una jurisdicción especial, la jurisdicción contencioso-administrativa que se encarga de decretar la nulidad correspondiente.

La idea de un órgano desprendido del poder judicial que opera en el seno de la administración y que tiene poderes judiciales no sujetos a la revisión de los tribunales, es algo que no

entiende fácilmente una mentalidad como la nuestra, habituada a un esquema según el cual todos los actos de autoridad pueden ser enjuiciados, en lo relativo a su legalidad por órganos judiciales. Sin embargo, se pretenderá explicar el contexto histórico que hizo posible esta jurisdicción.

La institución de lo contencioso-administrativo nace en Francia, no de una concepción teórica o sistema elaborado, sino más bien de una reacción contra la experiencia del Antiguo Régimen en lo que respecta a la conducta funcional y moral de los que, en ese régimen, formaban embrionariamente un poder judicial anómalo (14). La reacción sustrajo la administración del control de los puestos ordinarios, pero en cambio creó un órgano que jugó el papel de *conciencia interna* en los conflictos y que se llamó consejo de estado, que en un principio tuvo solamente justicia retenida, pero al que más tarde se dió carácter verdaderamente jurisdiccional (justicia delegada).

La jurisdicción administrativa se creó entonces tanto para proteger al administrado, que podía ejercitar recursos de apelación frente a los actos administrativos que implicasen abuso o desvío de poder, como para hacer imperar la legalidad.

Una solución que en este sentido, desvincula la administración de controles judiciales, parece encontrar su sentido en el criterio institucional que adopta Francia en la formulación del principio de división de poderes (15). En Francia, a diferencia de países como México y Estados Unidos que dan una orientación funcional al principio en cuanto que cada órgano debe limitarse a ejercer su función, la administración como institución no puede estar sujeta al poder judicial. Esta doctrina encontró plena expresión legislativa en la ley del 16 y 24 de agosto de 1790, que estableció que los jueces no podrían, bajo penas de prevaricato, perturbar, de cualquier manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante los tribunales a los administradores en razón de sus funciones.

A pesar de la singularidad que presenta el origen histórico de la jurisdicción contencioso-administrativa, su influencia, como técnica para resolver el problema del control de la acción de los órganos administrativos, es vastísima. En México, por ejemplo, donde domina el criterio funcional de división de poderes heredado de Norteamérica a través del principio de Supremacy Power, se objetó durante mucho tiempo el establecimiento de los tribunales de lo contencioso. En efecto, la doctrina sostenía que no era justo que la administración misma ejerciera las funciones correspondientes y al mismo tiempo la tarea de juez, sin admitir apelación ni otro recurso a sus decretos. De ahí que se considerase como regla general que todo lo que constituyese cuestiones relativas a lo contencioso-administrativo, se podía resolver por el recurso de amparo (16). Sin embargo, a la postre hubo de reconocerse la necesidad de tribunales administrativos, reconocimiento que lo obligó a reformar la ley fundamental para dar

cabida a tribunales como los fiscales, que aunque de competencia limitada, son el principio de una jurisdicción de ese tipo en nuestro país.

De la misma manera esta clave de control ha influido, no solamente en sistemas donde puede ser aceptada, como Italia, sino también en el propio esquema anglosajón que ahora reconoce, tímidamente, es cierto, tribunales de esa índole. La razón no está en que se haya resquebrajado la tradición judicial, sino en la atención puesta a las demandas de la sociedad moderna que requiere de su gobierno y administración una actividad judicial y controles para los cuales se necesita una competencia técnica que difícilmente puede hallarse en un legislador o en un juez (17).

El otro pilar del régimen que es la prerrogativa, ha alcanzado un nivel de desarrollo considerable, incluso en los países dominados por el espíritu anglosajón como Estados Unidos. En este país, aunque en forma excepcional, se viene admitiendo el ejercicio de lo que denominan el Summary Power, que es precisamente la decisión ejecutiva o potestad de ejecución forzada en favor de la administración. En la misma Inglaterra, pese a las afirmaciones de Lawson en el sentido de que las relaciones entre administración y particulares continúan siendo contractuales, el ejercicio de la facultad reglamentaria es una situación normal desde 1824, año de la promulgación de la ley de los pobres.

Esto es claramente indicativo de la *administrativización* del Rule of Law que actualmente sólo se diferencia del régimen administrativo propiamente dicho en una dimensión cuantitativa. Y si estos principios han dominado la resistente tradición anglosajona, con mayor razón un régimen como el nuestro, apenas en formación. Por eso, la vieja discusión sobre la constitucionalidad de la facultad económica coactiva pierde sentido frente a la necesidad de tal proceder administrativo.

Con estas breves consideraciones se ha esbozado el origen del régimen administrativo, así como el vigor de sus esquemas, sentando así las premisas para plantear algunos aspectos de su transformación. Sin embargo, no sería posible acometer tal empresa sin antes setrazar el contexto político-social en el cual se opera, ya que siendo la administración un instrumento estatal, sus cambios se realizan en función de las variaciones y particularidades de la organización estadual.

NOTAS :

- (1) Jellinek G., Teoría del Edo., Méx., 1968, pág. 266.
- (2) Burgoa I., Teoría del Edo., Méx., 1970, pág. 131.
- (3) Schmitt K., Teoría de la Constitución, Méx., 1966, pág. 56.
- (4) Fischback O., Teoría del Edo., Méx., 1968, pág. 36.
- (5) Garrido Falla F., Der. Administrativo, Madrid, 1963, tomo I, pág. 56.
- (6) Díez M. M., Der. Administrativo, Buenos Aires, 1963, tomo I, pág. 117.
- (7) Heller H., Teoría del Edo., Méx., 1963, pág. 291.
- (8) Heller H., Op. cit., pág. 289.
- (9) Merkl, Teoría General del Derecho Administrativo, Madrid 1935, pág. 212.
- (10) Landis J. M., The Administrative Process, N. Haven, 1938, pág. 4.
- (11) Friedman W., El Derecho en una Sociedad en Transformación, Méx., 1966, pág. 364.
- (12) Garrido Falla F., Las Transformaciones del Régimen Administrativo, Madrid, 1962, pág. 44 y ss.
- (13) Rolland L., Precis de Droit Administratif, París, Dalloz, pág. 65.
- (14) Bielsa R., Der. Administrativo, Buenos Aires, 1955, tomo I, pág. 104.
- (15) Clark Adams J., Der. Administrativo Norteamericano, Buenos Aires, 1964, pág. 31.
- (16) Castillo Velasco J. M. Derecho Administrativo, Méx., 1965 tomo II, pág. 275.
- (17) Clark Adams J., Op., cit. pág. 23.

CAPITULO III

LA LEGALIDAD Y LAS ESTRUCTURAS POLITICAS CONTEMPORANEAS

I.—El Liberalismo.

La exposición precedente ha apuntado la aparición del régimen administrativo, señalando que en el estado liberal encuentra su primera expresión. El siguiente objetivo será discernir sobre las causas históricas que generan este tipo de estado, sus ingredientes normativos, incluyendo obviamente los jurídico-administrativos; aquellas que lo extinguen total o parcialmente, así como el destino de la normación administrativa en las situaciones post liberales.

Sería inexacto explicar el nacimiento del estado liberal sólo como el triunfo de la lucha contra la arbitrariedad prevaleciente en el estado-policía, ya que el término liberal comprende un modo de ser y apreciar la realidad que abarca la totalidad de la vida humana en un período histórico, y cuyos componentes son fundamentalmente consecuencia de una nueva estructura histórica consistente en una red de relaciones socio-económicas cuantitativamente más tupidas que en épocas pretéritas y cualitativamente distintas a las de la antigua sociedad estamental.

El supuesto económico de la estructura está representado por la implantación generalizada de la economía del mercado con su ley de la oferta y la demanda, esto es, la aparición del sistema económico capitalista que, en una primera fase comercial desplaza las organizaciones gremiales de los siglos XIV y XV con la formación de las grandes compañías coloniales. En una segunda fase el capitalismo, impulsado por el uso de las primeras máquinas de hilar, inventadas por Hargreaves y Arkwright, -- las de vapor, obra de Savery y Watt (1763), adquiere un carácter eminentemente industrial.

Ese gran movimiento que fue la revolución industrial, provoca importantes alteraciones en las relaciones de producción y cambio. Por lo pronto, el mercado de productos se amplía considerablemente. Esta circunstancia se traduce en un incentivo para la producción a gran escala que obliga a concentrar los procesos productivos en ciertas localidades que disponen de hierro y carbón. Los viejos talleres domésticos y las industrias rurales de tejidos comienzan a desaparecer; los pequeños fabri-

cantes de clavos, tejidos de lana, y sombreros, se convierten progresivamente en asalariados, en miembros subordinados a la nueva organización productiva: la fábrica.

El sistema fabril surge con la reunión de un número mucho mayor de trabajadores en un solo establecimiento, del que podrían haberse reunido en los tipos más primitivos de la disciplina industrial. Las ventajas que tal sistema ofrece en el nuevo contexto relacional son muy claras, ya que permiten un mejor control y supervisión del trabajo, la posibilidad de someterlo a una dura disciplina regulada en los códigos de trabajo de cada empresa (fijación de funciones, horarios, responsabilidades, sanciones). Mediante este procedimiento se garantiza la sumisión del trabajador. Las condiciones de trabajo se tornan inflexibles en relación al viejo sistema relativamente desorganizado y elástico de la producción doméstica (1).

Todos los factores anotados convergen para desarrollar la nueva estructura económica: la dilatación del mercado, la absorción del taller por el método de producción fabril, el maquinismo. La interacción del método y de las máquinas, de los factores económicos y técnicos era constante y recíproca (2).

Naturalmente que el moderno orden económico quebranta la disposición estamental de la vieja sociedad. Una nueva clase, que comienza a crecer por la revolución comercial que sigue al descubrimiento de América, se consolida al apropiarse del taller, las herramientas, las fuentes de energía y la materia prima: la burguesía.

De modo paralelo, y en situación subordinada aparece la clase trabajadora. La dinámica de su formación se infiere del esquema de las relaciones económicas planteadas y su lógica interna. La imposibilidad para el artesano de competir con una producción que requiere uso mayor de capital, le presiona inevitablemente a contratar con el industrial. No tiene otra opción; la venta en el mercado de su fuerza de trabajo en la creciente complejidad de la producción es un requerimiento para sobrevivir.

Así es como se perfila el supuesto sociológico del liberalismo, en un juego de interinfluencias socioeconómicas que delinorean una sociedad clasista de tipo capitalista.

Es lógico que la expansión de este sistema de vida demanda ausencia de trabas, de obstáculos que impidan su desarrollo. Esto explica los ideales libertarios de la burguesía que, por supuesto, estaban en conflicto con la monarquía absoluta y los elementos supervivientes de una organización social caracterizada por los privilegios de ciertos estratos.

El pensamiento de la época refleja el espíritu de las demandas y la exigencia de una total integración de los elementos sociales de conformidad a las ambiciones de la clase dominante.

La ciencia económica, por ejemplo, muestra su esencia burguesa con toda claridad, no obstante sus premisas racionalistas y aparentemente incuestionables. Al mecanismo económico se le atribuye una fundamental capacidad autorreguladora; las transacciones deben realizarse sin trabas en virtud de que toda regulación externa hace imposible el desarrollo sano de las fuerzas económicas. Naturalismo, armonía espontánea de intereses, garantía de orden intrínseco del proceso, integran el cuadro de principios de la economía liberal, de los cuales el apotegma de Laissez-faire es sólo una derivación.

En el terreno de la praxis política las revoluciones democrático-burguesas aspiran a conquistar las libertades para la clase detentadora del poder económico. Su triunfo importa el logro de tales aspiraciones y su fijación jurídico política en los textos constitucionales. En este sentido las constituciones son un conjunto de decisiones políticas en favor del estado burgués de derecho; la expresión normativa de la organización política que reclama el sistema capitalista para su desenvolvimiento. En ella se institucionaliza la libertad burguesa.

Ningún texto constitucional clásico es concebible sin la declaración de los derechos fundamentales del hombre que comprende el reconocimiento de libertades concretas de acción, conciencia, expresión, asociación, etc. Esta es su preocupación central; los otros principios fundamentales tienen un valor instrumental, esto es, son medios para garantizarlas, sobre todo la división de poderes, que es una idea correlativa a la libertad en sentido burgués. En efecto, la multiplicación de centros de decisión autoritaria, se pensaba, da lugar a un sistema de frenos recíprocos que, en última instancia, asegura el ejercicio de las libertades. Y lo mismo puede decirse de principios que sin ser esenciales, de acuerdo con la célebre declaración de 1789, equilibran la tensión libertad-poder como el federalismo.

Ahora bien, la cualidad burguesa de las libertades deriva de su connotación negativa, o sea, simple ausencia de restricciones, que se advierte en su enunciación normativa misma. Bastaría para comprobarlo acudir al preámbulo de la primera constitución burguesa que formula sus preceptos en la siguiente forma: La ley no tiene derecho a...; ningún hombre puede ser acusado de...; la ley no debe establecer más que...; nadie puede ser privado de...; etc. Sin embargo, el señalar dicho significado de la libertad no niega su carácter progresista para aquella época, aunque sí pone de manifiesto sus raíces profundas en la condición humana total que la genera. La libertad y sus manifestaciones concretas expresadas en los códigos políticos, son un producto histórico; consiguientemente las constituciones liberales, a pesar de su aparente fundamentación en verdades eternas, no son la declaración normativa de valores absolutos, sino, como afirma Lasalle (3), objetivación escrita de la organización política, expresión de factores reales de poder que recogen y extienden en una hoja de papel. En el mismo sentido Karl

Marx (4), refiriéndose a las instituciones políticas, sostiene que no pueden ser comprendidas por sí mismas, ni por la pretendida evolución del espíritu humano, sino por el contrario, hunden sus raíces en las condiciones materiales de existencia.

Por otra parte, aunque las constituciones no encarnen juicios de valor universal son factores de singular importancia ya que, por un lado, representan un paso definitivo en la integración del orden liberal y, por otro, encierran el programa liberal que, como se ha dicho, tiene un fundamento común, no obstante sus variantes estructurales en los distintos países y épocas: La libertad del sujeto económico individual para disponer de la propiedad privada y los medios de producción, además de su garantía jurídico-estatal.

Obviamente en las constituciones se delinea la postura del estado liberal, cuya teleología se circunscribe a proteger los miembros de la sociedad frente a la injusticia, a garantizar los postulados libertarios burgueses. El estado como mal necesario debe inmiscuirse lo menos en la vida social.

En el terreno de la acción administrativa, el estado se limita a implantar ciertas instituciones y servicios, cuyo establecimiento no ofrece ningún interés para los particulares. La administración, afirma Newman al respecto, no es agente de cambios sino concretización de las normas. (5).

