

ISAAC AUGUSTO DAMSKY*

*Excursos sobre el concepto de Administración Pública
y la construcción histórica de algunas de sus técnicas*

Este propósito mínimo, hacer realidad los derechos del ser humano, es, precisamente por su sencilla elementalidad, el más grande y difícil que puede hacerse el ser humano.

HANNAH ARENDT¹

I. PRIMERAS REFLEXIONES

El punto de partida de mis reflexiones lo constituye la afirmación de la necesidad de iniciar un replanteo de las categorías desde las cuales se elaboraron las teorías de la organización y el control administrativo, porque su formulación tradicional –inexplicablemente aún vigente– es ya obsoleta, y contradice los postulados fundantes del derecho a la buena administración, resultando oclusivas del real mandato que pesa sobre la Administración Pública en tanto vicaria y coadyuvante en la procura de la dignidad humana. Todo ello, a su vez y desde una óptica sistémica, determina que los tradicionales pero actuales contenidos normativos sean disfuncionales, pues se integran fragmentariamente al plano histórico-fáctico destinado a regir, y con ello no satisfacen enteramente el mandato de las normas constitucionales.

Prueba de ello la constituyen los contornos difusos que presenta la identificación actual de lo que debe y no debe entenderse por Administración Pública. En su noción subjetiva como organización que pende del Poder Ejecutivo, resulta inaprensible dada la existencia de estructuras burocráticas en los otros Poderes, la existencia de otras formas de gestión pública realizada por sujetos privados con más la rémora del proceso privatizador de la década de 1990 que encuentra hoy coexistiendo, por un lado, a personas jurídicas privadas que ejercen cometidos públicos al amparo de contratos de concesión, licencias o permisos anudados al fragor privatizador, y, por el otro, a nuevas pero distintas formas de empresas estatales ahora conformadas como sociedades anónimas de un solo socio –el Estado– que, no obstante cumplir cometidos estatales, paradójicamente se encuentran sometidas al derecho privado y exentas del derecho público –y por ende de los postulados tradicionales de la organización administrativa.

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Full Member of the European Group of Public Law at European Public Law Organization.

¹ *La tradición oculta*. Buenos Aires: Paidós, 2004, p. 74.

Pues bien, esta breve y frugal presentación ya de por sí posee aptitud kafkiana pues hoy, utilizando la teoría tradicional de organización administrativa, es muy difícil comprender qué es y qué no es Administración Pública. Más difícil aún será determinar cuándo una actividad se comprende dentro de la imprecisa noción de “función administrativa”.

A lo expuesto se agrega la falta de coordinación entre las organizaciones públicas, las formas privadas de actuación de lo público—sociedades anónimas estatales y privadas destinadas al cumplimiento de cometidos administrativos— y su consecuente falta de mecanismos y técnicas procedimentales de articulación e intermediación con los particulares², puesto que un punto que debe mencionarse es que esta obsolescencia de la teoría de la organización administrativa impacta sobre el procedimiento administrativo volviéndolo también obsoleto. Y todo lo anterior, sin dudas, ocluye la utilización de toda técnica tradicional de control sobre la Administración Pública, pensado también dentro de una concepción tradicional y estática.

Las circunstancias descritas son significativas de la insuficiencia de las normas y los principios fundantes de la teoría de la organización y control aplicada en nuestro país. Sin embargo una visión más amplia del panorama nos indica que la dimensión del problema es aún mayor y alcanza a otras latitudes.

Así, en la introducción a su libro *Eficacia y Administración*, el catedrático español Parejo Alfonso iniciaba décadas atrás su exposición sobre las reformas administrativas españolas, con una descripción que se adecuaba a los términos descritos. Decía: “Cualquier reflexión actual sobre la Administración Pública debe partir y ser consciente del clima de desorientación e incluso confusión

2 Situación advertida décadas atrás, en pleno fragor privatizador, por el sector más tradicional de la doctrina argentina. Así, JUAN CARLOS CASSAGNE, al explicar las distinciones entre las personas públicas estatales y no estatales, señalaba: “existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la Administración Pública, sea porque el legislador las creó en ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal [...] dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público”. Más adelante destaca el cúmulo de dificultades que presenta el criterio de que la composición del ente por capital estatal lo defina como público. Así señala: “este criterio resulta con relación a las personas jurídicas públicas, cuando menos impreciso, teniendo en cuenta la dificultad para caracterizar como estatal el capital de una entidad y las posibles transferencias accionarias que puedan realizarse durante la vida de la entidad, lo cual supone un régimen cambiante e inorgánico”. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho Administrativo*. T. 1. Buenos Aires, 1991, p. 174.

que se padece en la materia. Las causas de la desorientación son variadas, pero entre ellas destaca, el cuestionamiento hoy del Estado, y la paralela reafirmación, como paradigma, de la sociedad civil, con postulación de la retirada de aquél a favor de dicha sociedad". Asimismo en la presentación refiere: "en muy breve tiempo el sujeto central y razón de ser del Derecho Administrativo, la Administración Pública, ha experimentado cambios, que forman parte de un proceso aún no concluido en tanto que parte del más amplio de transformación social y del Estado al que estamos asistiendo. Los datos más significativos son, el peso adquirido por la actividad económica y la asunción progresiva de responsabilidades en nuevos sectores de alta sensibilidad social. Tales datos hacen realidad la crisis del Estado y de lo público, y su teorización como factor clave de la vida social"³. Esta situación se profundizó en nuestro país, por un lado, debido a la progresiva reasunción estatal de cometidos abdicados durante la década privatizadora y, por el otro, por las implicancias jurídicas de las acciones asistenciales directas del Estado que intensificaron las estructuras y categorías conformadoras de un verdadero derecho social administrativo, pero bajo el mantenimiento de las viejas estructuras jurídicas. De por sí, se crea un clima de confusión.

Sin lugar a dudas, el cuadro de situación descrito pone en evidencia que las desconexiones e imprecisiones existentes en torno al contenido organizacional de lo que debe entenderse como Administración Pública, su rol, sus cometidos y sus fines, obedece entre otros componentes a la inutilidad de buscar un concepto único totalizador de todas sus formas y predicable en todo tiempo y lugar. En realidad, la comprensión de qué es y qué no es hoy la Administración Pública solo se comprenderá, pienso, tras una labor mediante la cual se reconozca su existencia y la consecuente evolución de sus técnicas a lo largo de la historia. De allí la importancia de establecer sus contornos históricos, desde los cuales pueda luego abordarse su desarrollo y evolución en nuestra temprana historia y la gestación del concepto en el derecho patrio argentino. Por esto es el carácter inicial de este trabajo y su justificación, pues se procurará establecer algunas breves precisiones sobre la construcción histórica de la Administración con referencia a la aparición de algunos de sus principios organizativos y potestades de intervención.

