

DERECHO SUBJETIVO Y RESPONSABILIDAD PUBLICA

A propósito de un reciente libro de J. R. Dromi *
ALBERTO RAMÓN REAL

Este denso y meditado libro abarca una temática mucho más extensa de lo que sugiere su título.

Está precedido de un conceptuoso prólogo de Alvaro Tafur Galvis, administrativista colombiano, profesor y Rector de la prestigiosa Universidad bogotana Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

La presentación de la obra es impecable. Un índice general sistemático inicial revela el cuidadoso plan de la obra. Esta termina con dos utilísimos anexos, una bibliografía, selecta y detallada, que abarca casi veinte páginas, de los tratados, monografías, artículos de revistas, sentencias, notas de jurisprudencia, etc., que citó el autor; y un índice alfabético de materias, que se remite a las páginas del libro donde se mencionan o definen los respectivos conceptos.

Estas virtudes formales, que aumentan la utilidad de los libros jurídicos, no son comunes en la literatura latino americana de derecho. Pero los méritos de esta producción científica de Dromi exceden, —en mucho—, a su excelente confección formal. El contenido, la técnica sustantiva, la base política y la inspiración axiológica, califican a este libro como un esfuerzo intelectual muy bien orientado y logrado, sumamente original por sus sistemática visión de conjunto de la materia.

Este nuevo libro de Dromi es una obra culminante, por la amplitud del enfoque que presenta, por la decantada información que revela y por el grande y certero conocimiento de la materia que ostenta, no sólo en sus aspectos

* Derecho subjetivo y responsabilidad pública, Ed. Temis, Bogotá, 1980, 204 págs.

procesales sino también en los sustantivos. Es una obra de teoría general, fundada en bases filosóficas humanistas y en los principios del constitucionalismo y del Estado social de derecho contemporáneo. Considero del mayor interés científico, cultural y cívico, la amplia difusión de esta obra, que puede ejercer un tan positivo como necesario efecto educador sobre las nuevas generaciones de estudiantes, abogados, jueces y juristas, en general. En épocas de retroceso autoritario, estas lecturas pueden ser la simiente de un futuro derecho positivo (realmente aplicado) más humano y más justo. Es particularmente destacable el carácter racional y universal de los conceptos expuestos por el autor y la sistematización y unificación que realiza, de diversos institutos y nociones, a través de una cabal comprensión de su finalidad.

La obra comentada es expresiva de una refinada cultura filosófico-jurídica y de una sólida formación en teoría general del derecho, a la vez que de un gran sentido práctico y de una información crítica, amplísima, del derecho comparado del procedimiento y del proceso administrativo, especialmente el provincial argentino, cuyo pluralismo y modernidad lo convierten en una fuente riquísima de novedosas experiencias.

La obra se desenvuelve a través de cuatro capítulos, que sucesivamente, versan sobre: *I*) La responsabilidad pública, presupuestos del derecho subjetivo; *II*) Derecho subjetivo: presupuesto de la responsabilidad pública; *III*) Control judicial: medida de la responsabilidad pública; *IV*) Protección procesal: medida del derecho objetivo.

Estos títulos de los capítulos son claro indicio de la posición realista y garantista del autor, que no se contenta con platónicas declaraciones abstractas de derechos teóricos como libertades públicas, sino que reclama su protección eficaz y concreta, mediante remedios jurídicos eficaces, para que quepa considerarlos como verdaderos derechos subjetivos públicos.

Quedan así condenados los constitucionalismos "ilusorios", simulados o aparentes, estructurados para cohonestar situaciones políticas intrínsecamente antijurídicas e incons-

titucionales. Es de gran valor educativo la prevención contra tales engaños, cuando dicha prevención procede de enseñanzas tan autorizadas como la de Dromi.

No podemos dar una idea, en esta breve nota, de todo el rico contenido conceptual de la obra de Dromi, que nos ocupa. Solamente mencionaremos, a vía de ejemplo, algunos de los acertados conceptos del autor, que nos honramos en compartir, como muestras de su plausible enfoque, humanista, garantista y técnico-jurídico. Algunas afirmaciones de Dromi expresan el espíritu de su doctrina:

“La comunidad sin derechos individuales deja de ser una comunidad” (pág. 2). La responsabilidad pública es presupuesto político jurídico del derecho subjetivo (pág. 4). El derecho subjetivo tiene del realismo “la libertad pública” y del formalismo “su reglamentación”. *Los derechos subjetivos son libertades públicas reglamentadas* (págs. 5-6; destacado en el texto). De las técnicas procesales depende la medida del derecho subjetivo, “La legalidad administrativa” (antecedente) y “el control” (consecuente) encuentran su raíz sustantiva en el “Estado de derecho” nacido del constitucionalismo liberal democrático, que le asigna a la comunidad política una finalidad humanista. El Estado de derecho significa “sumisión a las leyes”, pero especialmente a un particular modelo legislativo: *las leyes de libertad*. Es decir, aquellas normas cuyo objeto es hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social (pág. 10). La visión puramente formalista es insuficiente. El principio de legalidad “a solas” no dice nada” (págs. 10 y 11). Debe completarse con la orientación político finalista, con la axiología, que nos permite distinguir lo “verdadero” de lo “falso”, lo “bueno” de lo “malo”, pues la axiología cataloga una graduación de valores que define la rectitud o no del obrar.

Me complace en transcribir los conceptos que siguen, totalmente concordantes con mi anterior afirmación (de hace más de veinte años, hecha en “El Estado de derecho”, 1967) de que (escribe Dromi, pág. 11):

“Sólo es verdadero Estado de derecho el que lo es en sentido material e incluye el sistema de garantías y la *fin-*

lidad personalista"... "El imperio del derecho —*rule of law*— supone la conformidad del orden jurídico con el escalonamiento normativo formal y con valores sustanciales metajurídicos sin cuyo respeto integral no existe Estado ni derecho". Dromi cita, conforme a propósito de estos conceptos a REAL, A.R. *Estado de derecho y humanismo personalista*, Montevideo, 1974 y *Principio de legalidad y validez del acto administrativo* en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, Montevideo, 1978, año II, N^o 2, pág. 59 y s.

De más está decir que concordamos con estas ineludibles bases políticas de las que parte el profesor Dromi. Hace ya mucho tiempo que negamos (y hoy más que nunca mantenemos la negación), la calidad de Estados de derecho a los que pretenden vestir tal ropaje (por aquello de que "la hipocresía es el homenaje que el vicio rinde a la virtud") y practican la "legalidad socialista" u otras formas de dictaduras de partido único, proclamadas o encubiertas, que por naturaleza, excluyen el control por una opinión pública libre y por jueces independientes. Consecuente con esa opinión, —reafirmada hoy por la experiencia—, me complazco en celebrar la coincidente premisa de la que parte Dromi. Esta premisa, democrática y republicana es la mejor garantía del acierto que resplandece en las soluciones concretas expuestas en la obra de Dromi. El acierto del punto de partida asegura el rumbo hacia el correcto punto de llegada.

Estudia las *situaciones jurídico administrativas* de los intervinientes en las relaciones jurídicas administrativas: situaciones de los administrados y de la administración. Los particulares, en la relación jurídica subjetiva (de administrados, contribuyentes, vecinos, usuarios, etc.) pueden ser titulares de derechos y obligaciones. El autor afirma la esencial unidad de los derechos en cuanto las libertades públicas traducen en el campo jurídico, en la forma del derecho subjetivo.

Rechaza la concepción formalista que pluraliza las situaciones subjetivas, distinguiendo el derecho subjetivo propiamente dicho, el interés legítimo (general o especial),

el interés simple, etc. El derecho subjetivo es "noción jurídica fundamental para una civilización humanista" (p. 36). Analiza la noción del derecho subjetivo como predeterminación normativa de la conducta administrativa debida a un individuo en situación de exclusividad que genera un interés propio excluyente de titularidad diferenciada (Fiorini, Dabin, etc.), que habilita para exigir una prestación también diferenciada. Esta puede consistir en dar, hacer o no hacer. Luego de estudiar el interés legítimo y el simple afirma el autor su enfoque sustancial, que lo lleva a considerar el derecho subjetivo como categoría jurídica unitaria, pese a la diversidad de títulos jurídicos, que determina el alcance de las pretensiones procesales (anulación, modificación, indemnización, etc.).

El derecho subjetivo brinda la "disposición facultativa" de medios jurídicos para la defensa de libertades reconocidas u otorgadas por el derecho objetivo.

Demuestra el origen de la distinción de derecho subjetivo, interés legítimo y simple en el sistema procesal francés de "lo contencioso administrativo" y luego de explicar su evolución, concluye que "el interés legítimo es un "tipo específico del derecho subjetivo" que se ocupa de la "tutela *abstracta* de la legalidad". A su vez el derecho subjetivo, es un tipo genérico del interés legítimo, que se ocupa de la "tutela *concreta* de la legalidad".