No es difícil comprender el por qué de tal ajustamiento de la administración a la acción ejecutiva, si se toma en cuenta la mística de la ley que opera en el liberalismo. Los cambios sociales deben realizarse por medio de la legislación, porque es precisamente la generalidad de la ley lo que genera seguridad e igualdad en una sociedad competitiva (6). La ley, como acto emanado de la voluntad general es incontestable. En su origen y naturaleza intrínseca radica su superioridad. De ahí que le están reservadas las materias más importantes (reglamentación de los derechos fundamentales, gravámenes fiscales, etc.).

Corolario de lo anterior es que los actos procedentes de los otros poderes, se reduzcan a la ejecución de la ley; que inspiren desconfianza y sean vistos como una amenaza a las libertades.

Así pues, la administración del estado, abstencionista y ejecutiva, se encuentra sometida en forma rigurosa al principio de legalidad que tutela, ante todo, los derechos del individuo, en este caso en la esfera administrativa. De este modo, los reglamentos del ejecutivo se han de ceñir estrictamente a la ley; toda falta administrativa genera responsabilidad y en suma, todos los actos administrativos están controlados internamente por la jerarquía, o externamente por la intervención judicial.

El sentido de freno de la legalidad administrativa sufre, no obstante, una ligera modificación más tarde cuando el desarrollo histórico exige del estado una actividad más intensa de su admi-

nistración, ciertamente imprevista en los inicios del liberalismo, pero congruente con los ideales del sistema.

Los requerimientos históricos están determinados por el desarrollo técnico y económico de mediados del siglo XIX que producen hondas transformaciones en la vida social. La población, antes uniformemente distribuida se concentra en grandes masas en forma sorprendente, si se consultan comparativamente los censos de 1849 y 1896, lo que puede atribuirse principalmente al éxodo campesino (7). El crecimiento de las ciudades demanda resolver problemas urgentes, como la minimización de espacios vitales, creando dispositivos para dar satisfacción a las nuevas menestrosidades sociales y prestando a la comunidad eso que llama Forthopp la asistencia vital (8).

Ante tales fenómenos, sólo el estado puede asumir la responsabilidad de emprender una urbanización interminable, un desarrollo acelerado de servicios de transporte, alumbrado público, agua potable, etc. Así la administración se ve forzada a multiplicar sus controles de policía, gestionar directa o indirectamente, los nuevos servicios públicos, e inclusive, de manera excepcional, fomentar actividades privadas. Sin embargo, hasta ahora, la intervención administrativa no es fruto de un proyecto ideológico innovador, de un viraje en los fines de la administración, sino consecuencia de necesidades sociales inesperadas (9). El estado liberal no ha cuestionado sus principios, por el contrario, su fisonomía esencial se conserva. La compatibilidad entre *intervención* y liberalismo es lógicamente admisible.

La modificación en el contenido de la legalidad consiste en que la norma, aunque primariamente sigue tutelando los intereses del particular sirve ahora de vehículo a la acción administrativa frente a sus nuevas responsabilidades, las cuales dan lugar

II.—La Crisis del Liberalismo.

El contexto liberal en que se desarrolla la acción administrativa comienza, a principios de este siglo, a resquebrajarse seriamente. Su base económico-social confronta una crisis que causará un reventamiento de las superestructuras (política, derecho, etc.).

Por lo que se refiere al sistema económico, el desarrollo del capitalismo, a partir de 1850, alcanza una nueva fase como capitalismo financiero. Durante un período de pleno desenvolvimiento capitalista (1873-1895), aparecen signos desfavorables (competencia más viva alrededor de un mercado, restricción de la demanda, baja del beneficio, etc.), que hacen pensar en la fragilidad del sistema y sus esenciales contradicciones internas. Las crisis marcan un nuevo rumbo al capitalismo: Su conversión del capitalismo atomístico en capitalismo monopolítico de grandes unidades, en el cual el juego de la libre competencia está claramente falseado (10), y en el que la organización revela sus tendencias imperialistas.

En el aspecto social se destaca el rostro más cruel de la sociedad civil: El proletariado. Esta masa, enorme y creciente cada día, está de un modo peculiar dentro y fuera, a la vez, de la sociedad civil. Dentro, porque es imprescindible, pero no como sujeto, sino como objeto; como trabajo-mercancía: en este sentido, fuera. El fenómeno de proletarización resulta inevitable en un sistema en el que prevalece el *exclusivo afán de poder y el complejo neurótico*; pero también de vital importancia para el diagnóstico y el cambio social. Su inconformidad y sentimiento de desarraigo ponen de manifiesto la ineficacia y pobreza en los juicios del valor del capitalismo para resolver las necesidades humanas; la contradicción entre las formas ideales trazadas para la comunidad (soberanía popular, democracia), y la situación histórica que se derivó, pero sobre todo, su papel histórico que le convierte en un poderoso agente de transformación social.

Es en este momento en el que el método crítico impecable de Karl Marx cobra plena vigencia, al confrontar sistemáticamente la realidad con la razón. De esta manera, un sistema que parecía fincarse en el más firme sentido común, se desmorona cuando sus cimientos muestran su radical irracionalidad.

En tal coyuntura de reflexión crítica, no resulta la imagen prototípica del hombre creado por el liberalismo, esto es, el cuadro del ciudadano racional que ejerce su voto, conciente de sus intereses; ni la del representante que actúa obediente a los intereses que expresan las voliciones de sus representados en suma, *el ejemplo perfecto de lo que es un cuento de hadas*. Las constituciones revelan entonces, su verdadero carácter de transacciones históricas entre intereses opuestos, su falta de contenido en lo que se refiere a principios perdurables, su incapacidad para modificar el ambiente moral de la comunidad (11) y principalmente, el anacronismo de sus fines.

La teleología constitucional del siglo XIX es puramente negativa, congruente con una sociedad individualista y sus requerimientos de libertad e iniciativa; pero a esta altura de los tiempos que reclaman soluciones emergentes, resulta infuncional un aparato jurídico-político cuyo objeto no era gobernar sino frenar el gobierno, como sostiene Fraga y Iribarne (12). Tal vez ello nos explique la crisis en la división de poderes ante el crecimiento de las situaciones anormales como las delegaciones administrativas, los decretos-ley, las medidas de excepción; así como el clamor general de crisis que tan acertadamente describe el propio Fraga, aludiendo a las denuncias del crepúsculo de la ley (Goldsmidt), La Decadencia de la Libertad (Valery), la crisis del Estado (Del Vecho).

Frente a la crisis, el estado conserva su postura abstencionista, aunque modificada en parte mediante medidas proteccionistas, con miras a evitar desajustes posteriores.

La solución a tal decaimiento del mundo liberal no podía consistir en la simple aplicación de algunos paliativos. O se

llevaba a sus últimas consecuencias con cierto acento antitético (totalitarismo como el nazi); o bien, se negaba por medio de una radical transformación de sus bases (socialismo); o en última instancia, aceptaba correcciones profundas (liberalismo social o intervencionismo). Las distintas direcciones sociales de dirección iban a depender no de una elección teórica entre la antinomia autoridad-libertad, sino del desarrollo de ciertas contratendencias de las fuerzas capitalistas que extrangularían los intereses reales, esto es, revolucionarios del proletariado por medio de las legislaciones sociales que mejoran sus condiciones; de la situación histórica de cada comunidad, así como de opciones voluntaristas (poderosas individualidades).

De cualquier modo, estos desenlaces de la crisis afectan hondamente el sistema social y por tanto al estado y su administración. Del rumbo a tomar dependerán la estructura administrativa, sus fines y causas jurídicas (legalidad). En las relativamente nuevas realidades se encontrará la explicación de la supresión o supervivencia del régimen administrativo, que, hasta ahora domina la acción del estado en este terreno.

III.—Totalitarismo y Socialismo.

El fenómeno totalitario no es casual o gratuito; su aparición es, por el contrario, el resultado de toda aquella crisis, como lo ha sostenido Gutiérrez y Galán (13); la consecuencia emergente de la descomposición del estado burgués representa una respuesta a nivel ideológico superestructural. Así, el totalitarismo opone a la imagen del hombre burgués con sus pequeños y mezquinos ideales felicitarios, al espíritu de almacenero y comerciante, la mística del hombre heroico que aglutina ingredientes de la época vikinga, del renacimiento y del militarismo prusiano.

Marcuse (14), al ocuparse de los componentes ideológicos de los movimientos totalitarios, considera entre ellos dos principalmente: El universalismo y el naturalismo. El primero supone la idea de totalidad, o sea, la preeminencia del todo sobre sus miembros; el segundo, el principio de la unidad popular en base a vínculos de sangre y tierra. Un realismo heroico popular inspira los movimientos fascistas italiano, japonés, y particularmente, el régimen nacional-socialista alemán. Hitler, en efecto, pretende realizar la idea de totalidad representada en el pueblo como estructura orgánica anterior a toda diferenciación clasista, y con ello rehacer la unidad moral germana.

En el estado nazi se fusionan los grandes monopolios y la pequeña burguesía alemana para dar a la vida socio-económica un nuevo sentido político bajo la dirección del fuhrer que simboliza la imagen del hombre nuevo. Este sentido político se orienta a la dilatación del espacio vital del pueblo alemán, tal como lo exige la expansión pan-germanista. ¡Ni más ni menos que la vieja y bismarkianaidea del gran imperio germano, pero ahora

fortalecido por una arbitraria interpretación racista de las modernas teorías biológicas pseudocientíficas que proclamaban la superioridad aria y la baja naturaleza de los demás pueblos!

Estas observaciones muestran que tal régimen carece de postulados históricamente originales, salvo como diría Camus (15) las inmensas fuerzas que aplicaron sus hombres de gobierno para instaurar una mística al margen de toda moral. Por lo demás, los ideales de restauración y conquista pertenecen al pasado del pueblo alemán, pese a su aparente revolucionarismo singular. Después de todo, si los hombres hacen su historia, la hacen en condiciones heredadas del pasado. E incluso, cuando parece que están ocupados en crear algo completamente nuevo es precisamente cuando evocan con temor a los espíritus del pasado, copiando sus nombres, sus consignas, su estilo y costumbres, para aparecer en la nueva escena de la historia bajo un disfraz respetable y con el lenguaje prestado (16).

Se desprende fácilmente que el orden establecido para la realización de ese concepto de la vida humana, ha de ser monolítico y sostenido por una maquinaria burocrática que lo abarca todo a través del partido monopolizador. La existencia de esta élite política es un elemento esencial del régimen ya que, como depositario de la autoridad absoluta y la verdad oficial, difunde sus dogmas, controla las actividades y sincroniza las organizaciones sociales; es, en fin, el instrumento de la totalización social.

Dentro de este orden, el individuo, elemento efímero, se debilita y pierde significación. Lo importante es el todo. Las contravenciones individuales al régimen se transfiguran ideológicamente (17); se convierten en agresiones a los sacralizados intereses del pueblo. Consiguientemente, los infractores son considerados como enemigos y como tales, son herejes y deben ser convertidos mediante la predicación o la propaganda, o exterminados por la inquisición o la gestapo (18). Es ésta una cinica justificación de la purga y el terror policiaco.

El papel individual es básicamente receptivo. La cultura se transforma en propaganda, manipulación, embrutecimiento. Basta recordar como prueba los métodos de Goebbels y su utilización sistemática de la radio, los slogans, las grandes concentraciones masivas.

Sin embargo, como se afirmó ya, este sistema total-autoritario es antitético, respecto al liberal, sólo ideológicamente en virtud de que las relaciones de producción siguen siendo capitalistas. Claro está que el despreciable comerciante pasa a ser *el genial conductor de la economía*, pero es sólo cuestión de palabras. La verdad, es que la propiedad privada y la iniciativa particular, además de ser respetadas, son celosamente protegidas, porque en ellas se vio un instrumento para aprehender los intereses de la nación. Badia (19) observa, por ejemplo, que el III Reich no procede a la menor nacionalización o confiscación,

y que la llamada arianización simplemente significa un cambio de patrón, una sumisión de la economía y la propiedad a las direcciones políticas trazadas por el régimen, pero nunca una colectivización de los medios productivos. Más aún, la estabilidad y el desarrollo del capitalismo bajo el III Reich, son notables, según se desprende de las estadísticas y de las declaraciones satisfechas de los empresarios alemanes de aquella época.

Las consideraciones precedentes ponen en relieve los rasgos conservadores del régimen total-autoritario que a fin de cuentas, constituye la realización final del sistema liberal, o en otros términos, un poderoso intento de contiar, en beneficio de los intereses de cierto grupo, un estadio accidental del proceso liberal con todos los defectos.

Por otra parte, sería erróneo encuadrar en este marco referencial al llamado totalitarismo soviético. Sabemos que dicho régimen nace de una voluntad auténticamente revolucionaria. Es el primer ensayo para estructurar el orden social con los esquemas del socialismo científico.

La construcción de la nueva sociedad tropieza con múltiples dificultades. En principio, el supuesto básico de la revolución socialista, que es el pleno desarrollo de las fuerzas productivas capitalistas, no se presenta. La Rusia de principios de siglo se encuentra en una etapa feudal; el proletariado apenas representa una minoría. Es por eso que Lenin introduce en la teoría marxista al campesinado como agente de la estrategia revolucionaria.

Esta particularidad afecta a la realización del ideal socialista, en tanto que la inmadurez política del campesinado impide el logro de las bases democráticas del sistema.

Es difícilmente concebible que en tales condiciones pudiera ser eludida la construcción centralizada y burocrática del partido y la organización social que sucede a la gran revolución de Octubre. Además, a la inmadurez deben agregarse otros factores obstaculizantes entonces, como la gran guerra imperialista, los ataques virulentos de las potencias capitalistas, pero en especial el subdesarrollo. En relación a esto último Gorz (20), acertadamente señala que el autoritarismo y la burocracia no pueden ser evitados enteramente durante el período de construcción del socialismo en la escasez que sólo es posible cuando ciertas condiciones históricas se cumplen como una alta formación profesional y política de la clase obrera.

En esta línea de pensamiento, el stalinismo no es causa de un estado tiránico y totalitario, sino efecto de un sistema burocrático. Es más, el stalinismo fue una necesidad política provisional para crear las bases materiales del socialismo. Por desgracia esta etapa sacrificada en el desarrollo de la sociedad socialista no parece haber sido superada totalmente si se valoran los acontecimientos de 1968. En este sentido, el sistema soviético

representa un vuelta a la relación de exterioridad entre el trabajador y su estado, una nueva enajenación que tiende a ser, una nueva vez, al trabajador un objeto y no un sujeto de la historia (21). Sin embargo, el relativamente frustrado ensayo socialista soviético no invalida la lógica del socialismo científico. En todo caso, puede considerarse que en el terreno teórico el marxismo soviético, como lo ha observado Marcuse, ha pervertido el marxismo auténtico que ha dejado de ser un método crítico de acción revolucionaria para convertirse en ideología y esquema apologético; y que en el terreno de la praxis, por las circunstancias de su génesis, se ha desarrollado anormalmente. Después de todo, como afirma Rosaluxemburgo (22), los conceptos más elementales de la política socialista y el reconocimiento de sus presupuestos históricos inclinan a la hipótesis de que en condiciones tan fatales hasta el idealismo más gigantesco y la energía revolucionaria más inquebrantable, no habrían estado en condiciones de realizar la democracia y el socialismo, sino tan sólo los primeros rudimentos, impotentes y deformados de ambos.

