

TRANSCRIPCIÓN DEL AUDIO DEL DR. HUTCHINSON

EL PARADIGMA ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Muy bien, buenos días acá estamos para tratar de explicar algo del derecho administrativo, que es una materia a la cual los alumnos cuando llegan no saben casi nada y se van sabiendo muy poco. No es una materia que el alumno tenga en cuenta como primordial en la Facultad porque no sabe la experiencia práctica, como en la vida uno tiene siempre una relación con el derecho administrativo. Yo estuve predestinado al derecho administrativo.

Cuando yo nací yo fui un expediente administrativo. Mi padre era británico, mi familia peleó en la guerra y muchos murieron en la guerra entonces quiso ponerme un nombre, la guerra se ganaba, y me quiso poner Winston en homenaje a Churchill. Acá estaba prohibido este nombre extranjero y entonces mi padre hizo un expediente administrativo para que me pusieran ese nombre. Por suerte mi padre perdió porque ese nombre hubiera sido espantoso llevarlo ahí en más, digamos, sobre todo en este país. Pero bueno, nací siendo un expediente administrativo y espero que pase mucho tiempo pero en algún momento mis hijos pedirán un nicho en la funeraria para mí y también moriré siendo un expediente.

Y esto ¿qué significa? Que permanentemente uno tiene alguna relación con el derecho administrativo porque tiene problemas con el servicio público, tiene problemas con el municipio y esto la gente habitualmente no lo ve y menos el alumno que cree que todo se circunscribe al derecho civil o al comercial y, sin embargo, esto tiene una gran importancia práctica. Además de ser un derecho en constante movimiento, porque evidentemente es el derecho que más cambia a partir de los cambios que se producen en la praxis administrativa y esta praxis va cambiando de acuerdo al rol que va cumpliendo el Estado políticamente. Por eso yo le puse como título a esta conferencia "El paradigma del derecho administrativo". Paradigma que es una palabra griega quiere decir ejemplo, modelo. Esta terminología, y sus correlatos de la crisis y la modificación o mudanza de paradigma, se debe a un autor Kuhn. Thomas Kuhn que en 1962 escribió "La estructura de la relación científica". Él decía que en determinado momento había un paradigma que establecía cómo era el modelo de esa ciencia, cómo se realizaba la ciencia, qué preguntas se podían hacer, cómo se interpretaban las respuestas y todo estaba determinado por una lógica que daba el paradigma de esa ciencia. Pero decía Kuhn que con el tiempo esta ciencia demuestra que algunas preguntas no son correctas, que algunas respuestas son anómalas y entonces Kuhn empieza todo un cuestionamiento a este paradigma, produce la crisis del paradigma y éste virará según la evolución. Por cierto que lo que hace el paradigma es abroquelar la cuestión y no da lugar a dudas y establece un sistema por el cual se desarrolla esta ciencia. El problema es que cuando ocurre esto se enseña a los alumnos, se escriben manuales y libros de acuerdo a este paradigma. Kuhn hacía esto. Kuhn era un físico lo hacía para las ciencias exactas, las ciencias duras, pero esto no quiere decir que mutatis mutandi no se pueda aplicar también a las ciencias jurídicas, que también parte por cierto con más flexibilidad pero de ciertas premisas de ciertos postulados. Y esto se enseña al alumno y el alumno de la facultad va a ser abogado va a ser político, va a ser presidente, va a ser legislador, va a ser juez y esto tiene entonces mucha importancia a partir de cómo se va a ir solucionando la práctica que ocurre diariamente sobre todo en la práctica administrativa.