3 PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Eficacia y administración, tres estudios*. Madrid: INAP, 1995.

II. LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El derecho administrativo y la Administración son ante todo un producto de compleja evolución histórica; y como todo fenómeno jurídico solo desde allí pueden ser comprendidos⁴. Sin embargo al lector no se le escapará la polémica de trasfondo político que ha enfrentado a los autores que piensan que el estudio histórico del derecho administrativo solo puede partir de la Revolución Francesa de 1789, a otros que invitan a partir de etapas más alejadas en el tiempo por entender que es en ellas y no en la "Revolución" cuando se gestan las técnicas propias de la materia.

No es mi propósito ahondar en estas disquisiciones, puesto que excederían del objeto de esta colaboración, pero sí, muy someramente, pasar revista para resaltar la necesidad del dimensionamiento histórico-situado de la materia en aras de comprender los ápices sobre los cuales se erigió la Administración contemporánea.

I. ANTIGÜEDAD

Revisando la obra de los historiadores, Giannini⁵ señala que las dinastías del Imperio Medio faraónico cuidaron de modo particular la "organización administrativa" del país, teniendo noticias de "funcionarios", los cuales nos han legado importantes documentos sobre el "alto nivel administrativo" que había sido alcanzado; o bien que una de las razones por las que el Imperio persa aqueménida no tuvo una vida efímera fue la adopción de una "organización administrativa territorial-militar" perfeccionada, siendo nombrado para cada circunscripción un sátrapa del que dependían numerosos órganos. También el Imperio bizantino tuvo la agudeza de conservar "la excelente organización administrativa" de los Romanos y de perfeccionarla hasta el

4 Hay un número creciente de autores que sostienen que categorías como derecho administrativo, administración pública, han existido siempre. En nuestro país, Agustín Gordillo identifica derecho administrativo con el surgimiento de la noción de "Estado". El mismo autor señala la existencia de la corriente doctrinaria comparada que descubrió normas de derecho administrativo en el derecho romano. GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5.^a ed. Fundación de Derecho Administrativo. T I. po. II-1. Con cita asimismo de BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho*. México, 1964, y otros autores.

5 GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: INAP, 1991, pp. 37 ss.

punto que a ellos se remonta la adopción de la estructura organizativa del “ministerio”.

Quien se detenga en la historia de Roma verá el nacimiento de numerosos atributos que más tarde se consolidarían como integrantes de la potestad, en especial la reglamentaria. En este sentido, en las Institutas de Gayo se revela que la *constitutio principis* es lo que el emperador establece por decreto, epístola o edicto. Y aquí, en germen de lo que posteriormente evolucionará hacia el principio de legalidad, aclara la obra que “jamás se ha dudado que estas decisiones tengan fuerza de ley puesto que es ésta la que le confiere al emperador su poder”. Asimismo esta noción de poder es conocida como *imperium*, el cual es un protoantecedente de lo que muchísimo más adelante en la historia se plasmará como la fuerza ejecutoria del acto administrativo. Estos conceptos resultan aprehendidos en la siguiente fórmula recogida por Ulpiano: “Aquello que es la voluntad del príncipe tiene vigor de ley ya que por la *lex regia* llamada también de imperio, el pueblo le ha concedido toda potestad”⁶.

Enseña luego que uno de los méritos que más a menudo se atribuye a renombrados gobernantes desde Carlomagno hasta Napoleón I es el de haber tenido unas “capacidades administrativas” fuera de lo común y el de haber “reformado la administración”; y entonces se les atribuye la paternidad de alguna “institución administrativa” hoy todavía existente en Europa, y seguramente –por extrapolación– en nuestras latitudes.

2. EDAD MEDIA

El catedrático español Santamaría Pastor principia su análisis histórico a partir de la Alta Edad Media⁷. ¿Por qué la elección de esa etapa?

Explica el autor que ello se justifica en la necesidad de abarcar el ciclo histórico completo de la estructura política del “Estado” desde la perspectiva de los caracteres generales y formas de ejercicio del poder. En efecto, el ciclo histórico se inicia en un momento en que la precedente estructura política –el imperio romano– se ha derrumbado: el poder se halla disperso

6 La fórmula se establece en Ulpiano, Institutas, I, 2, 6, citada asimismo por Gaius, Institutas (ver traducción de DI PIETRO, ALFREDO. La Plata: Librería Jurídica, 1967).

7 SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. I. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 71 y ss.

en múltiples unidades sociales, tornándose la vida política y jurídica muy débil y desformalizada. El territorio del imperio se fragmenta en reinos, gobernados por las élites militares de los pueblos germánicos. El aparato estatal romano, si bien se mantuvo en un primer momento, desaparece luego en virtud de un proceso de dispersión interna del poder que alcanzaría su máximo nivel a fines del siglo XI.

Indica el autor que es el siglo XII el momento en el cual comienza el desarrollo de la reconstrucción del poder en el seno de cada uno de los reinos, y que acabará triunfando con la implantación del período moderno. Esta evolución quebrada del sistema del Poder le permite dividir su estudio en dos fases: la primera, de dispersión y deterioro del sistema institucional heredado del mundo antiguo, que llega hasta fines del siglo XI, y que es conocido como la "Alta Edad Media". La segunda, iniciada en el siglo XII al producirse en el mundo del derecho y las instituciones públicas un profundo movimiento de renovación, y que es conocida como Baja Edad Media. Dentro de esas fases se distinguen los fines, las organizaciones y el régimen jurídico.

De esta forma, en la primera etapa aprecia el autor el núcleo de una incipiente Administración Central: el *officium palatinum*, integrado por oficiales que inicialmente prestaban funciones estrictamente domésticas en la casa del Rey. Más adelante se forjan rudimentarios instrumentos jurídicos del Poder Público que son el germen de las potestades genéricas del Rey. El *bann* o *bannus* era el acto mediante el cual el Rey ponía bajo "especial sujeción" determinadas personas o lugares, amenazando con severas sanciones a quienes hiciesen violencia contra ellas. El concepto evolucionó a todo mandato o prohibición emanada de una autoridad pública, así como a las sanciones aplicables por su incumplimiento⁸. Especial interés merece señalar el tipo de vínculo anudado entre el Rey y sus súbditos dentro del sistema feudal. El Rey posee un complejo de potestades tasadas y concretas que por influencia de la monarquía francesa serán denominados *jura regalia* ó regalías. No son derechos de dominación propiamente dichos, sino que

8 SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., p. 81. Señala que la producción jurídica de estos siglos es escasísima. La exégesis de los textos legales se reduce a la elaboración de unas cuantas versiones parciales de algunos textos de la codificación de Justiniano. Entre los autores solo puede mencionarse a Jonas de Orleans y su *Institutione regia y de institutione laicali*, y a Hinckmar de Reims con sus obras *De ordine palatij* y *De regis persona et regis ministerio*.

se adquieren mediante el “pacto feudo-vasállico” inherente al derecho de propiedad, basado en consecuencia sobre derechos de naturaleza económica⁹.