En conclusión, el totalitarismo soviético no es, como en el caso del nacional-socialismo un ideal buscado por sí mismo sino un estadio en el proceso de socialización; una solución transitoria en una sociedad dominada por la contradicción entre la lógica de la acumulación —que es producir para la maximización de la utilidad— y la exigencia de la necesidad— que es trabajar para producir *un mundo y una vida más humanas*; entre el ideal de crear una sociedad, obra de hombres libremente asociados, actuando libre y concientemente, según palabras de Lenin y la resistencia de la situación histórica. Frente a estas contradicciones se siguió el camino inevitable de la represión, de la enajenación sin explotación. No obstante, tales circunstancias son superables. Ciertas bases están sentadas. Sólo hace falta para eliminarlas, liquidar las estructuras stalinianas que impiden o retrasan el renacimiento de la crítica marxista, y con ella, la humanización de la praxis soviética (23), el reencuentro con Marx y el auténtico comunismo que es, superación positiva de la propiedad privada como auto-extrañamiento; real apropiación de la esencia humana por y para el hombre; y por tanto, retorno conciente y logrado dentro de todo el desarrollo anterior, del hombre para sí mismo como hombre social (24).

Puede afirmarse que el socialismo conduce a la tiranía cuando los cambios se imponen por decretos y las decisiones se concentran en la alta jerarquía burocrática; pero sobre todo cuando se niegan las contradicciones internas y se amordaza la crítica. Es interesante observar el camino emprendido por Yugoslavia para forjar un socialismo sobre la base de un modelo distinto al soviético, participativo, de autogestión, a pesar de los obstáculos del subdesarrollo, la mentalidad burocrática y las comodidades del estilo de dirección staliniana, lo que viene a probar la posibilidad de una profunda identidad entre socialismo y de-

mocracia (una democracia, claro está dialécticamente superior a la burguesa, que se queda a las puertas de la empresa).

Como no es posible detenerse en estas cuestiones, ni profundizar en su análisis por no responder al propósito esencial de este trabajo, nos hemos reducido a esbozar las opciones sociohistóricas posteriores a la decadencia liberal, para preguntarnos ahora sobre el destino de la legalidad y el régimen administrativo en los sistemas total-autoritario y socialista.

Por lo que toca al III Reich, modelo del primero, puede decirse que desde sus primeros años, la transferencia del poder legislativo al gabinete y, más tarde, la facultad otorgada a los ministros en particular para crear normas legislativas, implican una inminente arbitrariedad. Por otra parte, el concepto de ley no se concibe como un vehículo de acción estatal y, concomitantemente, un instrumento de protección individual. Lo legal es simplemente lo útil y necesario a la *nación alemana*, por tanto, la ilegalidad radica en todo aquello que perjudique a sus intereses; lo que contravenga el sano sentimiento del pueblo. Hitler declaraba que, cuando la raza corre peligro de que la opriman, la cuestión de la legalidad no desempeña sino un papel secundario. En otro momento vociferaba: *Estoy dispuesto a firmarlo todo, a suscribirlo todo... En lo que me concierne, soy capaz, con toda buena fe, de firmar hoy tratados y romperlos mañana firmemente, si el porvenir del pueblo alemán está en juego.*

Esta orientación, que coloca los intereses del estado sobre la seguridad jurídico-normativa, muestra una notable similitud con el estado-policía. Los sacralizados fundamentos políticos de la arbitrariedad en la monarquía absoluta aparecen aquí bajo nuevos perfiles *religiosos*, con principios sofisticados que pervierten nociones de elevado contenido moral como el sentimiento jurídico popular.

La aplicación de tales directrices, axiológicamente falsas, acarrea, por ejemplo, la desaparición del principio *nulla poena, nullum crimen sine lege*, que domina el derecho punitivo moderno, abriendo amplias posibilidades a la arbitrariedad a través del principio de Analogía. Y si la legalidad se sacrifica en el ámbito más delicado de la norma jurídica, con mayor razón en el campo de las relaciones jurídico-administrativas. Las declaraciones de Stuckart, en su mensaje a la Academia Internacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, son sumamente indicativas al respecto. En esa ocasión, el vocero oficial del régimen nazi, afirmó que las leyes no eran más que una indicación dentro de los límites establecidos en el gran campo en el que la acción administrativa debe seguir su juicio libre, con el fin de permitir hacer plena justicia a los múltiples aspectos de la vida nacional.

En sistemas como el nazi, la administración no puede realizarse conforme a la ley en el sentido de estado de derecho, porque la legalidad es un valor sin importancia al lado de no-

ciones místicas como *interés nacional, grandeza germana, o nuevo orden*. Estos contravalores, en un contexto donde el todo fantasmagórico absorbe a las partes viva, importan la sustitución de la legalidad por *la razonabilidad y la alta rectitud*, que son, en última instancia, simples trucos del sistema para mantenerse y hacer frente a la resistencia organizada.

Concluyentemente, en los modelos totalitarios al régimen pierde su continuidad y sentido en virtud del desprecio a los derechos individuales alrededor de los cuales gira tal estructura jurídico-normativa.

Aún queda por resolverse una posible interrogante: ¿Cómo son compatibles la discrecionalidad en los asuntos administrativos; su falta de control por los órganos jurisdiccionales que, inclusive, llegan a ser reemplazados por tribunales especiales bajo el pretexto de estado de emergencia, con la propiedad privada, pero por razones de oportunismo.

La propiedad privada es aquí una gracia, una conveniencia, que se tutela y estimula en razón de los intereses político-económicos, nunca un derecho natural que demanda el reconocimiento de la organización política en el marco de la legalidad.

Así, cualquier interferencia en la órbita patrimonial del individuo carece de efectos jurídicos; no produce responsabilidades a cargo de la administración, ni permite al particular atacar el acto.

Por lo que respecta a los países socialistas, incluidos los provisionalmente totalitarios, la legalidad representa un valor fundamental, una ley objetiva de la vida social, pero tiene alcances distintos, dada la diferencia de estructura económica y social que presentan en relación al régimen liberal o los derivados de éste.

En los países socialistas, no obstante que las nociones interés y derecho adquieren un profundo sentido social, se reconocen formalmente los derechos fundamentales del hombre. En sus textos constitucionales se registran los derechos de la persona, su garantía procesal y por tanto, el principio de la legalidad. Así por ejemplo, la constitución yugoslava de 1946 consagra la libertad personal (Arts., 26, 28), la igualdad ante la ley (Art. 21), la libertad de conciencia (25); y al lado de los derechos los deberes ciudadanos. Posteriormente, la constitución de 1953 agrega derechos sociales como el auto gobierno del pueblo trabajador en su calidad de productor (Art. 4).

Los derechos, empero, tienen una connotación distinta, ya que no implican el antagonismo entre libertad y estado, entre individuo y sociedad. En las comunidades socialistas, el estado es apenas un protector transitorio de los derechos, una institución que dejará de ser paulatinamente. La libertad por otra parte, tiene un sentido de liberación de presiones de las leyes eco-

nómicas, de la indiferencia y el egoísmo sociales, así como de la indignancia y todas las formas de trabajo forzado (25).

Hasta aquí, la legalidad socialista presenta dos diferencias con la legalidad burguesa: La significación comunitaria de los derechos y la concepción del estado como estructura accidental; pero para configurar plenamente la legalidad en cuestión, es imprescindible añadir el principio de parcialidad partidista, que se manifiesta en la ingerencia que tiene el partido en la interpretación de la ley.

Las directrices del partido, que en última instancia representa el sentimiento jurídico de los trabajadores influyen en el sentido de aplicación de las normas. Esto es posible porque la dictadura del proletariado se caracteriza por el hecho de que el partido está por encima del estado.

Puede parecer extraña y absurda la coexistencia de la legalidad y el partidismo. Arón, por ejemplo, no cree en esta factibilidad cuando afirma que no es posible que se dé, en los estados partidarios, eso que constituye la esencia de la democracia de partidos múltiples, y que es la moderación del respeto de la legalidad (26). Sobre esto hay que anotar que Arón como otros pensadores burgueses, parte del supuesto falso de que la organización política basada en el pluripartidismo es ideológicamente laica y por consiguiente la mejor garantía de la legalidad.

Puede también objetarse en contra de una legalidad que incluye el partidismo, argumentando que constituciones como la soviética son objeto de violaciones, más que de observancia; que son frecuentísimas las contravenciones a la legalidad (arrestos ilegales, exilios, torturas), pero esta dialéctica dista mucho de ser definitiva en contra de la legalidad socialista y en pro de la democrático-burguesa. Es incuestionable que cuando los estados socialistas se *stalinizan*, se multiplican las transgresiones al orden jurídico por parte de las autoridades, la norma se debilita como es el caso de las vías administrativas de apelación y queja que son en la URSS medios jurídicos de impugnación efectivos mientras no haya de por medio causas políticas. Sin embargo, nadie puede negar que en una situación muy semejante se encuentra la persona en el marco de una supuesta organización democrática que presenta variantes próximas a la autocracia, por la hegemonía aplastante de un partido, el desequilibrio de los poderes (en nuestro caso derivado del carisma presidencial), la debilidad de la autonomía judicial, etc.

Sobre este problema es pertinente distinguir el status legal y el status político, es decir, la norma como tal y las fuerzas políticas subyacentes, de las que depende su positividad. El orden normativo puede ser fáctico en un estado unipartidista cuando la estructura interna del partido único es auténticamente democrática, esto es, si sus miembros participan efectivamente y expresan sus críticas y discrepancias. O bien puede acontecer

que la norma jurídica sea objetivación muerta en una comunidad política que, aunque formalmente se base en el pluripartidismo, esté a expensas de una élite monopolizadora.

Las aclaraciones que preceden nos conducen a admitir que, al menos teóricamente, la legalidad y el principio partidista no están en contradicción, sino que ambos forman una unidad dialéctica, pues aplicar la ley en un sentido determinado equivale, como indica Cuadra (27), a aplicarla en forma que coincide con el criterio de la mayoría de los trabajadores.

Finalmente, otra de las cualidades distintivas de la legalidad socialista es su control popular que hace depender el respeto a la ley tanto de los órganos estatales, como de las instituciones y organizaciones no estatales. El ejemplo más sobresaliente es el del Comité de Control del Partido y del Estado. Este organismo, a partir de 1962, opera como mecanismo de control de la legalidad y la eficacia administrativas; se integra con comités locales organizados jerárquicamente en los que figuran representantes de sindicatos, campesinos, intelectuales, periodistas, etc. Los comités pueden promover investigaciones sobre la actividad de los órganos del partido y del estado; ordenar que se subsanen defectos, revoquen órdenes; imponer medidas disciplinarias, etc. Así, el pueblo, representativamente organizado, vigila el cumplimiento de las normas y aplica correctivos en casos de ilegalidad.

Los rasgos tan peculiares de la legalidad socialista que hemos apuntado entrañan lógicamente una solución de continuidad del régimen administrativo liberal. Es cierto que, como afirma Alexandrov (28), el derecho administrativo en la URRS regula las relaciones de los órganos del estado, entre estos y los ciudadanos, y determina los derechos y deberes de estos, así como la organización, atribuciones y responsabilidad de los órganos ejecutivos y administrativos del estado, lo que viene a significar el mismo propósito que el derecho administrativo liberal; sin embargo, los perfiles anotados que distinguen la legalidad socialista tanto en forma como en los contenidos de valor que protege, la convierten en un fenómeno cualitativamente distinto, directamente protector del sistema político social, más que de los derechos individuales.

Sólo puede afirmarse, para concluir, que ni en los estados totalitarios, ni en los socialistas, en los cuales, claro está, la administración despliega una vasta actividad, sobrevive el régimen administrativo, cuya génesis se plantea en el capítulo anterior. La razón fundamental de esto estriba en que, en un primer caso, la concepción ideológica choca con un aparato jurídico que limita la acción administrativa y que, en el segundo, las diferencias de estructura económico social originan una estructura normativa diversa también, consecuente con sus premisas.

Las anteriores explicaciones suponen, a contrario sensu, que si subsisten las bases económico sociales e ideológicas, aunque

parcialmente alteradas, el régimen administrativo permanece vigente. De esta manera el multicitado régimen persiste en una organización socio-política y económica cuyos cuadros liberales se reajustan y corrigen, y que aspira a encontrar sus fundamentos de valor en un supuesto equilibrio entre el individuo y la sociedad, entre libertad y planificación; entre propiedad privada y justicia social. A esta opción se le ha dado en llamar liberalismo social o intervencionismo.

IV.—Intervencionismo.

La noción intervencionismo no deja de ser ambigua. En un sentido amplio, alude a cualquier intervención del estado en la vida social; en un sentido estricto, que es el que nos interesa, se refiere a una tendencia de rectificación y ajuste de la sociedad liberal a partir de la primera Gran Guerra y el desquiciamiento de la economía capitalista.

De estos acontecimientos se deriva el intervencionismo que, más que una respuesta racional, es un remedio empírico para salvar a una sociedad incapaz de una ordenación autónoma realizada por su propio esfuerzo. Precisamente es la incapacidad de autoregulación la que reivindica al estado. Este, que había sido considerado como un mal necesario pasa a ser, por su condición de marco fundamental de poder, la fuerza que debe volver al orden la economía. Su ingerencia en la vida de la comunidad constituye un factor indispensable para la reorganización. La ampliación de sus funciones, opina Keynes, es, en este orden de ideas, el único medio para salvar de la destrucción a las actuales estructuras económicas (29).

El fenómeno intervencionista se va configurando con una serie de medidas y correctivos procedentes del poder estatal. Es pertinente observar que en cada país la intensidad y la forma de aplicación de las medidas son variables, pero no obstante esto la tendencia presenta rasgos comunes. H. Jones sintetiza las características del intervencionismo reduciéndolas a un reforzamiento de la regulación estatal en la empresa privada; prestación directa de servicios estatales a los individuos que integran la comunidad nacional; y por último, un aumento del volumen de propiedad estatal (30). Dichos rasgos definen los objetivos generales del intervencionismo retener la propiedad privada de los medios de producción, el empresariado y el cambio, pero impidiendo que las instituciones capitalistas propaguen la anarquía.