El derecho administrativo se dice que nace con la revolución francesa o digamos para esa época. Nace como disciplina jurídica pero lo cierto que la orden, la orden que es un acto administrativo, la orden la dio el jefe de las cavernas para decir quien hacía las guardias nocturnas con lo cual es muy anterior a cualquier otra disciplina jurídica. Lo que pasa es que esa orden podía ser cambiada al día siguiente o al minuto siguiente porque se hacía lo que el jefe pedía por eso nosotros, si bien ciertos productos de la función administrativa podemos decir que son muy anteriores, uno dice mire esto nace habitualmente en la revolución francesa para poner un ícono, porque esto fue la evolución constante. ¿Y cómo nace esta disciplina? Bueno, primeramente nace en Alemania como un, digamos, un Estado policía, como decir, era. Es decir, se estudian las prerrogativas de la administración, el poder de policía y todos estos cuestionamientos que hacen que la administración deba actuar, y deba actuar con cierta rigurosidad y con cierta disciplina jurídica, entonces se hablaba el derecho administrativo. Era el derecho de la administración o sea establecían las prerrogativas, las exorbitancias que tenía la administración. Con la revolución francesa y con la no aceptación del control de los jueces y con una gran administración como la de la francesa y el Consejo de Estado empieza a surgir unas ciertas garantías para el particular. O sea, empieza a surgir lo que se suele llamar el derecho del administrado, el derecho contra la administración. Estoy haciendo un análisis muy superficial de la cosa no es ni a favor ni contra sino para establecer más que nada los hitos y adónde apuntaba el paradigma.

Entonces lo que a partir de ahí se desarrolla es este derecho, que tiene que estar en consonancia con la juridicidad. Normalmente se hablaba de legalidad, o sea, de acuerdo a la ley porque en Francia la ley no era código. Pero entre nosotros esto no, es decir, entre nosotros la ley se entendió como Constitución como ordenamiento jurídico, nosotros tuvimos Constitución desde 1853, o sea, la legalidad que suele emplearse en nuestra terminología doctrinaria nunca se discutió que no era la ley sino que era todo el orden jurídico. Esto fue mucho más costoso para otros países que recién

comienzan esta doctrina, cuando empieza a constitucionalizarse, caso de España en el año 78, y ahí escribe García de Enterría sobre la constitución como norma. Acá esto era mucho más simple porque nosotros, si bien fuimos una colonia española, aplicamos su derecho, las leyes de indias y por supuesto también todos los fueros españoles. Esto siguió a partir de la Revolución de Mayo y siguió también después de la revolución porque no se cambió el derecho automáticamente. Pero nosotros, a pesar de esto y con esto, adoptamos y adaptamos la Constitución de Estados Unidos. Fue una copia no exactamente igual, porque la separación de poderes es muy distinta, pero por cierto se trajo aquí esta Constitución que estaba en un derecho muy distinto como es el Common Law pero lo cierto es que de alguna manera se logró amalgamarla. Toda esta situación o sea con una separación de poderes muy distinta a la francesa donde ningún juez controla a la administración, una separación de poderes muy distinta a la de Estados Unidos donde el ejecutivo ejerce funciones jurisdiccionales a partir de las agencias, acá el ejecutivo no puede ejercer ningún tipo de función jurisdiccional y quien lo controla es necesariamente un juez. Es decir, un sistema distinto más todas las normas europeas que necesariamente no sólo las que siguieron en vigencia hasta que se fueron cambiando de las leyes de indias y de los fueros españoles, a partir también de haber tomado como ejemplo (así también simplificando) el derecho comercial es italiano, el derecho penal alemán, el derecho administrativo es de cuño francés a partir de España...

Acá se empieza a privilegiar, con toda razón, lo que son las garantías constitucionales, los derechos fundamentales que aparecen en la primera parte de la Constitución y fundamentalmente el control judicial o sea fundamentalmente la tutela judicial efectiva que mucho antes del Pacto de Costa Rica, que ahora se pone como un hito fundamental que lo es por cierto en ciertos aspectos no en este.