Recomienda Dromi con Barthélemy y García de Enterría, reconocer al interés directo la calidad de derecho subjetivo y eliminar las trabas formales legitimadoras. Entiende por derechos subjetivos públicos las situaciones jurídicas que titularizan los administrados y más concretamente "por derecho subjetivo público entendemos la facultad de exigir para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas, debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad".

Postula el autor un criterio amplio de la legitimación, que comprende a los intereses públicos, supraindividuales, del grupo, la colectividad o núcleo social, incluso mediante la acción popular, dado que el interés público "es el pri-

mer interesado en el respeto del derecho objetivo y la conservación del orden público”.

El extenso capítulo III abarca el tema del control judicial como medida de la responsabilidad pública. A la expansión de los poderes democráticos y gubernativos debe corresponder la intensificación del control, su instauración y regulación, *predicado republicano*: “El Estado de derecho engendra o implica, como necesidad lógica” “la existencia de órganos contralores” y de la evolución de estos surge la *justicia administrativa*, como el más alto exponente del controlar de juridicidad, para hacer efectiva la sujeción de la administración al principio de legalidad...”. “El sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico —principio de legalidad—, y en consecuencia al control de los jueces, es idea nuclear de la organización democrática de la vida comunitaria” (pág. 69). Concuero completamente con estas ideas, fundamentales, expresivas de la unidad del derecho público. Hemos reiterado siempre, la idea de que hay una unidad inescindible entre las garantías políticas y sociales, los principios democráticos-republicanos y la filosofía humanista que los inspira (el derecho constitucional), —por un lado—, y las garantías administrativas y judiciales del derecho administrativo, por otro lado. Estas últimas garantías son normalmente ilusorias bajo el autoritarismo (de cualquier ideología, que sea), donde no hay real independencia judicial, libertad de opinión y control político, por parlamentarios electos. El auténtico Estado de derecho —de verdad—, es hermano gemelo de la democracia político-social. Sin ésta, sólo puede existir la simulación de un Estado de derecho (ilusorio) para perfeccionar la eficacia psicológica del aparato de dominación. Tal es el caso típico de la llamada “*legalidad socialista*”, de los regímenes marxistas, donde no existe Estado de derecho y la famosa Procuraduría persigue más que nada el respeto del derecho objetivo, emanado de los úkases partidarios gubernativos, como disciplina de funcionarios y súbditos. La Procuraduría soviética sigue fiel a sus orígenes absolutistas, pues su creación original se atribuye a Pedro el Grande.

La seguridad de las ideas básicas de Dromi le impide comulgar con estas "ruedas de molino" y sus bien conocidas similares. La simulación del constitucionalismo y del Estado de derecho —para vestir trajes institucionales presentables—, es una vieja práctica que no consigue ocultar las realidades del subdesarrollo global, en Africa descolonzada, ni en otros continentes, con mayor experiencia.

La participación del administrado en el procedimiento administrativo previo a toda modificación de su esfera de derechos es una garantía *preventiva* muy eficaz, porque el control judicial es esporádico y a posteriori.

Analiza profundamente Dromi la relación entre administración y legalidad en el Estado de derecho, el fundamento del control de la legalidad y los límites de la discrecionalidad. Se inclina por la tendencia moderna a la "*vinculación legal positiva*", o sea, a la necesidad de norma que establezca la competencia, para actuar el órgano siempre hemos postulado esta diferente posición de la autoridad con respecto al individuo, que puede hacer todo lo no prohibido (art. 10 Constitución uruguaya y concordantes). Hoy no cabe admitir una esfera de discrecionalidad administrativa en el espacio libre de ley, como la admitía la antigua doctrina. El problema se plantea de manera distinta en las monarquías constitucionales centro europeas, construidas sobre la base de la soberanía originaria del monarca y el correlativo deber de obediencia de los súbditos. En tales casos la ley aparece como límite más que como fundamento del poder. En las repúblicas basadas en la soberanía popular y en el principio de libertad es absurdo dudar y pretender trasladar esas trasnochadas soluciones anacrónicas y fuera de lugar. Por esto, que no suelen ver los autores que copian libros sin discriminación de tiempo ni de lugar de su procedencia, le sobra razón a Dromi, en su tesis.

El análisis que hace Dromi de la justicia administrativa es profundo y agudo siempre con información amplia y selectiva. Es destacable la comprobada reducción paulatina de las "*inmunidades del poder*" donde se encuentra tradicionalmente inmerso el poder discrecional. "La reduc-

ción del ámbito del poder discrecional a un control jurisdiccional efectivo, ha sido el resultado de un vasto movimiento de "lucha por el derecho", obra, sobre todo de la jurisprudencia (pág. 85). "El poder discrecional administrativo es una encarnación actual de la "razón de Estado" (pág. 86). Esta obra es una inagotable cantera de frases lapidarias, como ésta. Remitimos al lector a la exposición sobre el alcance del control de la discrecionalidad, esfuerzo máximo por la civilización del arbitrio autoritario (pág. 88 a 96).