Las medidas aplicadas para tal efecto pueden ser las siguientes:

A).—En el aspecto social (mayor seguridad y bienestar).

1).—Regulación de la propiedad que se traduce en la imposición de modalidades, nacionalización del subsuelo, ampliación de las causas para expropiar.

2).—Regulación de las relaciones obrero patronales estableciendo las condiciones para la jornada de trabajo, niveles mínimos de salarios, etc.

3).—Seguridad social que comprende subsidios de paro (Welfare state), pensiones por incapacidad, asistencia médica.

4).—Otras tareas de servicio como la construcción de viviendas, incremento de la enseñanza, etc.

B).—Aspecto Económico (Presiones sobre la Economía).

1).—Control de precios y cambio disponiendo tasas máximas para evitar la acumulación de capitales, controlando la exportación y la importación.

2).—Reformas fiscales que abarcan la introducción del principio de progresividad en los tributos, el establecimiento de gravámenes con fines extrafiscales y otras innovaciones.

3).—Inversiones del sector público en el campo productivo (empresa pública), previa nacionalización; o bien creando ex novo unidades empresariales como capitalista único o asociado con particulares.

4).—Distribución del gasto público tendiente a estabilizar, indirectamente, con un mayor volumen de recursos, el proceso económico.

El cuadro de medidas descrito, sin pretender ser exhaustivo, indica la importancia de los cambios que, sin embargo, no llegan a ser suficientes para considerar el intervencionismo como una tercera solución entre capitalismo y socialismo, que evita las inconveniencias de ambos, conservando sus ventajas. Esta última apreciación es engañosa y constituye una elaboración posterior al desarrollo de la tendencia. En efecto, sus apologistas, idealizando, alterando la realidad, afirman que las relaciones capitalistas han cambiado; que el estado ha salido en defensa de los que se encuentran en peor situación económica; y que al ayudar a los pobres y no a los ricos, al suprimir las lacras del capitalismo, se transforma en estado de Bienestar o Prosperidad General (31). Ahora bien, concebirlo como un sistema ideal que equilibra intereses y valores equivale a olvidar sus motivos liberales y su naturaleza pragmática. El intervencionismo, repetimos, no es un sistema, un modelo de organización social preconcebido, es, en todo caso un liberalismo corregido bajo la presión de las tendencias históricas, aunque ciertamente representa un progreso al atemperar la desigualdad, pero también garantiza, no se sabe por cuánto tiempo, la supervivencia del capitalismo. Es algo, o mucho menos que la realización de un humanismo personalista como se ha querido ver.

Dejando a un lado los juicios de valor, nos atañe hacer hincapié en aquello que implica la relativamente nueva fisonomía del estado, esto es, en el papel activo de primordial importancia

que representa, principalmente en el campo de la acción administrativa. La idea de administrar se transforma esencialmente; ya no equivale a ejecutar la ley sino a conformar el orden social.

En el contexto intervencionista no se debilita la idea de legalidad. La administración actúa sujeta a la norma jurídica, entendida de acuerdo a los cánones tradicionales. Es verdad que el fenómeno del crecimiento de la actividad administrativa como afirma González Pérez (32), no sólo en el sentido de aumentar el ámbito social objeto de la misma, sino en el de intensificar los grados de intervención, es en proporciones tales que el derecho clásico no podía concebir, pero también es cierto que el régimen administrativo, después de una crisis y una posterior reestructuración, sobrevive gracias a la flexibilidad de sus principios, ya mencionados en el capítulo precedente.

Así pues, el régimen que surge en el estado liberal encuentra en el intervencionismo su continuidad, porque subsiste, aunque corregidos, los valores liberales. Variarán, naturalmente, sus esquemas institucionales de acuerdo a los nuevos fines de la administración pero conservando su esencia protectora de los derechos fundamentales y su carácter de directriz normativa de las atribuciones estatales en materia administrativa.

Con estas reflexiones, puede quedar concluido el segundo propósito del trabajo, el de encontrar el hilo conductor del régimen administrativo desde su aparición hasta nuestros días, para esbozar enseguida los esquemas del régimen en cuanto a la acción en sus dos etapas fundamentales: liberalismo e intervencionismo, y sus diferencias en razón de los fines de la administración y los medios utilizados de conformidad con aquellos.

NOTAS :

- (1) Ver Barnes H. E., *La aparición de la fábrica, Lecturas universitarias*, México, 1971, vol. X.
- (2) Bronowsky y Mazlish, *La Revolución Industrial, Lecturas universitarias*, Méx., 1971, vol. X, pág. 182.
- (3) Lasalle F., *¿Qué es la Constitución?* Madrid, 1931, págs. 65-66.
- (4) Marx K., Prefacio a la *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, ed. Sociales, Méx., pág. 4.
- (5) Newman F., *El Estado Democrático y el Estado Autocrático*, edit. Paidós, Buenos Aires, 1957, pág. 134.
- (6) Newman F., *Op. cit.*, pág. 163.
- (7) Vaarios Autores, *Historia General de las Civilizaciones*, vol. VI, pág. 229.
- (8) Forthoff E., *Administración Pública y Sociedad Industrial*, Madrid 1953, pág. 43.
- (9) Ver Garrido Falla, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1963, tomo I.
- (10) Baena del Alcázar M., *El Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, edit., Tecnos, Madrid, 1966, pág. 13.
- (11) Hand citado por Wyzanski Ch. E., *Reflexiones de un Juez*, edit. Trillas, Méx. 1967, pág. 111.
- (12) Fraga Iribarne M., *La Crisis del Estado*, Edit. Aguilar, Madrid, 1958, pág. 63.
- (13) Gutiérrez y Galán E., *Estudio Preliminar a la Teoría del Edo.*, de Del Vecchio, Barcelona, 1956, pág. 47.
- (14) Ver Marcuse H., *La Sociedad Opresora*, edit. Nuestro Tiempo, Caracas, 1970.
- (15) Camus A., *El Hombre Rebelde*, edit. Paidós, Buenos Aires, pág. 273.
- (16) Marx Karl, *dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, edit. Ariel, Barcelona, pág. 173.
- (17) Arón, R., *Democracia y Totalitarismo*, edic. Seix Barral, Barcelona, 1958, pág. 238.
- (18) Camus A., *Op. cit.*, pág. 272.
- (19) Badia G., *Introducción a la Ideología Nacionalsocialista*, edit. Ayuso, Madrid, 1971, pág. 15.
- (20) Gorz A., *El Socialismo Difícil*, edit. Siglo XXI, Méx., 1967, pág. 136.
- (21) Garaudy R. *¿Se puede ser Comunista Hoy?*, edit. Grijalvo, Méx., 1970, pág. 110.
- (22) Luxemburgo R., *Crítica de la Revolución Rusa*, edit. Rosa Blindada, Buenos Aires, 1969, pág. 74.
- (23) Gorz A., *Historia y Enajenación*, edit. Fondo de Cultura Económica, Méx., 1969, pág. 227.
- (24) Marx K., *Manuscritos Filosóficos y Económicos, de 1844*, edit. Alianza, Madrid, 1969, pág. 143.
- (25) Djorkjevich J., *Yugoslavia Democracia Socialista*, edit. Fondo de Cultura Económica, Méx. 1961, pág. 108.
- (26) Arón, R., *Op. cit.* pág. 69.
- (27) Cuadra H., *La Proyección Internacional de los Derechos Humanos*, edit. UNAM, Méx., 1970, pág. 118.
- (28) Alexandrov y Otros, *Teoría del Estado y el Derecho*, edit. Grijalvo, Méx., 1962, pág. 352.
- (29) Keynes, *Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero*, edit. Fondo de Cultura Económica, Méx., pág. 220.
- (30) Jones H., *The Rule of Law and the Welfare Setate*, Columbia, Law Review, 1958, Núm. 2.
- (31) Alexandrov y Otros, *Op., cit.*, pág. 368.
- (32) González Pérez J., *Administración Pública y Libertad*, edit., UNAM, Méx. 1971, pág. 21.

CAPITULO IV

ESQUEMA DE LA ACCION ADMINISTRATIVA LIBERAL.

1).—Los Fines

El planteamiento de los fines del estado liberal permite derivar los horizontes de la acción administrativa bajo tal sistema, la cual, como se ha indicado se contrae a conservar el orden de las libetrades y a suplir la acción de los particulares cuando ésta falle, lo que equivale a considerar que en esas condiciones sólo se despliega con carácter excepcional, cuando lo exige, según el criterio liberal, el interés público.

La noción interés público, polémica en verdad, es entendida por filósofos liberales como Bentham como la suma de los intereses de los diversos miembros de la comunidad, o como Bandenheimer, como una idea que tiende al establecimiento de condiciones sociales en las cuales los individuos son capaces de cimentar, gracias a la laboriosidad y el trabajo, una vida en consonancia con la dignidad del ser humano (1). En ambas opiniones, representativas por cierto, la noción se formula ambiguamente. En la primera, se destaca la actitud poco realista de quien no admite intereses antagónicos en la comunidad política, pasando por alto desconcertantes y contradictorios elementos subyacentes en la estructura psicológica y social; en la segunda, se proclama simplemente una aspiración que puede ser alcanzada por los más opuestos caminos. Y es que en estas concepciones, como en la mayoría de los que abordan esta cuestión se descubre una formulación abstracta que de ningún modo logra capturar el contenido concreto del concepto que, en nuestra opinión sólo puede plantearse en un marco referencial determinado, so pena de caer en conceptualizaciones formales.

En el mundo liberal concretamente, el perfil del concepto puede trazarse en los siguientes términos. En principio, prevalece la convicción de la primacía del interés individual, cuya satisfacción trae automáticamente la de los colectivos. La incapacidad del individuo para satisfacer su propio interés obliga al aparato coactivo del estado a intervenir para llenar los vacíos dejados por la acción individual. Lo público se delinea entonces, como excepción; las tareas del estado como promotor del bienestar son supletorias. Por tanto, el interés público protegido por la entidad estatal, adquiere una magnitud estrecha por su carácter residual.

No obstante el pobre concepto de interés público como meta de acción estatal, y particularmente administrativa, es el fundamento y principio explicativo de otra noción central alrededor de la cual gira esta última y el régimen a que da lugar: el servicio público.

Su sola enunciación evoca uno de los conceptos más importantes del derecho administrativo, *el Alfa y el Omega* del régimen administrativo liberal; pero también plantea el serio problema de precisar sus contornos. La importancia del concepto está en proporción a la dificultad de su estudio, en virtud de la multiplicidad de enfoques, métodos y perspectivas de análisis que lo tornan desconcertantemente escurridizo. Como quiera que sea abordarlo es indispensable para este trabajo.

Comenzaremos por señalar que el concepto tiene dos connotaciones básicas, una amplia y otra más estricta. Como típica concepción de su acepción dilatada cabe mencionar, en primer lugar a Diguít, que considera el concepto como el centro de gravedad del derecho público y sustituto del de soberanía.

En la teoría de Diguít, el servicio público se define como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada sin la intervención de la fuerza gubernamental (2).

Dentro de la misma línea conceptual Rolland lo concibe como una empresa que bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a la satisfacción de las necesidades colectivas.

Tanto en la apreciación rollandiana como en Diguít, la noción es tan amplia que abarca, o puede abarcar las actividades legislativa y jurisdiccional, al no especificarse los matices y caracteres de dicha actividad y, por ende, resulta imposible determinar en ellas la naturaleza administrativa del servicio público.

Con una orientación más precisa, otros teóricos lo circunscriben a una dimensión administrativa; pero aún dentro de esta dirección doctrinal aparecen dos criterios: el de carácter funcional que entiende el servicio público como la actividad de la administración pública, o de los administrados, que tienda a satisfacer necesidades o interés de carácter general, cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividad de los administrados, requiera control de la autoridad estatal (3). El otro criterio le imprime al concepto una orientación orgánica, fijando como uno de los elementos esenciales el sujeto. El elemento subjetivo es condición sin la cual no puede concebirse la idea. Este elemento es la administración, que gestiona, en forma directa o indirecta a través de un concesionario que es, en cierto aspecto, un órgano del estado, la actividad de servicio. En tales opiniones la noción entraña dos elementos: uno, el objeto, o sea, la actividad en sí, que es en la teoría funcional el único aspecto tomado en cuenta, inde-

pendientemente del sujeto de la acción; dos, el subjetivo, esto es, el órgano administrativo como gestor.

Si bien es cierto que ambas orientaciones administrativas sobre el concepto tienen razón, cada una en su perspectiva histórica, sólo la teoría orgánica es a nuestro juicio, fiel al sentido que en el estado intervencionista, tiene el servicio público.

Se ha dicho que la acción administrativa en este período es excepcional; que el interés público o necesidad colectiva es una finalidad del ente estatal y fundamento del servicio público como actividad administrativa. Pues bien, en este orden de ideas el elemento orgánico es esencial ya que la administración tiene la totalidad del servicio. Es verdad que puede optar por acometer directamente la tarea, o escoger el procedimiento concesional, pero en todo caso conserva la titularidad; y por tanto, el hecho de que un particular ejecute el servicio no significa, como algunos sostienen, una crisis en la noción servicio público toda vez que no se pierde el elemento orgánico que aquí se da en sentido de titularidad, más que de acción directa de los órganos administrativos.

Para redondear la idea del servicio público no basta la enunciación de sus elementos objetivo y subjetivo, sino hay que agregar los principios que de la idea se derivan, eso que Rolland llamaba leyes fundamentales del servicio: continuidad e igualdad.

A).—Continuidad.

Esta cualidad significa que la actividad no puede ser interrumpida, lo que representa una garantía de eficacia en el funcionamiento del servicio. Para el aseguramiento de la continuidad se establecen dispositivos como la exclusión del derecho de huelga de los servidores públicos, la teoría de la imprevisión que resuelve los casos de trastorno económico en los servicios manejados por concesionarios, etc.

B).—Igualdad.

Este principio se traduce en la posibilidad para todos los ciudadanos de exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones. La igualdad que rige los servicios es corolario de ciertos principios más generales que postulan la igualdad ante la ley en sus dos aspectos, cargas y prerrogativas. Una aplicación concreta de esta ley de servicio que algunos como Bielsa llaman uniformidad es la regla de que la tarifa del servicio debe ser una para cada clase y categoría; y que aún cuando las empresas (concesionarias) pueden reducir los precios, sólo lo harán en condiciones que no alteren el principio (4).

Algunos tratadistas añaden a los anteriores principios que son fundamentales, otros como la adaptación, que exige una

constante adecuación del servicio a los cambios tecnológicos (5); o la baratura que, sobre la base de que el servicio no responde al lucro de la actividad comercial, impide las ganancias excesivas (6).

Los elementos y principios anotados se aplican a todo servicio público, cualquiera sea la naturaleza de la utilidad que reporte (*uti singuli* o *uti universi*).