La Corte nuestra siempre interpretó, hace mucho tiempo, que el artículo 18 la defensa en juicio quería significar que siempre debía haber por lo menos una instancia judicial suficiente y adecuada. O sea, siempre yo podía acudir a un juez que después estuviera prescripto o estuviera legitimado o no son cuestiones distintas pero yo siempre podía de alguna manera acudir a un juez. Esto era necesario a partir de cómo se ordenó la defensa en juicio. Entonces digamos los derechos fundamentales en la Constitución fueron siempre una valla para el accionar administrativo. Esto es un paradigma importante en aquel momento y que digamos lo que hace es ir contra el paradigma anterior demostró en algún momento que por cierto son muy importantes los derechos individuales y a tal punto que allí como era el derecho administrativo o como se decía mire tiene que ser un derecho que equilibre dos términos la libertad y la autoridad. En esta coordinación la preponderancia de alguno u otro apenas en algún momento era según la circunstancia pero esto era el paradigma del derecho administrativo pero lo cierto es que a partir del nacimiento de, porque esto era por cierto la preponderancia de los derechos civiles e individuales pero con el tiempo aparecen los derechos sociales y después los de tercera generación y a lo mejor ahora, como dice Peces Barba, es de cuarta generación con lo cual esto ya este paradigma era insuficiente porque no todo está en el control judicial, no todo llega a control judicial y además no todo el mundo puede acudir a la justicia. Porque en Argentina ir a un tribunal es muy caro, es muy costoso y muy costosos somos los que hacemos administrativo entonces esto evidentemente hay ciertas situaciones que solamente la administración puede, de alguna manera, conjugar: lo que son derechos civiles y políticos con los derechos sociales y los derechos de tercera generación, del ambiente y demás... Entonces ¿cómo debe ser el nuevo paradigma? Un derecho que debe coordinar adecuadamente y ordenar los derechos individuales sociales, perdón, políticos e individuales y los sociales y los de tercera generación, en el sentido que sin duda alguna estos derechos van a , de alguna manera, no digo vulnerar pero si aminorar aquel derecho individual que lo pudo contener. Es decir, lo que yo puedo hacer con los recursos naturales de mi propiedad seguramente el derecho ambiental me lo va de alguna manera a limitar por la protección del ambiente, por el interés colectivo y demás. O sea que evidentemente hay ya otros derechos, con el mismo valor que el político y civil, que deben de alguna manera coordinarse y esto solamente lo hace la administración como instrumento para poder ordenar. Y después podría ir, en todo caso, a la justicia. Pero evidentemente la praxis administrativa necesita de un derecho que me sirva para esta actuación, o sea, sin olvidar el derecho individual debo sí conjugarlo con el derecho social, con el derecho colectivo. Esto es lo que debe atender hoy en día la administración. Ya no es entonces la coordinación entre autoridad y libertad sino la coordinación entre derechos individuales y políticos y civiles y los de tercera generación, los colectivos esto que evidentemente porque estamos viviendo en una sociedad donde debemos conjugar estos intereses que son aparentemente contradictorios. Porque si yo pienso, no puedo ser contradictorio mi interés con el medio ambiente. Pero bueno evidentemente yo tengo un interés particular en explotar un recurso natural, y lo tengo en mi propiedad, entonces a eso debe tender sin duda alguna el derecho administrativo.

Ahora bien, el derecho administrativo se maneja con una parte general con principios generales tiene que ser un sistema como es toda disciplina jurídica, entre nosotros es tan vasto y tan amplio el tema o el temario, las cuestiones que debe analizar la administración que por cierto esto cada día se va ampliando y hay partes especiales tenemos, sin duda alguna, un derecho administrativo de medio ambiente. ¿En qué? En toda aquella habilitación y control de lo que son los residuos industriales, residuos peligrosos todas estas cuestiones se van a regular, los va a ordenar el Estado a partir de normas y recursos y formas jurídicas del derecho administrativo con lo cual esta parte general tiene que servir a la parte especial por cierto tamizada porque no va a ser exactamente igual pero la parte especial también ayuda a cambiar la parte general porque tiene que haber alguna unidad, por más que halla alguna pequeña diferenciación, para que esto sea un sistema armónico, coordinado, que ordene y que dirija. Porque evidentemente el derecho administrativo no solamente es protección del particular sino de dirección de la actuación del Estado hacia el bien común. Por eso tiene

mucha importancia en el derecho administrativo el interés general, el interés general no quiere decir que tenga preeminencia sobre el individual. Quiere decir que no lo puedo ignorar, por cierto debe jugar un principio de proporcionalidad en cada caso ver cuál debe prevalecer y en qué forma pero ya la Constitución da esta pauta cuando dice: mire, la propiedad es inviolable pero el Estado puede expropiar con tal ejercicio. O sea, la Constitución da la pauta de que en ciertos casos el interés general está por el interés individual por el bien de la comunidad. ¿Por qué? Porque lo que tenemos que pensar es que el Estado debe actuar hacia el bien común, actúa por el bien común que después no lo haga o lo haga mal es una cosa distinta y será a atender su relación con la justicia o ante el control que sea. Debemos pensar que los instrumentos, los elementos, las forma jurídicas con que se desenvuelve la administración (que por cierto se los da el derecho administrativo) deben ser adecuadas para esta práctica. Entonces es posible que ciertas formas jurídicas que han nacido primero con el derecho a favor del Estado o derecho contra el Estado se iban ahora con el derecho con el Estado y evidentemente si con ciertos tamicos que se han ido produciendo. ¿Cuál es la forma jurídica primordial con que actúa la administración? El acto administrativo. La orden, la orden es un acto administrativo. Hay otros actos pero este digamos es el primordial es elemental.