Sobre el control de la motivación expone Dromi ideas que compartimos, en su totalidad: "Todo acto administrativo, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, ha de ser motivado o mejor dicho fundamentado" (pág. 97) ... "la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo, se considera sustancial": "los actos administrativos deberán expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez (pág. 98). Es la tesis que sustenté en la conferencia pronunciada en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en octubre de 1979, acerca de "La fundamentación del acto administrativo", publicada en "La Justicia Uruguaya", t. 80, págs. 3 a 12, y en la Revista de Derecho Público de Chile (Nº 27).

El autor fundamenta muy bien su tesis de que "la oportunidad es fiscalizable", que "la oportunidad integra la juridicidad". Tras un minucioso decálogo de reglas sobre el control de la discrecionalidad (págs. 121 y 122) concluye que "la actuación administrativa debe ser racional, justa y proporcional. Ello excluye la arbitrariedad de la discrecionalidad".

El capítulo IV, sobre la "protección procesal: medida de derecho subjetivo", es igualmente importante. Subraya que la realización del Estado de derecho requiere más que la "solemnidad declarativa constitucional" la "implementación constitutiva legal-procesal". El análisis del procedimiento administrativo, como primera figura jurídica con que se encuentra el administrado (págs. 129 y ss.) es *particularmente recomendable*.

No la podemos sintetizar. Es necesario leer y meditar ese capítulo. La parte de las "técnicas procesales judiciales" es, también, sugestiva y "fermental", según el calificativo de nuestro filósofo Vaz Ferreira.

El autor utiliza la expresión "*proceso administrativo*" para aludir al medio por el cual se controla jurisdiccionalmente a la administración y descarta "lo contencioso-administrativo", "término confuso que comprende un conjunto de ideas e instituciones sin valor para el actual Estado de derecho". En sistemas judicialistas no se justifica tal denominación de origen francés, correspondiente a realidades muy distintas, donde los tribunales administrativos integraban la administración y los tribunales judiciales tenían prohibido inmiscuirse en asuntos administrativos. Por ello también excluye la idea de "*recursos*" y sólo acepta las *acciones* procesales administrativas. Sistematiza (págs. 150 a 153) la evolución histórica progresista de la legislación provincial argentina del proceso administrativo.

Desde el punto de vista teórico y para el futuro esboza el contenido fundamental que a su juicio debe tener un Código Procesal administrativo. Una sola "acción procesal administrativa" podrá contener una pluralidad de pretensiones (nulidad, indemnización, interpretación). El Tribunal tendrá jurisdicción plena. Podrán preverse modos de abreviación del trámite (opción del actor por la prueba del expediente administrativo), porque "*una justicia que tarda varios años administrarse es una denegación de justicia*" (pág. 157, nota 38).

La misma orientación, moderna y garantista, del derecho del administrado, preside todas las soluciones doctrinarias que preconiza Dromi para el modelo de Código procesal administrativo. A vía de ejemplo destaco los efectos de la denegación expresa posterior a la caducidad (págs. 172 y ss.) tema de muy accidentada historia en el derecho uruguayo. En el Uruguay tras siete años de interpretación negativa, en 1959 en el caso *Doix* el tribunal entendió que la decisión negativa tácita habilita para recurrir o para accionar (esto si ella recae en un recurso). Pe-

ro nuevamente ha vuelto a la antigua jurisprudencia restrictiva, contra toda la opinión de la doctrina.

Dromi, de nuevo, sostiene aquí la solución favorable al control judicial: "La resolución expresa ulterior determina la iniciación de un nuevo plazo, aún cuando hubiese expirado el término para recurrir contra la denegación presunta por silencio administrativo" (Conf. González Pérez).

Con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mendocina sostiene Dromi que la reclamación administrativa previa aún denegada puede replantearse y "si la administración utiliza esa nueva alternativa prejudicial y admite considerar y resolver el recurso, debe entenderse expedita la acción judicial ulterior".

Esta obra de Dromi representa —por todo lo expuesto—, un acontecimiento feliz, de vastas proyecciones futuras para la ciencia y la práctica del derecho administrativo del Estado social de derecho. Este tipo de estudios, optimistas y esperanzados, técnicamente impecables, es necesario para preparar el derecho, humanista y democrático, del porvenir.