Ahora bien, esta óptica de análisis del servicio público que lo contempla como una actividad, estatal genérica (Diguít, Rolland), o específicamente administrativa, es la más común. Sin embargo, puede ser enfocado el concepto desde otro punto de vista, y apreciarlo como la finalidad primordial del actuar administrativo en el estado-gendarme. Esta orientación teleológica de la idea de servicio público subyace en todas las concepciones estudiadas, tanto en aquellas que presentan una dilatación nociónal, como en las que predomina el criterio funcionalista o en las que consideramos las más cercanas al sentido próximo. Todas las diferencias son reductibles en razón de su espíritu común, que pretende buscar en la idea la *fórmula mágica* para encontrar la causa final de la acción administrativa liberal.

La connotación de fin de la acción administrativa que descubrimos en la idea de servicio público es la que pretendemos desarrollar para enlazar el esquema de la actividad administrativa sobre la base de la relación (fin o fines y medios). Tal apreciación, congruente con la teoría que hemos aceptado se funda en dos hechos: su origen jurisprudencial y la subordinación de instituciones jurídico administrativas al concepto servicio público.

A).—Origen Jurisprudencial.

La noción de servicio público como casi todo el Derecho Administrativo, en cuento a sus principios, antes que legislación, es jurisprudencia, esto es, un conjunto de principios procedentes de una jurisdicción especial que se desarrolla en el seno de la administración, a modo de justicia retenida, como una *conciencia interna*; y que más tarde por disposición de la ley francesa del 24 de Mayo de 1872, se le concede la justicia delegada, adquiriendo entonces el carácter de verdadera jurisdicción. A partir de la vigencia de esa ley, los tribunales administrativos franceses, principalmente el Consejo de Estado, contribuyen de manera especial al desarrollo de los principios del régimen administrativo.

Entre sus aportaciones más importantes cuenta precisamente el desarrollo de la doctrina del servicio público expuesta en sonadas resoluciones del *Conceil d'etat*. En el año 1873 a propósito de un conflicto de competencia, el Consejo consideró que la administración no era justiciable por los tribunales del orden común, en tanto el poder público fuere a asegurar la marcha

de los diversos servicios públicos, salvo que una ley excepcionalísima lo haya sometido al poder judicial (Caso Blanco). En esta resolución, a pesar de que no se aspira sino a delimitar el ámbito competencial entre los tribunales administrativos y los del orden común sobre la base del concepto servicio público como regla general, comienza a delinearse la importancia de la idea. Es cierto que, como lo sostiene Fiorini (6), al analizar comparativamente esta resolución y las posteriores sobre los casos Terrier (1903) y Society de Granit (1912), se advierte una falta de integridad conceptual, pero también se destaca una idea implícita común, consistente en un tratamiento especial (Derecho Público) para la acción que tuviese como fin el servicio público. Por encima de toda ambigüedad e indeterminación, el servicio público encierra una noción riquísima que explica la meta fundamental del actuar administrativo.

B).—Subordinación de Otros Conceptos al Servicio Público.

Conceptos como el dominio público, el contrato administrativo, e inclusive el poder de policía se encuentran subordinados a esa idea.

Cuando la administración, en el contexto liberal claro está, realiza un acto contractual con los particulares, adquiere éste naturaleza administrativa cuando la finalidad sea el servicio público, su buena marcha o eficaz funcionamiento. De la misma manera cierta categoría de bienes públicos se sujeta a reglas especiales, y obviamente distintas de las del derecho común, cuando se afectan a un fin de servicio público. También en el concepto de poder de policía se encuentra esta relación subordinada a la idea de servicio, en cuanto se utiliza para mantener la disciplina y el buen orden de los servicios.

En éste como en los anteriores casos, el principio explicativo y final es la idea en cuestión. Esta apreciación nuestra ha sido apuntada ya por Santi Romano, que considera que el servicio público, más que una figura jurídica, expresa el concepto de bienes sociales de los entes administrativos. Nosotros no estamos de acuerdo en la desjuridización, sobre todo analizado el concepto como actividad, perspectiva de análisis ya estudiado. Sólo deseamos aquí hacer hincapié en que hacia la prestación de servicios se dirige fundamentalmente la acción de la administración pública liberal.

Cuando afirmamos que el servicio público es la finalidad fundamental, no queremos significar con ello que es la única. La administración liberal tiene a su cargo otros valores de interés público como son la seguridad, la moralidad y la salubridad públicas. Dichos valores no se protegen mediante la prestación de servicios, sino con la imposición de restricciones a los derechos individuales, consistentes en someter la acción de los individuos a autorizaciones o prohibiciones que la limitan desde

el exterior, sin tocar a su carácter estrictamente privado. A esto se le llama policía.

El abordamiento, aunque tangencial, de este concepto, obliga a ciertas aclaraciones en relación a su identificación con el *poder de policía*. Esta idea sirvió para fundar la limitación de los derechos individuales y se encuentra ligada al derecho natural; es un poder de origen jusnaturalista que no corresponde a un órgano sino al estado, como centro de mando. Es por eso que carece de utilidad en el marco en que nos movemos, ya que no es necesario acudir al derecho natural para fundar la limitación de la esfera privada, bastando para ello los principios contenidos en la ley fundamental.

Esclarecida esta cuestión que generalmente se presta a confusiones, puede pensarse que la idea de policía comprende una actividad que reside en un conjunto de medidas coactivas arbitradas por el derecho y tendientes a ajustar al particular a criterios de utilidad pública; tiene una función equilibradora entre el bien individual y el colectivo, principalmente cuando éste es perturbado. La policía es por otra parte, una actividad de la administración, en cuanto ésta reglamente y ejecuta las medidas.

La policía, vista como fin de la actividad administrativa, no es fundamental, al menos en el sentido dinámico, ya que tiene un significado restrictivo y prohibitivo, mientras que el servicio encierra esencialmente la idea de obligaciones de hacer, movimiento, actividad en el sentido más estricto.

En conclusión, el servicio público constituye el horizonte más relevante de la administración liberal. Primero, en un ámbito reducido que abarca la policía de seguridad, drenajes, bibliotecas públicas; y más tarde, se amplía al transporte, la energía eléctrica, el gas, etc.

Queremos dejar sentado que en el marco del liberalismo, el servicio público tiene contornos definidos, determinados por el principio de la excepcionalidad y desarrollado bajo las leyes de continuidad e igualdad; que dentro de tal modelo de organización da lugar al establecimiento de normas especiales, exorbitantes del derecho común; que concebido como finalidad, requiere dispositivos en armonía con la misma.

Es lógico pensar que, a la crisis del estado liberal, el servicio público, pilar del derecho administrativo, es puesto en cuestión, particularmente con el surgimiento de servicios gestionados con técnicas jurídico privadas, o bien realizados previa simple autorización; pero durante la vigencia del mundo liberal, la riqueza significativa del concepto es indiscutible.

II.—Los Medios.

La acción administrativa con fines de servicio público, por los principios a que está sujeta y que se derivan del interés

tutelado, requiere de medios jurídicos ad hoc, esto es, de un conjunto de reglas jurídicas adecuadas, un régimen normativo que no puede estar inspirado sino en una ideología juspublicista. Esta normación a la que hemos aludido, es el régimen administrativo, o también llamado *régimen exorbitante del derecho común*, en virtud de que la administración, al realizar actos análogos a los de los particulares, rompe los moldes del tradicional derecho civil. De este modo, se traba una íntima correlación entre servicio público (fin) y régimen exorbitante (medio). La vinculación entre ambos se extiende a múltiples instituciones jurídico-administrativas, entre las que figuran las ya mencionadas, como el contrato administrativo, el régimen patrimonial del estado, el derecho de la función pública, la jurisdicción administrativa, etc. Aquí nos ocuparemos de las más importantes en un ensayo de comprobar la correlatividad planteada.

A).—Los Contratos Administrativos.

La posibilidad de existencia de los actos contractuales por parte de la administración depende de dos factores condicionantes: subjetivo y objetivo. El factor subjetivo responde a la pregunta de si la administración está habilitada como persona jurídica para celebrar contratos. La solución no se hace esperar si reconocemos ya no la doble personalidad del estado, sino la duplicidad de situaciones en que se manifiesta el poder público en relación a los particulares, esto es, el mandato unilateral y las decisiones despojadas de imperium. El factor objetivo atiende a la consideración de si el acto realizado tiene verdadera naturaleza contractual. Sobre este punto nos inclinamos a pensar que, pese a las razones expuestas por la teoría negativa alemana, la administración celebra auténticas operaciones contractuales, ya que ni la situación privilegiada de la administración, ni la supuesta falta de autonomía del particular contratante, desnaturalizan el acto, cuyas dimensiones contractuales derivan del hecho de que la administración hace emanar sus derechos y obligaciones de un acuerdo con el particular que acepta lo que aquella ha fijado.

Sentadas las premisas relativas a las posibilidades contractuales, queda por resolver cuándo los contratos celebrados por ésta, adquieren naturaleza administrativa. Consideramos que es aquí donde entra en juego la multicitada noción de servicio público, ya que el factor determinante para fijar la naturaleza civil o administrativa del acto es la finalidad; y cuál podría ser esa finalidad sino el servicio público. En este sentido, la doctrina clásica francesa encabezada por Jeze explica los contratos administrativos en función del concepto mencionado. Este criterio no sólo se maneja a nivel especulativo y doctrinal sino que domina en la jurisprudencia francesa hasta 1956, y trasciende a la doctrina y jurisprudencia extranjeras, como la argentina (7).

Aún en los países regidos por el sistema del Rule of Law como los Estados Unidos se llega a reconocer el contrato de go-

bierno (contrato administrativo), como una categoría diferente de los contratos privados y con una fundamentación análoga a la continental europea. Así, Friedman (8), afirma que estos contratos están dominados, en realidad, por los principios del servicio público, de los que surge el concepto de la relación entre autoridad y contratista como una relación de colaboración. En suma, los contratos administrativos como los de concesión de servicio, obra pública, o de suministro son considerados como tales en cuanto la finalidad que se persigue es el servicio público.

Ahora bien ¿cuáles son las características de este contrato? Se trata de un conjunto de prerrogativas, inspiradas todas ellas en la finalidad de la acción administrativa (9). Las prerrogativas de la administración, con respecto al contratante, se refieren a los poderes que emplea, como la decisión ejecutiva; así como a una interpretación de las cláusulas contractuales, inclinada a favorecer los intereses que maneja la administración; o bien, la posibilidad de imponer sanciones o modificaciones unilaterales en el curso de la ejecución.

Las ventajas anteriores se encuentran en perfecta conformidad con el objetivo a realizar. En efecto, la acción interventora de la administración dirigida a controlar los aspectos material (ejecución de los hechos a cargo del co-contratante) técnico, (cumplimiento de las prescripciones de esa índole); legal (acatamiento de las normas jurídicas) (10), para garantizar la eficacia de los servicios, es resultante de la cohesión entre fines y medios. Por otra parte, la facultad de imponer sanciones (pecuniarias, resolutorias, etc.), sin necesidad de recurrir al juez, es un corolario de lo anterior. De la misma manera, la posibilidad jurídica de modificar unilateralmente las cláusulas contractuales es una prerrogativa necesaria, dado el dinamismo que impera en esta clase de contratos. El dinamismo, derivado de la variabilidad constante y del interés público explica su mutabilidad esencial acorde también al principio de adecuación de los servicios y su constante reacondicionamiento.

Aparentemente la estructura del contrato coloca al particular en situación de absoluta subordinación, pero la tónica de colaboración opera también de manera muy especial. En la peculiar modulación de los contratos administrativos, el elemento colaboración es sumamente importante. Renard, en el Prólogo a una obra de Geny, opina al respecto diciendo que la noción individualista del derecho desconoce el factor colaboración, que implica en el derecho contractual la introducción de una finalidad trascendente a las partes. Así pues, la colaboración predomina sobre la subordinación. Un ejemplo de tal predominio puede ser la aplicación de la teoría de la imprevisión, por cierto de origen jurisprudencial también, y que como se ha mencionado, resuelve una situación anómala que ha acarreado un desequilibrio económico, agravando las cargas del particular o contratante. En tal caso, la administración, si bien obliga a su contratante a continuar en el funcionamiento del servicio le da derecho a cierta compen-

sación, no por la ganancia omitida sino por las pérdidas sufridas(11). Resumiendo, estos contratos son una combinación de elementos contractuales, desigualdades y cooperación.

Queremos insistir en que los contratos administrativos deben su existencia tanto a la presencia de la administración en el ámbito del derecho contractual, como a la finalidad de su actuación que justifica la utilización de un procedimiento exorbitante de la regla común.

Hay que reconocer que actualmente la noción de contrato administrativo está en crisis. En nuestros días, la metodología de derecho administrativo aspira a perfilar sus propias figuras y a liberarse de las influencias de un derecho que ciertamente ha alcanzado un periodo de madurez estructural como el derecho civil. Es posible que debido a esta legítima meta disciplinaria, el contrato sea sustituido por los llamados actos administrativos, o bien por los denominados guiones administrativos (12); pero en la época en que tratamos el contrato administrativo es una figura perfectamente válida para explicar ciertos actos en los que participan las voluntades de la administración y la de los particulares. Además, es justo admitir que actualmente, no de una manera necesaria el contrato se apoya en la idea de servicio, la cual en la época en que nos situamos representa una idea central y casi omnicomprensiva.

2).—El Derecho de la Función Pública.

Desde los albores del estado liberal, se admitió principalmente en los países dominados por el sistema continental, que los servidores públicos, por la naturaleza de su situación jurídica y el imperativo de asegurar su aptitud para la realización eficaz de las funciones propias del estado, no podían estar sujetos a un régimen de derecho civil. La figura contractual era inadecuada para enmarcar el acto mediante el cual un ciudadano se incorporaba a la función; tampoco los principios aportados por el derecho laboral, no obstante su conformación análoga, lograban absorber la relación jurídica entre el estado y sus servidores.

De la imposibilidad técnica de ubicar en las áreas del derecho civil o laboral esta situación, que reclamaba una precisa jurisdicción, nace un nuevo sector del derecho administrativo: el derecho de la función pública. Este régimen se traza en base a la teleología del servicio público. Las condiciones de trabajo se establecen previamente, antes de cualquier acto concreto de nombramiento. La preexistencia de una situación jurídica general responde al necesario ajuste de la relación jurídica a las exigencias del servicio.

Hay un aspecto dentro de este capítulo del derecho administrativo, en que la relación régimen especial servicio público, se advierte claramente: la libertad sindical y el derecho de huelga.

La doctrina clásica condena enérgicamente las asociaciones de los burócratas y, por supuesto, los movimientos huelguísticos. Se pensaba entonces, que la huelga era un instrumento de defensa anticapitalista que supone el antagonismo entre los factores de la producción; mientras que el vínculo entre el servidor público y el estado como patrón trasciende esas antinomias. Si el estado es un ser armónico, único, indivisible; un ente que tiene como fin especial el servicio público, no se concibe que pueda haber discrepancia de intereses entre sus partes constitutivas (13).