Las breves apreciaciones expuestas permiten descubrir en esta época una embrionaria conformación del sistema de prerrogativas, si bien limitada, desde que el poder público se funda en una “potestad doméstica” en función de la cual la locución Administración- *administratio regni* (de los textos carolingios) principia por ser un dominio real que la asemeja a la administración de un propietario sobre su patrimonio¹⁰: la Administración Pública coincide con una administración privada.

a. BREVE MENCIÓN DE LA INFLUENCIA DEL PAPADO

En cuanto a la evolución institucional de las estructuras políticas de lo que luego serán los Estados europeos, el punto de partida será el mencionado proceso de minimización del poder monárquico por “ese ente unitario que es la Cristiandad gobernada por la diarquía Papado-Imperio”¹¹, fuertemente establecida desde la era de Carlomagno. Tal proceso alcanza su clímax con la “reforma gregoriana” por la cual la Iglesia sentó las bases de una organización político-administrativa moderna, que luego imitarían las monarquías

9 Según lo expuesto, para SANTAMARÍA PASTOR las regalías son sin duda una de las instituciones capitales en la historia del derecho público (ob. cit., pp. 79, 80). Sobre el punto conviene ampliar en la obra de CHEVALLIER, C. *Le pouvoir royal a la fin du XIII siecle. Les droits regaliens*.

10 Sobre el tema y respecto de la fórmula de la *administratio regni* se recomienda ampliar en CHEVRIER, C. “Remarques sur l'introduction et les visitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les oeuvres des anciens juristes francaises”. En: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, 1952.

11 Es la expresión utilizada por SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., p. 85. El énfasis es puesto por el autor para resaltar la evolución *ad extra* de la posición de las monarquías nacionales en cuyo surgimiento encontrara los decisivos basamentos de lo que más adelante será el derecho público decimonónico. Este proceso de concentración del poder lo explica en los siguientes términos: “Cierto es que tanto el Papado como el Imperio conocieron hasta el mismo Siglo XIV momentos de insólito esplendor: los nombres de los Papas Alejandro III (1159-1181), Inocencio III (1198-1216) y Bonifacio VIII (1294-1304), de un lado, y de los emperadores Federico I Barbarroja (1151-1190) y Federico II (1215-1250) son buena prueba de ello. Pero los síntomas de debilidad eran también evidentes: tras el llamado ‘cautiverio de Avignon’ (1309-1377), el Papado se enfrenta al Gran Cisma de Occidente (1378-1418) y al creciente auge de las teorías conciliaristas; por su parte, el poder imperial se convierte, desde el mismo reinado de Federico II, en poco más que un recuerdo simbólico, quedando Alemania, de hecho, en manos de los príncipes territoriales. No es de extrañar, por tanto, que las diversas monarquías nacionales reafirmaran cada vez más su posición” (ob. cit., p. 87).

nacionales. Esto se evidenció en dos extremos: la conversión de la Iglesia en un poder político supranacional invistiendo al Papado de un auténtico poder directivo, y el empleo sistemático del derecho como técnica de organización política y su dominación. De aquí tiene su inicio la formulación inicial de la noción de jerarquía como principio jurídico de organización administrativa y una de sus herramientas por antonomasia: la avocación; técnicas que serán luego desarrolladas y proyectadas a través de la evolución del derecho eclesiástico.

3. LA REFORMA Y LOS ANTECEDENTES DEL ESTADO MODERNO

La reforma tendría como efecto el surgimiento de un conflicto entre Papado-Imperio que se prolongaría por más de tres siglos, culminando con el agotamiento de ambas potencias, el surgimiento de estamentos nacionales, y la consolidación monárquica como vértice de la organización feudal. Se da nacimiento al "Estado estamental"¹², antecedente directo del "Estado Moderno" de principios del siglo XVI.

¿Cuál es su importancia en el proceso de conformación de la Administración?

Por la virtualidad que para el desarrollo de las potestades administrativas tendrá el principio de la *raison d'État*¹³, que atiende ante todo al principio de

¹² SANTAMARÍA PASTOR lo caracteriza diciendo: "el rey se destaca del sistema feudal, asumiendo el papel de *maior et sanior pars* del reino frente al resto de las fuerzas sociales, nobles y burgueses, a quienes se asocia institucionalmente en las tareas de gobierno. Su manifestación más visible serán las primeras asambleas representativas con participación de la burguesía" (ob. cit.).

¹³ Toda consideración en torno a este principio debe partir del pensamiento de NICOLÁS MAQUIAVELO, por cuyo intermedio la ciencia política declara su indiferencia moral. Por razón "del principio" un acto será conveniente o no según sea beneficioso o perjudicial para conseguir el fin de mantener y acrecentar el Estado. De esta forma, frente a la virtud que la Iglesia predicaba como ideal de actuación humana, MAQUIAVELO coloca una nueva virtud (*virtù*) como cualidad esencial del estadista: es una mezcla de inteligencia y eficacia, valor personal y capacidad para conseguir los fines propuestos, amor a la patria y habilidad en el desempeño de las funciones públicas. Fundamentará entonces la importancia del principio en estos términos: "creo que triunfa el que acomoda su manera de proceder a las circunstancias del momento e igualmente fracasa quien en su proceder entra en desacuerdo con ellas" (*El Príncipe*, cap. XXV, "Cuál es el poder de la fortuna en las cosas humanas y cómo hay que enfrentarse a ella", p. 104. Se sugiere ampliar en CHABOD, F. *Escritos sobre Maquiavelo*. México: FCE, 1984).

la posibilidad y de la necesidad; germen de lo que luego serán las potestades discrecionales.

Y ello desde que este modelo entiende al Estado con entidad propia, superior al Rey y creada para la consecución de determinados cometidos; o como se entenderá luego: para satisfacción de un interés público determinado y cambiante. Esta modalidad de Estado parte desde “la Ciudad”, la que se organiza desde la figura de la personalidad jurídica tomada de los romanos¹⁴. Como técnica administrativa permite la continuidad en la gestión del patrimonio. A partir de allí se recurrió a la práctica de atribuir personalidad jurídica al *officium*. De este modo la organización administrativa se torna en organización de personas jurídicas, siendo una organización administrativa de entes, de la cual rápidamente se distinguen los privados de los públicos en función de dos razones contingentes: las finanzas y la guerra. Determinada la importancia de tales cometidos y la dimensión adquirida a lo largo del tiempo llega a atribuirse parte del poder público, de tal manera que es una organización propia que se interpone entre la colectividad general y las incipientes formas de “Estado”¹⁵.