Ahora, por cierto, ¿Cómo nace el acto administrativo? Nace para el Estado donde tenía prerrogativas y privilegios es un acto unilateral que produce efectos jurídicos, es decir, hay una creencia muy generalizada que solamente dicen el derecho los jueces y esto, yo digo, a veces es un problema por no haber estudiado latín. El latín es muy importante no sólo porque da un análisis lógico con las declinaciones y demás sino porque etimológicamente me haría comprender muchas cosas. La administración dice el derecho aprobado, aplazado, habilitado, autorizado, designado, cesanteado y yo no puedo ignorarlo: si me quedé cesante tengo que impugnarlo, si me reprobó lo mismo, si me aprobó ya pasé a la otra materia esto dice el derecho porque hace nacer, modifica o cesa una relación jurídica que yo tenía y no puedo ignorarlo.

Ahora ¿cómo dice el derecho? También dice el derecho al legislador cuando dicte una ley, claro, lo dice en forma muy general pero también el derecho. Y también lo dice el juez pero el problema es (por eso digo del latín) el juez dice el derecho juzgando de ahí viene el *ius dicare*. *Dicare* es un verbo latín de la primera declinación que es por cierto "decir" pero cómo lo dice, lo dice juzgando, o sea, lo dice el derecho para el juez es el fin para resolver un conflicto, se aplica el derecho para eso para el conflicto que tiene resolverlo como él cree justamente. Ese es el *ius dicar*, dice el derecho: dando a cada uno lo suyo. La administración dice: el derecho *ius dicere* es un verbo de la tercera declinación, lo dice para qué, para el bien común. Cuando cobra un impuesto no lo hace para aplicar el código fiscal, no le importa el código fiscal, lo hace para recaudar fondos. Lo mismo hace el particular. Cuando yo me casé, no me casé para cumplir con la ley de matrimonio civil, me casé porque estaba enamorado bueno que lo hice de acuerdo a la ley de matrimonio es una cosa distinta o sea la ley de matrimonio o el código fiscal son medios por eso es distinta la forma que lo dice y por eso es distinta en los efectos.

El juez cuando dice el derecho en algún momento hace cosa juzgada nunca cuando lo hago yo o lo hace la administración porque dice el derecho, es decir, porque acá lo que importa es pensar que lo hizo para el bien común, el juez lo hace para resolver un entuerto, entonces esta situación yo no puedo ignorarla. Ahora bien, este acto administrativo a su vez ¿qué fija? Da una seguridad jurídica. No actúa con hechos la administración, no actúa con actuaciones materiales, como lo hacía antes, sino que ya lo hace con una declaración que todo el mundo entiende y que, por cierto, yo puedo impugnarlo. O sea, esta declaración que a mí me obliga hace responsable a la administración. Si actuó mal, o sea, me da seguridad jurídica de alguna manera, sé qué quiso decir. Cuando el profesor me dice: "cuatro". Sé que aprobé, cuando me dice "dos" se que estoy aplazado. Ésta declaración de la administración es importante porque fija los términos de una relación y por cierto hace responsable al que lo dicta y a mí me favorece o me perjudicará, y yo en todo caso estaré obligado a impugnarlo si está mal. Entonces este acto, que por cierto implica una prerrogativa porque lo dicta directamente aunque yo no lo quiera pero nuestro decreto ley porque es una norma de un gobierno de facto, así como la reforma del código civil. En general ya uno está acostumbrado a decir la ley pero es un decreto ley del año setenta y dos. Cuando habla del acto dice que debe ser escuchado el particular antes de que se dicte el acto o sea debo tener una audiencia previa, claro cuando eso es posible. Si me tiene que clausurar el negocio por falta de higiene no hay audiencia previa y hay que clausurarlo inmediatamente para evitar que esto traiga peligro a la población pero cuando esto no es así hay una audiencia previa me escuchan o sea la debida audiencia previa del particular para que pueda ofrecer prueba en todo caso o lo que fuera para evitar el acto. Esta debida audiencia no es sólo del administrativo es de cualquier derecho, es tan viejo como el mundo, es el derecho de defensa, quizás el más importante.