El repudio manifestado por la doctrina liberal a este derecho tiene su explicación en la preocupación por la marcha de los servicios públicos, en cuanto que la dinámica de la huelga amenaza con la paralización de los mismos. En este orden dialéctico se llega, inevitablemente, a la conclusión de que la huelga y la continuidad del servicio son conceptos antitéticos.

Posteriormente, ya en nuestro siglo, la generalización de los movimientos obreros y la declaración de los derechos humanos por parte de la ONU, orientan un criterio nuevo en el sentido de aceptar los derechos colectivos del servidor público; sin embargo, tales derechos se ejercen dentro de los límites señalados rigurosamente por las leyes que los reglamentan.

En nuestro caso la ley reglamentaria del Art. 123 Constitucional, Apdo. B, que trata de los derechos básicos del burócrata, dispone que al resolverse que una declaración de huelga es legal, el tribunal a petición de las autoridades correspondientes, y tomando en cuenta las pruebas presentadas, fijará el número de los huelguistas que estarán obligados a mantenerse en el desempeño de sus labores, a fin de que continúen realizándose aquellos servicios cuya suspensión perjudique la estabilidad de las instituciones, la conservación de las instalaciones o signifique un peligro para la salud pública (Art. 109). Así, el ejercicio del derecho en cuestión dentro de la legislación se encuentra limitado y condicionado por los principios que aparecen en la última parte del precepto, y que garantizan ampliamente la compatibilidad entre la huelga y las exigencias del servicio.

En legislaciones extranjeras encontramos algunos ejemplos de reconocimiento al derecho de huelga, pero también sujeto a estrictas reglamentaciones. En Francia, las ordenanzas de 1959 y 1963, prohíben las huelgas del personal de policía, centros penitenciarios, y en otros casos de vital importancia. Lo mismo sucede en Argentina, país en el que se consideran ilegales las huelgas que afectan a servicios como las obras sanitarias o el suministro de energía eléctrica. (Decreto 8966/62).

Todo indica que, si bien en la época que aquí se trata, se condena el derecho de huelga por considerarse un atentado a los principios del servicio; y más tarde es reconocido, la idea determinante de ambos criterios es el servicio público. La condena en el primer caso se justifica por el celo de la mentalidad

liberal, por la buena marcha de los servicios así como por la resistencia burguesa frente a los derechos de los asalariados. El reconocimiento está modulado por la índole del servicio, pudiéndose decir como lo hace la Suprema Corte Argentina que los derechos colectivos no tienen carácter absoluto, sino que son objeto de reglamentación, precisamente en base a las consideraciones que hemos expuesto.

3).—Otros Casos.

Además de los casos citados, pueden mencionarse otros en que nos topamos con una manifiesta referencia al servicio público. ¿Qué ejemplo más notable puede encontrarse que la jurisdicción administrativa? Hemos establecido que uno de los factores que impulsan el régimen administrativo es la creación de tribunales con ese carácter; hemos explicado también que esa jurisdicción, distinta de la común, conoce de las faltas cometidas por la administración asegurando así los derechos de los particulares. Pues bien, estos tribunales, cuyo ejemplo típico es el consejo de estado francés, circunscriben su competencia a asuntos íntimamente ligados con actividades con fines de servicio. Romieu, célebre exponente en el caso Terrier, concluía sus consideraciones en los siguientes términos: ¿No resulta, entonces, necesario concluir diciendo que todo lo que se refiere a la organización y funcionamiento de los servicios constituye una operación administrativa que pertenece, por su naturaleza, al dominio de la jurisdicción administrativa? En forma aclaratoria es preciso añadir que la jurisdicción citada conoce de todos los actos administrativos susceptibles de recurso por exceso de poder (14), pero un volumen considerable de ellos se relaciona con los servicios.

En el ámbito del derecho patrimonial puede también confirmarse la tesis expuesta, cuando encontramos en la idea de servicio la justificación de reglas especiales para ciertos bienes. Aquella masa de bienes afectados a un servicio reclama un régimen que garantice tal afectación, al cual correspondan las reglas de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Este criterio, proviene de la época liberal, se conserva aún en nuestra legislación, la cual clasifica como bienes de dominio público aquellos afectados a un servicio público (Art. 2.—Frac. IIIa., de la ley gral., de Bienes Nacionales); que comprende todos aquellos inmuebles afectados al uso de las oficinas y dependencias; predios rústicos utilizados directamente por los servicios de la Federación; los inmuebles de propiedad federal destinados a los servicios de los Estados, Municipios y Territorios dentro de sus respectivas jurisdicciones (Art. 23).

En otra zona del derecho administrativo que es la de las finanzas públicas, la idea del servicio fue utilizada para explicar la teoría del impuesto (Doctrina de la equivalencia); y aún para dar base doctrinal al poder tributario del estado. Sabemos que

en virtud de dicho poder, la entidad política puede exigir coactivamente una aportación de los particulares para cubrir sus gastos. Ahora bien, el concepto de gasto, obviamente público, durante el liberalismo, se fincaba en la noción de servicio público. Así, el particular sólo se obliga a contribuir cuando la finalidad del tributo es el gasto público, entendiéndose por tal aquel que se invierte en los servicios. La Suprema Corte de la Nación, conservando resabios de esta doctrina, ha sostenido que por gasto público no deben entenderse todos los que el estado puede hacer sino aquellos destinados a satisfacer las funciones y los *servicios públicos* (15). He aquí otra demostración de la importancia conceptual del servicio público, que en este caso, aunque sea relativamente, ya que va aparejado a la idea de funciones, fundamenta la existencia de una obligación pública. Desde luego, está de más reconocer que dicha idea, en lo referente a las finanzas públicas de nuestro tiempo, tiene un alcance muy limitado. El concepto de gasto público se ha ampliado notablemente, y la noción de servicio es demasiado estrecha para explicar los gastos que el estado realiza para cumplir sus múltiples tareas.

Con los ejemplos analizados hemos podido confirmar la correspondencia entre servicio público y régimen exorbitante. La actividad administrativa que se orienta a fines de servicio, se somete a un cuerpo de normas de derecho público. La ecuación que se desprende de la correspondencia se podría enunciar así: Actividad administrativa = Servicio Público = Régimen exorbitante del derecho común.

No dudamos que a este esfuerzo de síntesis escapen ciertas realidades, pero creemos que resume esquemáticamente la sistemática jurídico-administrativa clásica.

¿Que ya no tiene validez la síntesis ecuacional planteada? ¿que la realidad de la actividad administrativa en nuestros días no puede trazarse con tal simplicidad? ¿que las posibilidades de una sistemática monumental se han agotado? Es indiscutible. La complejidad de la administración pública actual es un resultado inevitable de los cambios que hemos analizado. Si varían, multiplicándose, los fines, variarán los medios. Es el paso del estado liberal al intervencionista.

NOTAS :

- (1) Bodenheimer E., Prolegómenos a la Formulacin de una Teoría sobre el interés Público, Méx., edit. Roble, 1962, pág. 231.
- (2) Fraga G., Derecho Administrativo, edit. Porrúa, Méx., 1969, pág. 20.
- (3) Marienhoff M., Derecho Administrativo, edit. A-Perot, Buenos Aires, 1966, tomo II, pág. 85.
- (4) Bielsa R., Derecho Administrativo, edit. Depalma, Buenos Aires, 1955, tomo I, pág. 485.
- (5) Fraga Gabino, Op. cit., pág. 23.
- (6) Fiorini B., Derecho Administrativo, edit. La Ley, Buenos Aires, 1968, tomo II, pág. 834.
- (7) Díez M., Op. cit., pág. 446.
- (8) Friedman W., Op. cit., pág. 387.
- (9) Weil P., El Derecho Administrativo, edit. Taurus, Madrid, 1966, pág. 60.
- (10) Díez M., Op. cit., tomo II, pág. 514.
- (11) Fraga G., Op. cit. pág. 265.
- (12) Ver Gutiérrez y González E., Teoría de las Obligaciones, edit. Cajica, Puebla, 1965, pág. 366 v ss.
- (13) Jeze G., Principios de Derecho Administrativo tomado de Serra Rojas, Derecho Administrativo, edit., Porrúa, México, 1968, tomo I, pág. 475.
- (14) Weil P., Op. cit., pág. 26.
- (15) S. J. F., 4a. época, apéndice del tomo LXXVI, 1a. parte, vol., II, pág. 768.

CAPITULO V.

ESQUEMA DE LA ACCION ADMINISTRATIVA. INTERVENCIONISTA.

1).—Los Fines.

Hemos indicado que en este nuevo perfil histórico del estado como instancia providencial dentro de los cuadros capitalistas, la administración se transforma en una estructura más dinámica, cuya actividad está ahora lejos de ser excepcional. Los roles que desempeña en la vida social se amplían notablemente, y se convierten en el instrumento del estado para extender la esfera de servicios, presionar la economía, controlar y distribuir el crédito y el gasto; y en última instancia reconstruir la sociedad, racionalizarla en la medida de las posibilidades del propio sistema capitalista. Sobra decir entonces que la administración en esta etapa derborda los marcos de la administración liberal; que a los fines de servicio y policía, se suman el fomento, la asunción parcial de los medios de producción y cambio y la planificación.

La actividad con fines de fomento, aún cuando se realiza excepcionalmente en el estado liberal, dilata aquí su ámbito de aplicación y se vuelve más sistemática. Dicha actividad consiste, según Jordana de Pozas (1), en proteger, estimular y auxiliar la actividad de los particulares, satisfaciendo así necesidades de carácter general. Las subvenciones para la exportación las primas a la producción agrícola, las exenciones de impuestos a las industrias nuevas, responden a fines de fomento.

La teoría de Jordana plantea una trilogía de fines de la administración intervencionista (policía, servicio público, fomento) que, sin embargo, es incompleta. Es por eso que Villar Palaci, analizando tal deficiencia, agrega lo que él llama la gestión económica. Suponemos que con esta idea, ciertamente imprecisa, el autor alude a los que Baena del Alcázar llama *asunción parcial de los medios de producción y cambio*.

Este concepto que, para Garrido Falla es una forma de actividad, mientras que para el propio Baena es un segundo grado de intervención, puede ser visto también al igual que la noción de servicio, como una finalidad de la acción administrativa. El colocarla en la perspectiva de fin obedece solamente a las exigencias del desarrollo del trabajo que pretende explicar la uti-

lización de tal o cual régimen o sistema de normas de acuerdo a la finalidad perseguida.

La finalidad en cuestión nos llama poderosamente la atención en cuanto que significa un fenómeno insospechado en la perspectiva liberal: el estado como empresario, papel que le estaba vedado realizar de acuerdo con el principio de *Laizzer-faire*.

Analicemos primeramente uno de los síntomas de la asunción de los medios productivos, que es la nacionalización. La nacionalización explica la transformación de un interés privado en interés público de orden superior, de un bien o cierta actividad (medios de producción o circulación); y consiguientemente la transformación de una actividad privada en actividad del estado, municipio o cooperativa (2).

Este procedimiento comienza a ofrecer posibilidades de aplicación en las constituciones mexicana (1917), alemana de Weimar (1919), española (1931), y por supuesto, en la soviética de 1936, fruto de la gran revolución de Octubre, por sus conceptos innovadores acerca de la propiedad. En efecto, la introducción de criterios restrictivos o abolicionarios sobre esta institución que tenía el carácter de derecho absoluto y perpetuo en el estado liberal, permite el manejo colectivo de las fuerzas productivas, de manera parcial o total.

La actividad nacionalizadora es tímida en un primer periodo que abarca de la primera guerra a 1945, pero logra revestir, dice Katzarov (3), el aspecto de una mística que ejerció sobre los pueblos un efecto, por decirlo así, fascinante. A partir de 1945, la nacionalización se convierte en un conjunto de medidas sistemáticas. Los sectores nacionalizados coinciden en los distintos países de Europa Occidental. La nacionalización de los transportes y comunicaciones; servicios como el gas, la energía eléctrica; instituciones de crédito y algunas ramas importantes de la industria, es común en Inglaterra, Francia, Austria, Italia, etc.

No se puede pensar, desde luego, que el fenómeno obedece siempre a las mismas razones y que persigue en todos los casos idénticos objetivos; sería ingenuo considerar bajo los mismos patrones la Tennessee Valley en los Estados Unidos y las nacionalizaciones soviéticas, o establecer una equivalencia entre el coal industry nationalization act inglés y la expropiación petrolera en México. No obstante esto, y sin considerar a los países socialistas, la nacionalización en los países occidentales se concibe al menos teóricamente como un medio para alcanzar fines tales como una productividad más alta, mejoramiento de las relaciones laborales, eliminación del móvil de lucro, el control de precios, o una tasa más alta de desarrollo (4).

Es necesario señalar que el procedimiento nacionalizador se puede llevar a cabo por distintos medios jurídicos, desde los

más liberales (compra), hasta los más radicales (confiscación, despojo en tiempo de guerra), pasando por los imperativos pero moderados, como la expropiación.

La nacionalización resulta, entonces, un fenómeno indicativo de la asunción parcial de los medios de producción y cambio por parte del estado. Naturalmente que las medidas nacionalizadoras como procedimiento de conversión de una actividad privada en pública, por los medios antes indicados, no es el único camino para la realización de la actividad empresarial del estado, ya que éste puede crear empresas ex novo, esto es, invertir en actividades colectivas nuevas; pero en tal caso el término nacionalización se aplica en otro sentido: el de la condición jurídica de ciertos bienes o actividades colectivas. De ahí que se hable de *empresa nacionalizada*.

Ahora bien, hemos calificado como parcial la asunción estatal, de los medios productivos, lo que implica que la irrupción de la actividad administrativa en el ámbito de la economía sólo comprende ciertos sectores. ¿Cuáles serán esas áreas que el estado intervencionista reconoce que deben ser nacionalizadas? Siendo congruentes con la idea antes expuesta acerca de la naturaleza pragmática y transicional del intervencionismo, no nos es posible exponer una teoría general a priori, sino trazar ciertas tendencias haciendo algunas distinciones en base a la situación político-social y económica en que se da el intervencionismo.