4. EL SURGIMIENTO DE LAS MONARQUÍAS ABSOLUTAS

Es en esta etapa que comienzan a solidificarse las potestades exorbitantes de lo que luego será la Administración y a desarrollarse la idea de mutabilidad del derecho público: el derecho será ante todo un instrumento del poder para el cumplimiento de un proyecto de Estado. El derecho ya no es “descubierto” a través de decisiones judiciales, sino que es el monarca quien asume la potestad legislativa¹⁶, apropiándose de las fórmulas romanas *quod*

14 GIANNINI, ob. cit., p. 46.

15 GIANNINI, ob. cit., p. 47, nomina a estas formas de actuación organizacional como *strumentum regni* y *palladium libertatis*. Y al referirse al surgimiento de estas formas de Estado señala la dificultad de indicar de modo preciso su nacimiento: “ciertamente las guerras de finales de siglo XV impulsaron a Francia, España e Inglaterra a constituirse en Estados; en Italia se pasó a través de una forma de transición constituida por los Principados, pero en el siglo XVII todos los ordenamientos de los países italianos eran Estados. Por tanto el nacimiento del Estado se inserta en un período que comprende desde finales del s. XV hasta el s. XVII” (ob. cit., p. 47).

16 Dicho proceso comienza propiamente con la reforma gregoriana. Hasta entonces la praxis reconocía a los emperadores una cierta potestad normativa: la “*capitularia*”, consistente en la adición de nuevos preceptos o capítulos a las leyes viejas: “*capitula legibus addenda*”. Ello se consolida y

principi placuit legis habet vigorem y *princeps legibus solutus*, para justificar su absoluta desvinculación y libertad frente a todo tipo de norma jurídica¹⁷.

Dada la infalibilidad de la investidura monárquica, a partir de dichos principios se formularán tres reglas que serán el basamento de la actuación del *princeps*: la *praesumptio pro se* y *executio parata*, que no son otra que la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, y por el otro lado la fórmula *legem patere quam fecisti*, base de la inderogabilidad singular de los reglamentos. A partir de allí se desarrollan las técnicas de la expropiación, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de la Corona, entre otras¹⁸.

Formuladas estas precisiones se ha visto que el poder monárquico deviene absoluto, y que esta evolución se finca en la tradición bajomedieval dirigida a reforzar la figura del “*princeps*”. Finalmente el Rey es superior a la ley, y su poder absoluto será consecuencia de la soberanía. Las circunstancias históricas darán una importancia creciente a la incipiente organización administrativa que vigorizará sus títulos de intervención con el advenimiento del Estado Policía o *Polizeirecht* del siglo XVIII, en el cual se abarca toda la actividad desplegada por el poder público para el gobierno de la comunidad política¹⁹.

5. FRENTE A LAS PUERTAS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Comprenderá el lector la importancia de la evolución brevemente reseñada: en el período inmediatamente anterior a la Revolución de 1789 se logra identificar la solidificación de las prerrogativas de poder público básicas que nutren a una estructura organizacional pública en creciente consolidación. Esta administración, sus técnicas de intervención, y sus reglas jurídicas se cristalizarán con los sucesos posteriores a la Revolución Francesa. Por ello no será este evento el que inicie la conformación de la organización adminis-

la proclamación formal de un poder normativo propio aparece en la obra de Gregorio VII (cfr. SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., pp. 95 ss.).

17 ULPIANO. Digesto I, 4, 1. Sobre el concepto romano de *Imperium* cfr. MAYER. “Romischer Staat und Staatsgedanke. Zurich, 1948, pp. 320 ss.

18 VILLAR PALASÍ. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid, 1968, pp. 98 ss. SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., pp. 98 ss.

19 En su obra GIANNINI enseña que estas nociones de “policía” están tomadas como la clásica *politia* u ordenación de los asuntos públicos (ob. cit., p. 56).

trativa, sino todo lo contrario; la Administración Pública regulada por una normativa propia emergió ya, y es ahora cuando se empieza a consolidar su acepción tradicional.

Este reconocimiento y su situación de consolidación tras la revolución es descrito por Giannini²⁰: hacia finales del siglo XVIII la Administración Pública es un aparato bien del poder ejecutivo (Inglaterra, Estados Unidos) o bien de la Corona. La actividad de la Administración está regulada o por un derecho común (estructura estatal inglesa), o por un derecho público general (estructura del absolutismo puro), o por una rama especial del derecho público (estructura del absolutismo ilustrado). Reconoce el autor en cita que en las tres estructuras hay actos de autoridad del poder público productores de efectos jurídicos que inciden en la vida de los sujetos. Y señala como aportación de la Revolución Francesa la eliminación de las estructuras del absolutismo puro y del absolutismo ilustrado, con la introducción de una nueva estructura que fue llamada desde sus inicios de *droit administratif*. Pero téngase presente que si bien se introduce un nuevo tipo de Estado, este ha conservado el tipo estructural y potestativo adquirido hasta entonces, que más arriba me ocupé de señalar. Así el funcionario de la Corona pasa a ser del Estado, y el “acto del príncipe” en “disposición administrativa”. Sin embargo, el *acte administratif* recién vería la luz en 1810 por obra del *Repertoire de jurisprudence* de Guyot.

6. LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA TEORÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Llegado a esta altura de la evolución de la Administración Pública, debe señalarse que como organización esta quedaría difusa dentro de la teorización de la división de los Poderes. Giannini describe el fenómeno explicando que su inclusión bajo la égida del Poder Ejecutivo respondió a que lisa y llanamente no se le prestó atención; sistemáticamente los juristas se alinearon en la concepción de que la Administración era parte integrante del Ejecutivo. No se ocuparon de los problemas que acarrearía este fenómeno de exclusión, y entonces abordaron la problemática de esta desde una perspectiva funcional: se ocuparon de las “actividades administrativas”,

20. Para las consideraciones que siguen a continuación, cfr. *ibíd.*, pp. 58 a 61.

y como tales solamente fueron entendidas las del “derecho de policía”²¹, que merecieron monumentales estudios y tratados como el de Nicolás De-lamare²². Por esto es que en el siglo XVIII la Administración de la Europa continental pertenecía al aparato de la Corona, en Inglaterra al aparato del conjunto Corona-Gobierno, pero en cualquier caso se pensaba en integrarla dentro del Poder Ejecutivo; es esta la *puissance exécutrice* de Montesquieu. Esto es lo que finalmente sucedió; un intento de integración conceptual de la Administración dentro del Ejecutivo.

La Administración, al quedar integrada al Ejecutivo de la manera expuesta, y condicionado su actuar bajo el axioma del principio de legalidad, hizo que se la teorizara como un aparato para la “ejecución de la ley en tutela de intereses públicos”. La praxis indica su inexactitud, al igual que una comprensión inexacta de la división de poderes, la que ha tenido históricamente significados diversos. La clarificación vendrá entonces al dar contexto histórico a la segunda cuestión. Propongo abordar someramente el problema de la división de poderes.