Había un juez de la Corte de Estados Unidos que en plena guerra fría que decía que él prefería el derecho soviético con defensa en juicio al americano sin defensa en juicio. Es decir, mire no importa el derecho, importa la defensa en juicio. Hay un tribunal inglés que en el caso Bentley en 1620, creo que fue o 1630, juzgó un profesor que había sido cesanteado y dijo el tribunal "ni el mismo Dios condenó a Adán sin haberlo escuchado". El problema, digo yo, que Adán no siguió administrativo y no recurrió porque sino seguramente la solución hubiera sido distinta. Entonces este acto que es una prerrogativa me permite la audiencia previa y expresar mi opinión para que el acto no se dicte y si se dicta sin escucharme, bueno, podrá ser que esté bien o esté mal pero yo fui escuchado y por cierto me permite toda clase de impugnación posterior. Pero no sólo eso me obliga a que el acto esté motivado que me argumenten por qué dictan el acto. Tiene que haber un fundamento para decirme, para explicarme, por qué es necesario que ése acto, que es una

prerrogativa, sea dictado por la administración. Por cierto, hay un procedimiento para dictarlo con una serie de controles previos sobre todo la provincia de Buenos Aires que en derecho público fue mucho más adelantada que la Nación, no tanto en este momento pero si lo ha sido, tiene una serie de controles previos muy importantes.

Yo que estuve en la justicia de la provincia hasta el año ochenta y cuatro pasé a la Cámara Federal acá en Capital Federal, en esa época la provincia ganaba el setenta por ciento de los juicios y llegaban a juicio aquellas cuestiones que eran dudosas lo que era seguro que la provincia perdía porque era obvio el Fiscal de Estado no dejaba que llegara a juicio, lo solucionaba antes para evitar problemas. En aquellos casos dudosos donde no sé que puede pasar, ganaba el setenta por ciento de los juicios.

Pasé al orden federal y la Nación perdía más o menos el setenta por ciento de los juicios pero esto es otra historia. Entonces significa que este procedimiento previo, con los controles previos, si se llevan adecuadamente hacen que el acto que sea irregular no es determinante, o sea hay algunos actos por cierto pero son aquellos dudosos donde para uno es nulo para otro no y puedo discutir la cuestión y bueno dependerá de quién falle en última instancia, ¿sirve ese acto ahora? Por cierto porque si ahora tenemos que hablar de una administración consensuada fundamentalmente se intenta que haya participación. Fíjense en medio ambiente.

En medio ambiente que tengo procedimientos administrativos, el estudio de impacto ambiental, la valuación del impacto ambiental, le declaración de impacto ambiental... Esto requiere y permite necesariamente la participación de ONGs, de particulares, entonces esto hay un consenso o no pero por lo menos hay una participación y normalmente termina por consenso, por lo menos entre algunos.

Esto también da lugar a un acto que finalmente se dicta por consenso pero que sigue siendo un acto unilateral, y que por cierto, determina el derecho en el caso al que me estoy refiriendo y dice en la declaración de impacto ambiental que afecta el ambiente o que no lo afecta y bueno ahí después seguirá si se le impugna o no. Pero digamos que éste acto entonces a pesar de que sigue siendo en esencia el mismo ha ido evolucionando ha ido cambiando en cuanto a la fundamentación, al procedimiento, al consenso, a la posibilidad de participación. Entonces quiere decir que esta forma jurídica, que está en la parte general del derecho administrativo, me va sirviendo a estas partes especiales ya sea también al derecho administrativo previsional, cuando pido una jubilación, y demás. Entonces quiere decir que este acto con sus matices, esta figura sirve a las partes especiales y sobre todo a estas partes tan especiales como son la seguridad social, al medioambiente o casos semejantes lo que me da la pauta de que el sistema administrativo ha sido bien determinado en su momento y en todo caso no habría en esta forma jurídica un cambio de paradigma sino en todo caso una modificación, una adecuación a lo que tengo en determinado momento. Lo mismo pasa con el contrato.