En los países altamente desarrollados que se encuentran en la etapa del capitalismo monopolista de estado, o sea, en aquellas comunidades que han alcanzado una nueva etapa en el desarrollo social del capitalismo, que se caracteriza por una elevación del nivel de concentración de la producción y con una centralización del capital por fusión o absorción de empresas (5), la selección de las áreas a nacionalizar es muy clara y la hemos bosquejado ya. Servicios de transporte como el ferrocarril, las empresas metalúrgicas, la energía eléctrica, eran ramas que, en las décadas de los treinta o cuarenta necesitaban capital; eran las más antiguas y menos rentables; nacionalizarlas, por la vía expropiatoria, la más común, equivalía a favorecer a los monopolios, en virtud de que los empresarios, con el producto de las elevadas indemnizaciones, podían invertir en ramas nuevas y más productivas. Convenía, dice Vinogradov (6), hacer recaer las cargas deficitarias sobre el estado y los contribuyentes. Claro está, que en algunos casos este criterio no funciona pero se confirma la regla (la nacionalización de la Renault y la Air France, empresas que en Francia eran notablemente prósperas como fruto que son de las conquistas democráticas y progresistas de los obreros comunistas).

Además de este criterio selectivo que históricamente se va delineando, la tendencia nacionalizadora opera en ciertas áreas determinantes para que el estado, representante oficial de la sociedad capitalista, asuma la dirección del proceso productivo (nacionalización relativa de la banca).

La asunción de los medios de producción en estos países no se traduce en un avance socializante en términos generales, dado que la propiedad estatal se maneja fundamentalmente con el criterio de fortalecer al sector privado, principalmente a los monopolios, y con la finalidad de transformar el régimen de propiedad para beneficio del pueblo (7). De modo que, pese a la propaganda, la nacionalización no transforma el capitalismo en socialismo, sino que lo consolida. Tan es así que la burguesía, una vez reconstruídas y modernizadas las empresas nacionales, comienza a luchar por devolver a la propiedad privada las ramas de la producción antes nacionalizadas (8). Un ejemplo de esta política reaccionaria es la desnacionalización de la siderurgia y el transporte automovilístico de mercancías emprendida por el gobierno conservador inglés en 1953.

Por otra parte, en los países llamados subdesarrollados, la nacionalización tiende a abarcar aquellas áreas económicas que son básicas para el desarrollo de la comunidad nacional. La nacionalización de la industria petrolera en México responde a este criterio, ya que el petróleo representaba una riqueza fundamental. En efecto, la producción de la energía eléctrica en las centrales termoelectricas depende en un 75% del petróleo y el gas; la industria de la transformación y el transporte casi no han utilizado otros tipos de combustible que el gas y sus derivados; en los hogares mexicanos el gas natural, el petróleo refinado y la tractolina han sustituido la leña y el carbón vegetal (9). Esta descripción de las circunstancias hecha por un célebre economista soviético revela que la nacionalización resultaba necesaria, ya que las inversiones mexicanas representaban en 1923 el 1%, y el precio de los productos elaborados del petróleo que se importaban, eran excesivamente altos.

En el caso de México con el petróleo, el estaño en Bolivia, o el cobre en Chile, la nacionalización resulta de la lucha de liberación nacional y de la política progresista de los países que son objeto de la expansión económica neo-colonialista.

Independientemente de las diferencias ideológicas de esta intervención administrativa en la economía, debe señalarse un rasgo común: su tendencia creciente. Efectivamente, en países desarrollados como Inglaterra, las inversiones del gobierno central, así como de organismos locales y empresas nacionalizadas, en el periodo de 1953 a 1958 alcanzó 8,253 millones de libras, o sea, un 47% del total de inversiones, lo que significa un incremento notable en relación a años anteriores. En México, se puede comprobar que en el lapso de 1959 a 1964, se elevó el monto de las inversiones de 7,130 a 39,842 millones de pesos, esto es, la inversión del sector público es equivalente en 1964 al 30% de la inversión global nacional (10).

Con estas referencias, basta para darse cuenta que la asunción de los medios de producción y cambio es una importante actividad —en nuestra perspectiva finalidad del estado interven-

cionista—, y que en nuestra opinión desborda la vieja noción de servicio público. Sin embargo, en algunos círculos doctrinales se observa cierta resistencia a reconocer esta realidad de desbordamiento. Rivero por ejemplo, para aludir a esta actuación administrativa emplea la denominación de servicios públicos industriales y comerciales, lo que indica que la idea de servicio público, en su concepto absorbe la acción empresarial de la administración pública. Por su parte, Chavanón (11), afirma que las empresas del estado son empresas administrativas que aseguran prestaciones a los particulares por el ejercicio habitual de la industria y el comercio, sin adquirir por ello la calidad de comerciantes en el sentido de derecho privado; y son por tanto, servicios públicos.

A fin de evitar el uso equívoco, y en este caso erróneo del concepto servicio público, y con ello arrojar desafortunadas consecuencias, pretendemos aclarar que las gestiones empresariales del estado responden a fines distintos del servicio público. Para lograr este propósito acudimos al planteamiento que sobre las empresas públicas hace el destacado tratadista español Garrido Falla.

En su desarrollo sobre la cuestión, el autor citado va graduando los períodos en los fines de la acción administrativa. Primero, la administración como gestora de servicios asistenciales; segundo, como gestora de servicios económicos; y tercero, la gestión administrativa de empresas económicas. Siguiendo su análisis podemos establecer que las primeras dos fases corresponden a la etapa liberal, no obstante que en la segunda utiliza el término económico que no debe confundirnos, porque alude a aquellas gestiones que, con fines de servicio, realiza la administración principalmente por medio del régimen de concesiones. En la tercera fase, al gestionar empresas industriales y comerciales, la administración rebasa la idea de servicio público, y su actividad pierde el carácter excepcional. La administración ya no desarrolla funciones estatales strictu sensu, sino actividades, que si bien se consideran propias del estado, son también de índole privada. La actividad administrativa corre paralela a la de los particulares y se confunde con ella.

Las repercusiones que esto lleva consigo son trascendentales. No es posible utilizar la noción del servicio público para explicar una actividad que rebasa los principios inherentes a aquella, en cuanto que, la administración acepta el juego de la competencia y las leyes del mercado, apenas parcialmente regulado.

Por otra parte, las empresas públicas reclaman, para su eficaz funcionamiento, sistemas de control y organización distintos de los tradicionales, pero sobre todo exigen un régimen jurídico más flexible cercano al derecho mercantil.

Frente a tales circunstancias, no queda más que admitir que la idea del servicio público, si no está en quiebra, al menos se

ha relativizado, y con ella el esquema de la sistemática clásica que gira en torno de dicha idea. No es difícil después de todo, pensar que esto suceda si se considera que el concepto de interés público que es el que circunscribe la acción estatal, se ha dilatado. Inclusive la propia noción de policía, basada en las exigencias de seguridad, salubridad y moralidad públicas, comprende ahora el equilibrio económico, dando lugar a que se hable de una policía económica. Son pues las alteraciones en el alcance conceptual del interés público lo que en forma inmediata produce la crisis del servicio público, que, si bien puede aplicarse a aquellas actividades que se realizan bajo los principios de continuidad e igualdad, no es la finalidad fundamental pues a ella se agregan otros fines ya mencionados.

Delineada esta cuestión no queremos pasar desapercibido el análisis de una de las finalidades que mencionábamos al principio del capítulo: La planificación. Sobre esto queremos aclarar que, al menos a nuestro juicio, no es una actividad con un contenido concreto, o una finalidad que se persiga con una actividad determinada, sino más bien una finalidad genérica que engloba acciones de diversa índole.

Manheim (21), la concibe en un sentido sociológico como la reconstrucción de una sociedad históricamente desarrollada, en una unidad cada vez más perfecta, desde ciertas posiciones dominantes. En una connotación más apropiada a nuestro trabajo la planificación alude al quehacer definido, sistemático, orgánico del estado que toma conciencia de sí mismo y surge como una necesidad imperiosa ante la creciente complejidad y crisis de la vida colectiva (13); la racionalización de la actividad para alcanzar el propósito fundamental el pleno empleo, el equilibrio económico en los países desarrollados; la capitalización y el desarrollo armónico en los países en condición de subdesarrollo—, pero siempre a través de una acción múltiple. De este modo, la planificación como dualidad de la acción administrativa contemporánea determina la selección de los servicios que la administración debe gestionar, el contenido y volumen de las inversiones públicas, las medidas concretas de policía económica. Por ejemplo, en nuestro país una medida de policía económica como es la facultad que las reformadas leyes generales de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares otorgan a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para autorizar la adquisición del control del 25%, o más del capital social de una institución de crédito, pretendiendo evitar la concentración del capital, responde a un criterio de planificación, que equivale en este caso a un desarrollo racional de la comunidad. Es por eso que Giannini (14) afirma al abordar el problema, que la planificación es un procedimiento que integra como elementos otra serie de procedimientos que no son más que las formas normales de acción del estado, llevadas acabo todas ellas con el fin de conseguir un propósito unitario.

Planificar no implica intervención totalizante, ya que siendo congruentes con los perfiles del estado intervencionista que admite un sistema de economía mixta, hemos de afirmar que la planificación es apenas indicativa en cuanto que los pretendidos ajuste y ordenación de lo social se intentan alcanzar sin que el estado sea el propietario absoluto de los medios productivos.

Examinados los fines de la acción administrativa en el intervencionismo, debemos preguntarnos ahora sobre los efectos que resultan de su multiplicidad en relación a los medios, o sea, al régimen jurídico-administrativo. De los fines nuevos que aparecen en esta etapa la gestión empresarial tiene importancia preponderante desde el punto de vista de la transformación del sistema de normas que rigen la administración pública, pues ni el fomento que, en última instancia se manifiesta en actos administrativos, ni la planificación, finalidad genérica, alteran la estructura del régimen juspublicista; encambio la asunción parcial de los medios productivos, además de introducir elementos nuevos que modifican a aquel, obliga a una reconstrucción de la sistemática jurídica, cuya fórmula activa administrativa = a servicio público = a régimen exorbitante tan compleja. A nadie extraña, entonces, que la multiplicación de fines traiga consigo la diversificación de los medios.

II.—Los Medios.

La regla general que hemos expuesto en el sentido de que la acción administrativa general se regía, por la indole de sus fines, por normas de derecho público, no excluye la posibilidad de una gestión privada por parte de la administración, o sea, de una utilización eventual de las normas jurídico privadas, como acontecía con algunos actos de índole patrimonial o con contratos sin cláusulas exorbitantes; sin embargo el hecho no desmentía la regla, ni echaba por tierra el planteamiento de la sistemática. Ahora, dentro de la tendencia intervencionista, los actos de la administración sometidos al tradicionalmente llamado derecho privado, sector normativo en el que las relaciones se desarrollan en un plano de coordinación y son generadas por el principio de la autonomía de la voluntad, no son ya aislados. Se trata de un bloque de actuaciones relativas a la intervención estatal en la economía, concretamente de la gestión empresarial de la administración.

Una de las peculiaridades de dicha actuación es un efecto la determinación de regirla por normas distintas de las que venía valiéndose la administración. Sobre la base de que las normas tradicionales y la correspondiente estructura organizacional eran rígidas para una actividad inusitada como la que tratamos, se pensó en sujetarla a normas jusprivatistas.

Varias razones justifican esta orientación. Por una parte, la actuación administrativa presenta gran similitud con las actividades de carácter privado, y en este sentido arae la experien-

cia exitosa de fórmulas jurídico mercantiles como la sociedad anónima; por otra, su adopción logra el ideal liberal de nacionalizar sin estatizar. Aún en los círculos que defendían una integral supervivencia de servicio público, se llegó a admitir que un organismo, actuando para cumplir un servicio público, podía renunciar al empleo de medios exorbitantes y accionar bajo condiciones de derecho privado (como el caso de los servicios públicos, industriales y comerciales).

¿Debemos pensar entonces que la administración en sus actividades empresariales se somete invariablemente a fórmulas jurídicas del derecho privado? Antes de precipitar una respuesta analicmos el concepto de empresa pública.

El concepto de empresa pública que aparece en el nuevo derecho administrativo se presenta con cierta ambivalencia nomenclacional (15). Este juicio se basa en la variedad de sentidos que la doctrina le daba —y le sigue dando—, al concepto aludido:

Sentido amplio.—En este sentido la doctrina se refiere a la situación de una entidad administrativa, que, por razones de interés público o simplemente lucrativas, se implica en una gestión susceptible de explotación económica. Esta posición es adoptada entre otros por Garrido Falla, Marienhoff (16). Este último entiende por empresa pública toda persona jurídica, pública o privada, creada por el estado, que realiza habitualmente actividades comerciales e industriales, o que tiene a su cargo la prestación de servicios de esa índole. Como puede observarse no se precisa una categoría jurídico-unitaria, ya que al comprador personas públicas y privadas, se implícita una variedad de regímenes jurídicos.

B).—Sentido estricto.

Esta confusión doctrinal apunta el propósito de ver en la empresa pública una forma única, ya sea identificándola con la noción del Establecimiento Público o actividad industrial dentro de los cánones del derecho público, como sostiene Villa Pallaci; o bien, la conclusión opuesta de Rivero, para quien la noción sólo es aplicable a la empresa gestionada con los modelos del derecho comercial.

Las discrepancias observadas nos llevan a concluir que la opinión expresada por Garrido Falla (17) en el sentido de que el concepto se refiere a un fenómeno funcional que se desarrolla bajo módulos jurídicos distintos, es realmente atinada. Debemos distinguir pues, entre esos diferentes módulos que podrían ser los siguientes:

1.—Administración Personalizada.—Esta categoría equivale a lo que nosotros llamamos organismos desconcentrados que constituyen una forma intermedia entre la centralización y la descentralización, porque si bien se vinculan a la administración

central jerárquicamente, la especialidad de su régimen financiero y el amplio márgen discrecional de que gozan sus órganos directivos, les confiere autonomía técnica.

La elección de esta fórmula supone un procedimiento de derecho público, en virtud de su funcionamiento, la situación de los funcionarios, la organización y el régimen financiero y patrimonial, están regulados por el viejo derecho administrativo preponderantemente autoritario; y consiguientemente, no rompe con las formas tradicionales. Por considerarse como una fórmula poco flexible para la gestión empresarial de la administración, resulta la menos frecuente.

2.—Establecimiento Público.

Este constituye una fórmula de origen francés que corresponde a la descentralización por servicio; se trata de personas públicas integradas en los cuadros de la administración. La doctrina clásica los definía como servicios públicos dotados de personalidad moral. Hasta aquí, los establecimientos públicos no presentan ninguna diferencia con la anterior categoría. Lo que viene a caracterizarlos es la llamada autonomía orgánica que supone, afirma Buttgenbach (18), la existencia de un servicio público que tiene prerrogativas propias, ejercidas por autoridades distintas del poder central, y que pueden oponer a éste su esfera de autonomía. La creación de los establecimientos públicos vino a resolver durante el liberalismo problemas como los que se planteaban para asegurar la eficacia técnica del funcionamiento de servicios asistenciales (hospitales), así como la necesidad de garantizar la independencia y facilitar la gestión de otros servicios que requerían un manejo a cargo de los interesados (liceos, universidades).