En el contexto de los tremendos abusos del poder público de que da cuenta la realidad europea de la primera mitad del siglo XVIII, Montesquieu teorizó pretendiendo una distribución de funciones entre “cuerpos”. Buscó en la constitución de la Roma antigua y en la de Inglaterra que le era contemporánea, todos aquellos cuerpos e instituciones que limitasen el uso de poderes de otros cuerpos sociales. De esta forma llega a la ecuación de límite y control recíproco entre los poderes.

Dado que esta fusión conceptual resulta inexacta, lo que más adelante se teorizará como función administrativa quedó absorbido bajo el único

21 El ilustre profesor argentino Carlos Grecco ejemplifica el fenómeno de la policización de la Administración citando el “Edicto de Lugartenencia General” de la policía parisina de 1667, generalizado en su aplicación a toda Francia a partir de 1693. Esta explayación de la técnica policial como dispositivo de “unificación antifeudal”, trasladada al orden administrativo, define la policía como todos los dispositivos que tienden a asegurar el reposo del público y de los individuos, a proteger las villas y las ciudades de todas aquellas causas que puedan originar desórdenes públicos, a procurar la abundancia y, aquello que quizás sea más sugestivo, a tratar de que cada individuo, de que cada uno, viva según su condición y caracteres”. A excepción de las funciones propias de política exterior, economía y finanzas (propias del Poder Ejecutivo), todo es reglamentado policialmente por intermedio de lo que se llamaba “la administración interior civil del Estado” (GRECCO, CARLOS MANUEL. “Poder de Policía”, p. 73, conferencia dictada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, publicada en *Revista AEDP* n.º 12).

22 Citado por GRECCO, ob. cit.

fundamento de que esta responde a la idea de poder ejecutivo; o como en nuestro país intentó explicar Marienhoff, “en la distribución de las funciones estatales, al llamado Poder Ejecutivo le está asignada la función administrativa, como función específica; de ahí deriva la asimilación de poder ejecutivo y poder administrador”²³.

Esta descripción da cuenta de la “*Babel de las ideas*” en torno al concepto de Administración, ya que para explicarla se debió superar la división de poderes, procediendo a teorizar sobre la existencia de un solo poder y su división funcional, lo cual permite la asunción de ellas por cada uno de los tres “departamentos” del Poder. Y siendo ello así se encontrará Administración Pública en todos los rincones del Poder: el Judicial abandonará circunstancialmente la toga para hacer las veces de administrador, haciendo lo suyo el Legislativo.

Este Estado disfuncional también resulta explicado por Marienhoff: “el poder del Estado es único: las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división del poder sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones. La llamada división de poderes es una medida que tuvo por mira evitar el despotismo, impidiendo que el ejercicio de todas las funciones estatales quedase concentrado en una sola mano. Con ello se tendió a asegurar los beneficios de las libertades públicas. Pero no se trató de una división de poderes, sino de una distribución de funciones”²⁴. Y más adelante concluye:

... cada uno de los órganos esenciales –legislativo, ejecutivo y judicial– aparte de sus propias funciones específicas, ejerce o realiza otras de la misma naturaleza que aquellas que caracterizan a los demás órganos. El Congreso, legisla, juzga y administra. El ejecutivo administra, pero también legisla y juzga (Resulta llamativo ver como esta última afirmación sigue siendo defendida todavía por algún sector de nuestra doctrina a pesar de que nuestra Constitución Nacional lo prohíbe²⁵).

23 MARIENHOFF, MIGUEL SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I, p. 81.

24 *Ibíd.*, pp. 34-35.

25 El contenido me pertenece. Sin perjuicio de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales tributarias de la corriente mayoritaria, es útil recordar algunas cláusulas constitucionales vigentes: el artículo 109 de nuestra Carta Magna establece: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. También es útil recordar que dicha prohibición es asimismo una garantía del particular. Como tal resulta demandable judicialmente por conducto del artículo 29 de nuestra

Igual cosa ocurre con el órgano judicial: juzga, sin perjuicio de realizar actos de naturaleza legislativa, y otros donde actúa como administrador. El carácter substancial y distintivo de estas actividades no se modifica, cualesquiera fuesen los organismos que las produzcan²⁶.

Quizás sin esa pretensión, la exposición de Marienhoff sin lugar a dudas se convirtió en una brillante descripción de la confusa ubicación de la Administración contemporánea y de la dificultad de determinar cuándo el particular se encuentra frente a ella.

Por esto creo que dentro de esta cuestión, y como punto de inicio de todo estudio sobre la Administración Pública, cabe preguntarse: si los tres poderes pueden asumir las “tres funciones”, ¿cuál es el sentido entonces de la división de poderes?

Dado lo vasto del tema me limitaré a dejar planteado el interrogante. En todo caso, la pregunta sirve para advertir que el contenido y problemática de las funciones de los Poderes del Estado, al igual que la teoría constitucional, es un especial capítulo de análisis que requiere de un profundo replanteo de las categorías del derecho público decimonónico desde las cuales ha sido teorizada y normada esta materia.

Advierta el lector que una vez determinado el impacto de la supranacionalidad de organización política y ordenamiento jurídico sobre el orden constitucional y administrativo interno, con la consiguiente mutación de la acepción tradicional de los principios de soberanía y división de poderes, de ello se sigue la imposibilidad de pensar y actuar el sistema en sus términos originales sin provocar una profunda disfunción entre el plano constitucional vigente, su basamento filosófico-político y el plano fáctico o campo de los hechos, para los cuales fue pensado y sobre los cuales opera el sistema.

Nótese que el embrionario derecho de la integración comunitaria ha sido acogido por nuestra Carta Magna en su artículo 75, inciso 24, bajo la nota de organización supraestatal con competencias, potestades originarias, y

Constitución, que prohíbe al Congreso “conceder al Ejecutivo [...] facultades extraordinarias, ni la suma del poder público”. Y finalmente debe tenerse presente que esos actos se encuentran fulminados de nulidad. El mismo artículo 29 dice: “actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable”.

Para una mejor comprensión de la “doctrina minoritaria” a la cual adscribo, sugiero el estudio de las obras de GORDILLO, AGUSTÍN (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1) y SALOMONI, JORGE LUIS (*Teoría General de los Servicios Públicos*).

26 *Ibíd.*, t. 1, pp. 36-37.

operatividad directa de sus actos. Todo ello recepciona un sistema de poder que modifica en forma sustancial el contenido de las funciones estatales tradicionalmente aceptadas²⁷.

La importancia de este fenómeno de fusión "Administración-Ejecutivo" es tal que puede erigírsele en un hito del desarrollo histórico de la noción de "Administración Pública", ya que da inicio a una confusión funcional aún subsistente: como señalé al inicio, hoy día no se sabe con exactitud qué se entiende por Administración Pública, sector público; o cuándo se está en presencia de una persona jurídica de Derecho Público, máxime advirtiendo que hoy tenemos personas jurídicas privadas operando cometidos públicos y personas jurídico estatales organizadas como sociedades anónimas bajo el régimen de derecho privado que igualmente operan cometidos estatales. Menos aún existe claridad en los contornos conceptuales, y de allí la importancia de pensar en el replanteo de esta cuestión.