El contrato administrativo, por cierto, tiene prerrogativas, por cierto tiene exorbitancias que normalmente se dice que no tiene el contrato común, lo cual tampoco es cierto. Cuando yo aseguro el coche o acepto lo que me dice la póliza o no me lo aseguran. Yo no puedo discutir absolutamente nada, con lo cual no es cierto que yo tenga la posibilidad de discutir y demás después de firmado el particular tiene unas garantías que en absoluto tiene el contratista privado frente a otro particular. Y esto ¿por qué? Esto también fue producto de las circunstancias cuando vino la gran guerra, la primera guerra, donde empieza a faltar el carbón y estas cuestiones no se podía cumplir con los servicios públicos el concesionario. No podía porque la guerra entonces todo era mucho más costoso. Entonces empieza a haber soluciones ¿para qué?, para que el contrato se cumpla porque a la administración le interesaba que se cumpliera el servicio no discutir si el contrato se rescindía. Porque, digamos, no le convenía al particular o este no podía cumplir, no. Trataba de que pudiera cumplirlo adecuando las circunstancias y aparece el hecho del príncipe, la adecuación digamos de la remuneración o sea se le asegura el contratista que es un colaborador que no pierda económicamente, se mantiene la ecuación económica financiera del contratante. Esto que es impensable en un contrato privado donde si a mí me va mal me perjudico, esto intenta. Si bien el particular tiene, cuando comienza el contrato, una serie de elementos y de cláusulas que la administración puede rescindir, el contrato, puede modificarse hasta el veinte por ciento, puede darle orden pero tiene asegurada una remuneración del contratista tal cual la pactó así haya inflación o lo que fuera. O sea, tiene una serie de garantías que no tiene un contratista particular con lo cual el contrato que es un acuerdo de partes acá tiene como es un contrato que tiene mucho tiempo de realización digamos los servicios públicos u obra pública, tratar de adecuarse ¿para qué?, para el cumplimiento. Lo que le interesa es cumplir. Entonces finalmente, una disciplina jurídica es como una obra de arquitectura tiene que tener base firme para que yo pueda hacer el edificio. En base actual después haré un salón se usos múltiples o haré un lugar de estar o demás. Acá es lo mismo. Tengo una base muy firme en la parte general para que después las cuestiones especiales que van surgiendo y que son netamente cambiantes.

Hace treinta años no se hablaba del medio ambiente. No era una cosa que a nadie le importaba. Esto con todo el auge que tiene hay mucho de procedimiento administrativo, mucho de actuación administrativa, mucho derecho administrativo que influye por cierto el ambiente. También influye en esto porque uno tiene que tener en cuenta una responsabilidad, ya digamos la protección del ambiente pero más que nada la preservación y actuar anteriormente bueno pero todo esto los institutos nuestros de la formas jurídicas, el acto, el contrato, el reglamento o lo que es la responsabilidad del Estado. Todo eso se va adecuando, de alguna manera plausible, a solucionar los nuevos entuertos

que van surgiendo. Esto es en teoría, en la práctica nuestro problema es que acá no hay realmente y totalmente un estado de derecho porque si bien todo el mundo admira la forma en que acá el juez puede ejecutar la sentencia, que no hay en ningún país del mundo, ya no se ejecuta porque hay bonos y los bonos no se consiguen o se paga a veinte años. Nuestro deber ser es realmente importante y uno puede hablar del deber ser en cualquier parte del mundo y todavía sigue siendo admirado en algunas respuestas. En cambio los que no conocen en la práctica... ese es el dulce encanto de ser argentino: uno no sabe qué va a pasar dentro de una hora, uno no sabe cuando va en coche y tiene luz verde si el que avanza con luz roja va a pasar y uno dice pasará o no pasará dice uno, entonces, claro, tiene una adrenalina que no tiene un sueco, sin ninguna duda. Nuestro deber ser creo que es perfectible pero está en consonancia con los países más adelantados, nuestro ser está en consonancia con los países más atrasados, muchas gracias.