En nuestros días, el establecimiento público, equivalente a la entidad autárquica en Argentina y a los organismos descentralizados por servicios en México, sigue siendo una fórmula utilizada por la administración para la gestión de actividades económicas. En México, por ejemplo, empresas importantes como Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad, Ferrocarriles Nacionales de México, etc., se consideran como tales.

La condición jurídica a la que están sujetos los establecimientos públicos está determinada por el derecho público: De esta manera lo relativo a la organización y funcionamiento de las empresas en forma de establecimientos públicos, se contiene en una ley orgánica de naturaleza administrativa. Inclusive la situación de los servicios públicos que desempeñan cargos en tales empresas se encuentran regulada en ocasiones por leyes administrativas sobre el carácter burocrático (en aquellos casos que establece la ley reglamentaria del 123 constitucional Apdo. D., en su art. 1o). Por otra parte, estos organismos conservan vínculos orgánicos con el tradicional aparato burocrático compuesto por la administración central, que permiten controlar la

ejecución de su funciones, así como revisar sus resoluciones, aunque solamente a petición de parte.

3.—La Sociedad Mercantil.

Finalmente, una tercera opción para gestionar empresas por parte de la administración, es la sociedad mercantil. Al escoger la administración esta fórmula expropia, digámoslo así, las técnicas que emplean los particulares. Nada tiene de extraña esta opción si admitimos la rigidez del derecho propio de la administración y su inexperiencia en el terreno de la economía, desde cierto punto de vista; y desde otro, si la administración, en un sistema de economía mixta irrumpe en el proceso productivo, debe aceptar las reglas del juego.

La elección de las fórmulas mercantiles para la gestión empresarial es cada día más frecuente. Ello acontece cuando el estado procede a la creación de una empresa aportando la totalidad del capital, o cuando se asocia con los particulares para relizar una acción conjunta, integrando las llamadas sociedades de participación estatal. El considerar dentro de nuestras disciplina estas últimas se fundamenta en el hecho de que el sistema de estas sociedades traduce un aspecto de la intervención del estado en las actividades industriales y comerciales (18), y al mismo tiempo están sujetas a un control especial que implícitamente se deriva de la participación financiera del estado, el cual además, está representado en los órganos de la sociedad derogando con ello los principios del derecho privado.

El breve análisis de estas categorías conlleva un interrogante acerca de cuándo es conveniente la utilización de las técnicas jurídico privatistas. La solución de este problema depende, a nuestro juicio, de dos factores: la clase de empresa de que se trate y el índice de participación estatal en la misma.

Las empresas se pueden clasificar en comerciales e industriales, y empresas de servicio (este término ha adquirido en el actual derecho administrativo carta de naturalización y forma parte de sus convenciones terminológicas). Por lo que se refiere a estas últimas, si constituyen una actividad monopolizada, aunque produzca beneficios económicos, no pueden escapar al viejo concepto de servicio y por tanto traen consigo la aplicación predominante del derecho público para proteger más adecuadamente el interés general más comprometido. Si se trata de las primeras del criterio más aceptable consiste en acogerse fundamentalmente al derecho privado, adoptando las fórmulas jurídico mercantiles, dada su flexibilidad y la exigencia de suavizar los controles e ingerencias que, dentro de un régimen juspubliscista, entorpecen su funcionamiento.

Atendiendo al otro factor enunciado sólo nos ocuparemos del caso de la participación conjunta de la administración y los particulares, pues en el supuesto de un accionariado total a favor

de la primera funcionan los criterios enunciados en el párrafo anterior. En el caso en cuestión, la índole misma de la empresa mixta demanda el régimen privado, lo cual no obsta para que sean objeto de la intervención administrativa que viene dada por su participación; que parcialmente se incorporen al derecho público en virtud de una serie de prerrogativas como subvenciones, concesión de bienes en uso, aportes tecnológicos, etc.

La condición legal de las sociedades de economía mixta es por otra parte similar a la de aquellas con aporte total de capital público, porque además del control, la administración tiene la hegemonía en la dirección de la empresa. Esto sucede con tales sociedades cuando legislaciones como la nuestra disponen que para considerar una sociedad como empresa de participación estatal se requiere, además del 51% del capital aportado por el estado, que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo, junta directiva u órgano equivalente, o designar al presidente, director o gerente, o que tenga la facultad de vetar los acuerdos de la asamblea, consejo, junta u órgano equivalente (Art. 3 de la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresa de participación Estatal).

En base a los criterios que hemos expuesto pasaremos ahora a valorar brevemente la orientación legislativa mexicana al respecto. Las fórmulas distintas que hemos analizado (administración personalizada, establecimiento público y sociedad mercantil), han sido vistas desde el punto de vista del hecho y sin emitir un juicio de valor acerca de su utilización de acuerdo a los criterios adoptados.

Es muy frecuente que el legislador elija para las empresas industriales y comerciales la condición establishment public, lo que supone una seria confusión ya que éste es un medio para que el estado realice los fines que le son propios; en cambio, las empresas industriales y comerciales realizan una mera actividad estatal, en otras palabras, un establecimiento público realiza funciones estatales típicas, mientras que una empresa de la clase que tratamos, actividades no específicamente estatales, sino del tipo de aquellas que pueda realizar un administrado o particular. De ahí el acierto de la opinión de Marienhoff (19), cuando afirma que la entidad autárquica y la empresa pública son personas que, desde el punto de vista de la técnica Jurídica, difieren esencialmente entre sí por la índole de la labor que desarrollan. En esta línea de pensamiento el dar a las empresas la condición de establecimientos públicos, a más de poner en crisis estos organismos por la confusión conceptual, constituye una falla técnica.

La legislación mexicana incurre en errores de esta naturaleza, ya que buen número de este tipo de empresas guardan esa condición. Pero lo más grave no es eso, sino la anarquía que prevalece en la organización empresarial del estado, en virtud del

tratamiento desigual que se da a organismos análogos, el cual importa una falta de uniformidad de criterios y una deficiente organización. Esto explica por qué empresas como Petróleos Mexicanos sea un organismo descentralizado y Siderúrgica Nacional, una sociedad mercantil. Ambas empresas, aunque con funciones distintas desde el punto de vista económico —la primera tiene la tarea de explorar, explotar, refinar el petróleo, así como su venta y distribución, incluyendo sus productos derivados; la segunda tiene a su cargo la fabricación de maquinaria, motores, equipo, más la fundición de hierro y acero—, son industriales, y por un rigor técnico como por un principio de orden en la organización a fin de facilitar la buena marcha y el control de estas gestiones. Cabe reconocer ciertamente, que entre nosotros como en la mayoría de los estados intervencionistas, la tendencia actual es adoptar las instituciones del derecho mercantil, abandonando paulatinamente la fórmula de los establecimientos públicos.

Ahora bien, ¿podremos decir que del hecho de que la administración se acoja o deba acogerse al derecho privado en su actuación empresarial, se deriva una privatización del derecho administrativo? En parte sí y en parte no. Dar un sí categórico, supondría hacer caso omiso de los controles de la administración sobre las empresas, desconocer la posibilidad de que sea reforzada por el presupuesto oficial en caso de quiebra, en fin, la derogación de ciertos principios privatistas por el derecho público. Negarlo absolutamente equivale a desconocer una realidad evidente.

Lo que sucede es sumamente complejo. Por un lado, la administración, al penetrar en campos que antes eran estrictamente de carácter privado, se nos aparece como sujeto de ciertas relaciones jurídico privadas, sin abandonar en términos absolutos, sus prerrogativas. Por otro, las formas técnico jurídicas del derecho privado, especialmente comercial, al ser adoptadas no han permanecido inmunes. La sociedad anónima, la más común, en el mundo contemporáneo se falsea con la existencia de sociedades de un sólo socio: el estado, inclusive en el caso de sociedades clasificadas como mixtas como en nuestra realidad administrativa Aeronaves de México, S.A., cuyo capital está representado por 128,000 acciones, de las cuales 127,996 pertenecen al gobierno federal. Del mismo modo, se antoja incomprensible una sociedad mercantil cuyo propósito no es el lucro sino la satisfacción de una necesidad colectiva.

Así, mientras privatistas como Ripert advierten un declinar del derecho privado al descubrir el quebranto del principio de autonomía de la voluntad bajo los efectos de la existencia de sociedades de un sólo socio, la legislación de congelación de rentas y la transformación de las normas contractuales en imperativas en el campo del derecho laboral, los administrativistas se alarman con la actuación privatizada de la administración pública,

poniendo en evidencia un doble proceso: la publicización y socialización del antiguo derecho privado y la privatización del clásico derecho público.

Es de singular importancia para nuestro trabajo observar este fenómeno de interpenetración de las zonas tradicionales de la norma jurídica, el cual relativiza, particularmente en el campo en que nos movemos, toda distinción teórica entre derecho público y privado. Basta un ejemplo para comprobar el fenómeno apuntado. Empresas que en México guardan la condición de organismos descentralizados por servicio como Petróleos Mexicanos, utilizan en numerosas ocasiones el derecho privado como instrumento jurídico frente a terceros, por ejemplo, en la obtención de créditos, operaciones de compra venta, etc., lo que significa que siendo personas regidas por el derecho público en cuanto a su organización y funcionamiento, no excluyen la aplicabilidad de las normas de derecho privado; en cambio, Siderúrgica Nacional, S. A., que se rige en su organización por la ley de Sociedades Mercantiles, se encuentra también sometida a una variada legislación administrativa que incluye la citada ley para el control de los Organismos Descentralizados, ley de Atribuciones del ejecutivo en materia económica, ley General de Bienes Nacionales, etc.

Las consecuencias del fenómeno de interpenetración son fácilmente derivables. El viejo régimen juspublicista que domina la acción administrativa liberal se ha relativizado; la teoría tradicional que, en todo caso le es aplicable, acerca de que la naturaleza del interés determina la norma a aplicar, deja de tener validez plena toda vez que el interés público, en los términos en que hemos planteado la cuestión, se satisface sólo en parte con normas de derecho público que se entremezclan con las de derecho privado.

Pensamos que, en este sentido, la irrupción de la administración en los proceso productivo y de cambio ha dado lugar a un derecho administrativo que es una mixtura de derecho público y privado, en la cual adquiere unidad la acción administrativa y pierde sentido la dualidad derecho público privado que tanto preocupaba a los juristas que aspiraban a formular conceptos puros y omnicomprensivos al respecto. Este nuevo derecho administrativo es, por otra parte, signo de ruptura de la vieja fórmula acción administrativa = servicio público = régimen exorbitante. Aquí queremos entender por régimen exorbitante el viejo derecho público, porque el régimen al que se somete la acción administrativa intervencionista en la esfera que tratamos sigue siendo especial, sigue siendo derecho administrativo, cuyas reglas están ahora más o menos alejadas de la normación que rige las relaciones entre particulares (19).

Con estas reflexiones con las que hemos deseado trazar la transformación del régimen administrativo de conformidad con los fines de la acción del estado en la esfera de administrar, llegamos a la fase final de este trabajo, en cuyo desarrollo hemos

descubierto tres etapas de la acción administrativa en el estado contemporáneo. La primera en la que aparece jurídicamente incontrolada, coherente con el estado de policía. Bajo el liberalismo, un segundo periodo en el que la acción se juridiza sujeta a un régimen específico de derecho público, tal y como lo exigen los fines de la administración. Finalmente, un tercer periodo dentro del estado intervencionista en el que la administración despliega una acción más diversificada que exige un rompimiento de los moldes del antiguo régimen administrativo.

Las consecuencias que esta evolución apunta para la sistemática jurídica son definitivas. La sistemática clásica ha muerto en cuanto sus pretensiones monolíticas y monumentales de la que es representativa la teoría de Jézé. Actualmente, es imposible reducir la realidad a un solo principio como el servicio público; es necesario admitir un pluralismo de principios, cierta modestia en las oluciones. Si nos preguntamos sobre qué norma, derecho público o derecho privado deberá aplicarse a un acto de la administración, no podemos contestar a priori, habrá que tomar en cuenta el órgano que la realiza, las prerrogativas con las que cuenta, los fines que persigue, y sin perder de vista, la interpretación de esas dos zonas clásicas de la norma jurídica. Esto no implica una proclamación del empirismo, sino una dirección funcionalista.

El espíritu funcionalista y pragmático que anima los estudios jurídico-administrativos de nuestros días, permite mantener viva y flexible esta rama del derecho que, quiéramos o no ,es el derecho del presente y del futuro. Por algo ha revolucionado la teoría del estado y el derecho constitucional y ha provocado la decadencia del derecho civil.

¡Qué lejos estamos de aquel tiempo en que la pedantería de los civilistas del siglo XIX los llevó a compadecerse del desperdicio de talento en el extraordinario Louis Rolland porque se ocupaba de la cátedra del derecho administrativo.

NOTAS :

- (1) Jordana de Pozas, *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo en Estudios en Homenaje a Jordana*, Madrid, 1961, pág. 483.
- (2) Banea del Alcázar, *Op. cit.*, pág. 109.
- (3) Katzarov K., *Teoría de la Nacionalización*, Edic. UNAM, México, 1953, pág. 71.
- (4) Gordillo A., *El Derecho Administrativo de la Economía*, Edic., El Macchi, Buenos Aires, 1967, pág. 470.
- (5) Cheprakov., *El Capitalismo Monopolista de Estado*, Edit. Progreso, México, 1967, pág. 57.
- (6) Vinogradov V., *La Nacionalización Socialista de la Industria*, Edit. Progreso, Moscú, 1969, pág., 269.
- (7) Ceceña J. L., *Reflexiones sobre el Capitalismo de Estado*, *Revista Latinoamericana de Economía*, No. 5., México, 1970, pág. 25.
- (8) Vinogradov, *Op. cit.*, pág. 296.
- (9) Sheremetiev I., *El Capitalismo de Estado en México*, Edic., Fondo de Cultura Popular, Méx., 1969, pág. 58.
- (10) Duhalt Krauss., M., *La Administración Pública y el Desarrollo en México*, edic., Anap., Méx., 1970, pág. 35.
- (11) Chavanon *Essai sur la Notion et le Regime Juridique du Service Public Industriel et Commercial*, Burdeos, 1939, pág. 154.
- (12) Manheim K., *Libertad y Planificación*, edit., ..., Méx., 1965, pág. 193.
- (13) Gordillo, *Ops., cit.*, pág. 415.
- (14) Giannini citado por Baena, *O ps., cit.*, 140.
- (15) Vito, *Il Controllo dell' Impresa Publica*, Milán, 1960, pág. 13.
- (16) Marienhoff M., *Ops. cit.*, pág. 431.
- (17) Garrido Falla F., *Las Empresas Públicas, en la Administración Pública y el Estado Contemporáneo*; edit. Inst. Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 126.
- (19) Weil P., *Ops. cit.*, pág. 82.
- (18) Buttgenbak, citado por Fraga, *Op s. cita.* 202.