A la luz de su evolución histórica se descubre no solo la existencia de Administración y sus prerrogativas con anterioridad al Estado decimonónico, sino también la inexactitud de conceptualizar a la Administración como función específica del Poder Ejecutivo. De lo que se trata, es de que los futuros estudios inicien la reconstrucción de este concepto.

III. LA TEORIZACIÓN CLÁSICA DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha señalado, es a finales del siglo XVIII, superados los acontecimientos de la Revolución Francesa, el momento en el cual se obtiene la acepción tradicional de la Administración Pública en virtud de solidificarse sus pilares organizacionales acuñados a lo largo del desarrollo histórico reseñado más arriba, si bien con los efectos que la división de poderes tendría en su incardinación dentro del Ejecutivo.

27 Para una mejor comprensión del tema cfr.: SALOMONI, JORGE LUIS. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, cap. V; CASSESE, SABINO. "Derecho Administrativo comunitario y Derechos Administrativos nacionales". En: *Revista A e DP* n.º 7, mayo-agosto de 1998. Buenos Aires; STORTONI, GABRIELA. "Sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la integración frente al esquema del Tratado de Asunción". En: *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, n.º 2. Buenos Aires, 1996; DAMSKY, ISAAC AUGUSTO. "Reflexiones sobre la conformación del Derecho Ambiental del Mercosur". En: *ED*, 181-1247.

La Administración se erigirá entonces como una fuerza creadora de bienes, el instrumento más eficaz para una verdadera elevación de la vida social, idea que resulta caracterizada en la obra de Olivan:

La Administración, rota la valla del miserable círculo fiscal, se presenta y deja contemplar extensa, tutelar, benéfica, creadora, presidiendo a los destinos del país, y proveyendo de elementos de poder y grandeza al Estado. Entonces se ha ensanchado y ennoblecido, a medida que se ha ido reconociendo la utilidad de su acción. Y como desde el recaudar y pagar haya acudido a todas partes a proteger, ramificándose para fomentar todos los intereses legítimos, ya materiales, ya morales, de ahí es que estas nuevas funciones le confieren mayor importancia y consideración que las primitivas, elevan el conjunto de sus principios y reglas a las categoría de trascendentalísima ciencia social, y ofrecen al entendimiento una idea grandiosa²⁸.

Ello da cuenta de una primera noción que ve a la Administración como acción de conformación social, como organización creadora y elevadora de la vida social, desde la perspectiva del pensamiento ilustrado²⁹. En sus aspectos organizacionales se logra el punto más alto de la historia administrativa en la separación entre funcionario y función, en la construcción abstracta e impersonal del aparato administrativo. Es un dato importante de señalar ya que, en las palabras de García de Enterría, “la moderna burocracia arranca directamente de esta fecha. Desde entonces no hace sino acendrase el proceso de abstracción de lo orgánico, de diferenciación paulatina, de sutileza y eficacia de medios técnicos”³⁰.

IV. LA TEORÍA DEL ÓRGANO COMO PILAR DE LA NOCIÓN TRADICIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es interesante tratar, aunque más no sea someramente, esta cuestión de la teoría del órgano, porque es a través de ella que se puede intentar aprender los atributos jurídico-administrativos principales de la organización administrativa tradicional. Claramente, la Administración en su acepción tradicional

28 OLIVAN, ALEJANDRO. *De la Administración pública con relación a España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, extractado de la edición de 1954.

29 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Administración Española. Estudios de ciencia administrativa*. Madrid: Civitas, 1999, p. 58.

30 *Ibíd.*, p. 190, se señala que este proceso es la puesta en obra del “gran principio” de la administración napoleónica: obra de uno es la acción; la deliberación y el consejo, obra de muchos.

operaba sus efectos a través del dictado de actos que son emitidos por órganos. Introducir elementos para discutir esta cuestión es entonces de utilidad.

Así, comenzaré apuntando que una considerable cantidad de autores se ha ocupado de esta formulación para explicar un tipo especial de vinculación entre funcionario y función administrativa, y los efectos jurídicos de los actos dictados bajo esta habilitación competencial. Básicamente se persigue justificar por qué las consecuencias jurídicas de las voluntades de las personas físicas que integran la persona jurídica estatal son imputables a esta y no a dichas personas físicas. Y de esta forma se superan las insuficiencias de las anteriores teorías, del mandato, y de la representación³¹.

Advierta el lector una primera idea: la importancia de la teorización del órgano es tal, que en la génesis histórica de su formulación se la entroncó con la idea de la existencia misma del Estado. Así Jellinek³² sostuvo en 1892: “El Estado es una persona jurídica y no puede alcanzar sus fines si no valiéndose de personas físicas-órganos”. Y enfatiza: “El Estado solo puede actuar por medio de sus órganos; si se eliminasen, desaparecería también la figura misma del Estado”.

En el siglo xx Forsthoff³³, continuando la línea expositiva, enseñó: “toda unidad administrativa, toda autoridad de la Administración del Estado, forma parte del conjunto de la institución del Estado”. En nuestro país, Marienhoff continuó la argumentación señalando: “el Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas constituyen los llamados órganos personas”³⁴. Y entonces con acierto observa Cassese, resulta ser que no es la organización en su conjunto, sino que es el órgano el tema dominante; estableciéndose por esta razón una ligazón, aún subsistente, Estado-órgano como sujeto representante inmediato del Estado.

Llegados a esta altura pasaré revista a las nociones que integran la teoría del órgano, para luego ensayar las críticas que pueden formularse en aras de superar sus postulados organizativos.

31 A fin de no distraer el objeto central de esta exposición, no se abordarán las nociones que inspiran a las teorías del mandato y de la representación. En aras de una mejor comprensión de ellas cfr. las obras de MARIENHOFF y CASSAGNE.

32 JELLINEK. *System der subjectiven öffentlichen Rechte* (1892). 2.ª ed. Tübingen, 1905, p. 225.

33 FORSTHOFF, ERNST. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*. 1. 8.ª ed. München, 1961, p. 103.

34 MARIENHOFF. *Tratado*. Tomo I, p. 516.

Esta formulación se basa en la inexistencia de la relación jurídica de representación entre el órgano y la organización, en virtud de que ambos son expresión de una misma realidad que es la persona jurídica. Por esto se explica que entre la noción de órgano y la de representación hay una diferencia esencial. La calidad de representante deriva de una norma o acto precedente; en cambio, la calidad de órgano deriva de la propia constitución de la persona moral: integra la estructura de esta y forma parte de ella. El órgano nace con la persona jurídica³⁵.

Dicho en otras palabras, el órgano deriva de la propia persona jurídica por ser elemento integrante de su estructura; al actuar el órgano actúa la persona jurídica, no existiendo vínculos de representación entre ambos³⁶. De esta forma no actúa en base a un vínculo exterior con la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización.

La dinámica de su actuación resulta explicada con base en la existencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se caracteriza por un "haz de competencias" que resultan integradas en un cúmulo de potestades. El segundo se encuentra referido a la persona física del funcionario que actúa por el órgano en los aspectos que hacen a su voluntad y capacidad, contextualizada dentro del "principio de especialidad" por virtud del cual se imputa al órgano la expresión de voluntad del acto administrativo. Ello llevó a la doctrina a conformar una "idea unitaria" sobre el órgano para así unificar el haz de imputaciones de órgano físico-órgano institución, por cuanto ninguno de estos tiene existencia autónoma.

35 *Ibíd.*, p. 518.

36 CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho Administrativo*. T. 1, pp. 160 ss. El autor demuestra la importancia de esta formulación teórica a partir de los presupuestos de configuración de la responsabilidad estatal, enseñando que "es presupuesto para la existencia de responsabilidad la conducta de un órgano o funcionario que le sea jurídicamente imputable, y de ahí la importancia de establecer cómo se imputa la voluntad al órgano estatal". Y señala luego: "La Corte Suprema nacional ha dicho en este sentido que la actividad de los órganos y funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (*ibíd.*, p. 161).

I. CRÍTICA A LA TEORÍA

En síntesis, puede decirse con Santi Romano³⁷ que el principal carácter distintivo del órgano no está en su función, sino, todavía antes, en su penetración con un ente jurídico, el cual recurre para la obtención de sus fines a personas que, prestándole su propia voluntad, y su propia actividad, desaparecen en los engranajes del conjunto, transformándose en medios idóneos para hacerle querer y obrar. Esta y todas las explicaciones nos retrotraen a las nociones extraídas desde Jellinek a Forsthoff en torno a la importancia de la figura: es el órgano quien actúa o hace actuar al Estado. Se preguntará el lector el porqué de la crítica desde su aspecto fundante.

La crítica inicial apunta a denotar que el enfoque expuesto trae como consecuencia que se desentienda de la organización y su conjunto, pero se interese por el órgano. Vale decir, se liga Estado-órgano pero con prescindencia de toda vinculación con la organización —o repartición pública— en la que se halla inserto el órgano. Su efecto será, como lo señala Palomar Olmeda, “el abandono científico de la organización administrativa”³⁸.

A la luz de esta teoría, un sector de la doctrina italiana, encarnado en Sabino Cassese, se encarga de señalar que “una organización en sentido propio, como conjunto de órganos, no existe siquiera, ni puede existir, si la unidad de los órganos se realiza en el Estado-persona”³⁹. Así se critica a la teoría en tanto el enfoque propuesto resulta parcial y no abarca el fenómeno en su conjunto, sino solo en cada una de sus partes, engendrando importantes disfunciones, como por ejemplo en el régimen de la responsabilidad del Estado, y la difusa imputación a los agentes públicos. Ello se aprecia no bien se comprenda que aunque la función del órgano es la de permitir obrar al Estado, siendo el órgano el individuo, este, al no identificarse completamente con aquel por ser solo su titular y necesitar del “elemento objetivo”,

37 ROMANO, SANTI. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Milán, 1983, voz “órgano”, p. 148.

38 PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. *La organización administrativa: tendencias y situación actual*. Granada: Comares, 1998, *Introducción*, p. XIII. Allí remarca la importancia del estudio contextualizado y regionalmente situado de la organización administrativa, al decir: “no puede disociarse el estudio de la organización de la Administración misma y ésta, a su vez, del modelo de sociedad a la que aquella sirve. Aquí ha habido cambios notables con una incidencia plural que han transformado los esquemas preexistentes. De esta forma, el modelo de sociedad es un condicionante evidente de todo cuanto se refiere a la Administración pública”.

39 CASSESE, SABINO. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, p. 132.

torna difusa la imputación del acto y el deslinde de responsabilidades, ya que, por ejemplo, ¿es responsable el órgano director general o la persona que lo encarna?

Le sigue a su vez otra duda: si el órgano se integra por un sujeto bajo un supuesto régimen de responsabilidad de funcionarios públicos, ¿cómo puede suceder que luego se imputen todas las consecuencias de sus actos al Estado? Y concediendo que se distingan hipótesis en las cuales ciertos efectos del acto recaigan sobre el funcionario, ¿puede el órgano para algunos efectos ser parte del Estado, y para otros no serlo?

Relativa a la desconexión del órgano con las relaciones y los circuitos administrativos internos de cada repartición, cabe recrear una observación formulada por Cassese: ¿qué relación existe entre el Estado y sus órganos y entre los propios órganos? Al no ser los órganos personas jurídicas, no podrían existir relaciones entre el Estado y los órganos, ni entre los órganos entre sí⁴⁰.

En este sentido denuncia Cassese que detrás de la unidad de la persona-Estado se vienen a esconder algunos de los problemas más importantes del derecho administrativo moderno, aquellos relativos a la relación jurídica entre órganos, cuya complejidad es tal que requiere no solo una minuciosa regulación procedimental (que establece qué órgano toma la iniciativa, cuál dicta el acto, y cuál lo controla), sino el recurso frecuente a acuerdos, con los cuales los órganos públicos, después de haber negociado al igual que los particulares, estipulan contratos relativos a obligaciones recíprocas.

Puede afirmarse sin hesitar que esta desconexión es la pretendida por esta teoría. Piénsese en sus consecuencias: no justiciabilidad de toda la actividad administrativa que no ocasione efectos jurídicos directos a terceros, pero que sin embargo pueda generar efectos indirectos por los perjuicios al erario público o la insatisfacción del interés público que puedan ocasionar las distintas formas del relacionamiento administrativo, y los consecuentes actos de administración. Piénsese asimismo en los males que aquejan a nuestra Administración: excesiva presupuestación para satisfacer un núcleo mínimo de necesidades, o el geométrico crecimiento del aparato administrativo mediante la incorporación incontrolada de agentes.

Se sigue la peligrosa afirmación de que si tales relaciones, Estado-órgano, u órganos entre sí, no son relaciones jurídicas, no son actos administrativos

40 *Ibid.*, p. 133.

al obligar a aquella y no tener esta personalidad jurídica⁴³, solo será posible auditar, controlar o enjuiciar a aquella y no a este.

Finalmente, y en los aspectos organizativos que aquí interesan, se la critica por su pretendida contribución a la "impersonalidad del poder", a la que llega la teoría al proponer que "no es el Estado sino sus órganos los que estipulan los contratos". Ello fue muy loable en el contexto histórico en el cual se formuló, pero ya no es más predicable.

Adviértase que lo pretendido fue "hacer impersonal el poder del soberano, desvinculando el Estado de la figura del monarca y sometiendo el mismo monarca al Estado y al Derecho, allí donde, precedentemente, el monarca era soberano del Estado y sobre el Derecho. Por tanto la primera exigencia a resolver era la de permitir el paso del Estado absoluto al Estado de Derecho"⁴⁴. Sin embargo, hoy día no puede sostenerse la "impersonalidad del poder" por el hecho de encontrar una Administración apropiada por el Estado. No existe más la necesidad de suponer la existencia de una ficción jurídica para "despojar a sus ejecutores de su capacidad de desear intereses personales, porque basta que los titulares de los órganos estén al servicio del pueblo soberano". Así, si para Europa vale la máxima de "los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación", a nosotros nos basta el principio representativo contenido en la disposición del artículo 22 de la Constitución Nacional: "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes".

De esta forma, si bien esta teoría significó un avance en la conformación de la voluntad administrativa, no puede desconocerse que en los términos actuales de conformación del Estado se contribuyó a levantar un vallado al control y un principio de desconexión en los circuitos administrativos, y en la organización administrativa en su totalidad. Finalmente, sobre estas conclusiones deberá erigirse una nueva teorización en la cual sea la organización administrativa y no el órgano quien tenga el lugar preponderante.

43 No es casual el énfasis con el cual MARIENHOFF señaló esta circunstancia. En reiterados pasajes de su obra se encargó de puntualizar: "los órganos que, como tales, integran una persona jurídica, no pueden considerarse como sujetos de derecho, con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. La personalidad, en tal caso, le corresponde a la persona jurídica [...] los meros órganos de una entidad no tienen personalidad: no son sujetos de derecho [...] Así, los órganos legislativo, judicial y ejecutivo, integrantes de la persona jurídica Estado, carecen de personalidad, la cual le corresponde al Estado" (ibíd., t. I, pp. 520-521).

44 CASSESE, ob. cit., p. 134.

CONCLUSIONES

Hasta aquí se ha visto que la importancia de este fenómeno de fusión "Administración-Ejecutivo" es tal que puede erigirse en el hito del desarrollo histórico de la noción de Administración Pública, ya que da inicio al complejo entramado vigente. A la luz de la evolución histórica en el plano comparado, se descubre la existencia de Administración y sus prerrogativas con anterioridad al Estado Constitucional. También se aprecia la inexactitud de conceptualizar a la Administración como función específica del poder ejecutivo. De allí la importancia de pensar en el replanteo de esta cuestión. Puede aventurarse que esta compleja situación imperante se agrava en mi país, Argentina, dada la falta de construcción de los institutos centrales de nuestra Administración Pública contemporánea como una evolución lógica de sus instituciones precedentes y acordes a nuestro sistema jurídico. Tan es así que nuestro peculiar sistema federal de gobierno, que tomó del modelo norteamericano la supremacía constitucional y su dinámica de división de poderes, se encontró desnaturalizado por la implementación de un derecho administrativo de sesgo continental europeo, fuertemente centralista y unitario y con una distinta dinámica organizativa del poder.

De esta forma la exposición que se realizó, creo, funge de punto de inicio a futuros estudios que tiendan a comprobar las hipótesis enunciadas. Para ello se entiende que deberá observarse la primera evolución de las instituciones administrativas locales, en paralelo con el análisis de la obra de los primeros publicistas argentinos de finales del siglo XIX y principios del XX, hoy prácticamente olvidados. Me estoy refiriendo a la obra y el pensamiento que circundó a Vicente Fidel López, Lucio López y Ramón Ferreyra, principalmente, sin pasar por alto el derecho público provincial de nuestro padre fundador Juan Bautista Alberdi.

Es que, más allá de que se compartan o no sus perspectivas, como señaló el politólogo norteamericano Dwight Waldo: "El Estado es una institución humana, es humana de arriba abajo; no se basa solamente en un sistema formal, en capacidad y número. No es ciertamente una máquina que se puede desmontar, proyectar y montar de nuevo sobre la base de leyes mecánicas. Es más semejante a un organismo vivo. La reorganización del Estado no es una tarea mecánica. Es una tarea humana y ha de enfocarse como un problema de moral y de personal, a la vez que como una cuestión de lógica

y de organización”⁴⁵. De ello se sigue que ni puede disociarse el estudio de la organización de la Administración misma del contexto temporal y espacial llamado a servir, comprensivo este de los especiales usos y costumbres administrativos y de las vicisitudes de la sociedad a la que se sirve, ni tampoco prescindirse ni saltarse a los hitos de evolución histórica de cada una de las técnicas devenidas luego en instituciones jurídico administrativas. Si el derecho a la buena administración tiene por finalidad la tutela de la dignidad humana, el modelo de sociedad es un condicionante evidente de todo cuanto se refiere a la Administración Pública; solo desde allí puede ser pensado. Volver la mirada al pasado para reencontrarnos en el camino con nuestras bases de legitimidad y así transitarlo coherentemente hacia el futuro. Parafraseando al Gran Verdi, cierro mi colaboración exhortándoles: *tornate all'antico e sarà un progresso*.

BIBLIOGRAFÍA

ARENDRT, HANNAH. *La tradición oculta*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho*. México, 1964.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho Administrativo*. T. I. Buenos Aires, 1991.

CASSESE, SABINO. “Derecho Administrativo comunitario y Derechos Administrativos nacionales”. En: *Revista A e DP* n.º 7, mayo-agosto de 1998. Buenos Aires.

CASSESE, SABINO. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

CHABOD, F. *Escritos sobre Maquiavelo*. México: FCE, 1984.

CHEVALIER, C. “Remarques sur l’introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les oeuvres des anciens juristes françaises”. En: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, 1952.

DAMSKY, ISAAC AUGUSTO. “Reflexiones sobre la conformación del Derecho Ambiental del Mercosur”. En: *ED*, 181-1247.

FORSTHOFF, ERNST. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*. I. 8.^a ed. München, 1961.

45 WALDO, DWIGHT. *The Administrative State*. NYC: Ronald Press Company, 1961, p. 262.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Administración Española. Estudios de ciencia administrativa*. Madrid: Civitas, 1999.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: INAP, 1991.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5.^a ed., Tomo I. Fundación de Derecho Administrativo.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3.
- GRECCO, CARLOS MANUEL. "Poder de Policía", conferencia dictada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1999, publicada en *Revista AEDP* n.º 12.
- MARIENHOFF, MIGUEL SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I.
- OLIVAN, ALEJANDRO. *De la Administración pública con relación a España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, extractado de la edición de 1954.
- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. *La organización administrativa: tendencias y situación actual*. Granada: Comares, 1998.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Eficacia y administración, tres estudios*. Madrid: INAP, 1995.
- ROMANO, SANTI. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Milano, 1983.
- SALOMONI, JORGE LUIS. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. I. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
- STORTONI, GABRIELA. "Sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la integración frente al esquema del Tratado de Asunción". En: *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, n.º 2. Buenos Aires, 1996.
- VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid, 1968.
- WALDO, DWIGHT. *The Administrative State*. NYC: Ronald Press Company, 1961.