

BIEN COMUN, SOCIEDAD Y ESTADO ^{1(*)}

CARLOS E. DELPIAZZO ^{2(**)}

I) DERECHO Y SOCIEDAD

El Prof. Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ ha dicho, refiriéndose al interés público, que “es la principal señal de identidad del Derecho Administrativo”; se trata de “un concepto cardinal, central, capital que hoy, en el Estado social y democrático de Derecho está muy relacionado con la tarea de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos... Esto quiere decir que la Administración, que gestiona dicho interés público, ha de ser consciente de que su papel es de gestor de intereses del pueblo, no de intereses propios” ³⁽¹⁾.

Es que lo propio del Derecho Administrativo es el ejercicio servicial de la función administrativa ⁴⁽²⁾ como prolongación de la naturaleza servicial ⁵⁽³⁾ de la Administración -ínsita en su propia etimología ⁶⁽⁴⁾- de su carácter instrumental ⁷⁽⁵⁾, de su ser para otros ⁸⁽⁶⁾, a fin de que los componentes del cuerpo social -todos- puedan alcanzar plenamente los fines propios de su dignidad ⁹⁽⁷⁾, que eso es el bien común.

Por eso, según reza el art. 103.1 de la Constitución española -y lo repite el acápite del art. 2º de nuestro Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991- todo ente público puede y debe hacer presente en su actuación concreta su compromiso de servicio objetivo al interés general, muchas veces identificado con el interés público y cuya definición no es sencilla.

Conforme a la gráfica expresión del recordado Guillermo Andrés MUÑOZ, “con el interés público, pasa como con el amor: ¿quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo, cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerza, como si perdiera todo” ¹⁰⁽⁸⁾.

1 ^(*) Conferencia pronunciada en la Universidad de Montevideo el 8 de diciembre de 2011.

2 ^(**) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica y de Derecho Telemático, y Director del Instituto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

3 ⁽¹⁾ Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ - “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones públicas”, en Rev. de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2010), N° 8, págs. 16 a 18.

4 ⁽²⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2011), volumen 1, pág. 63.

5 ⁽³⁾ Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I, pág. 83 y sigtes.; y “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.

6 ⁽⁴⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 9 y sigtes.

7 ⁽⁵⁾ Mariano R. BRITO - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

8 ⁽⁶⁾ Mariano R. BRITO - “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en Ius Publicum (Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes.; y “Planificación y libertad en el Estado social de Derecho”, en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.

9 ⁽⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), especialmente pág. 27 y sigtes.

10 ⁽⁸⁾ Guillermo Andrés MUÑOZ - “El interés público es como el amor”, separata de las XXXIV Jornadas Nacionales y IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo (Santa Fe, 2008), pág. 17.

Lo que ocurre es que -como le he destacado antes de ahora ¹¹⁽⁹⁾- “en su esencia, el Derecho Administrativo se nos presenta como un intento permanente de hacer compatible las prerrogativas de la Administración en su ser y obrar (o sea, en tanto organización y actividad) con las garantías de la libertad del administrado, en función del fin trascendente de la obtención del bien común (servicio), que ha permitido a Francisco GONZALEZ NAVARRO caracterizarlo como el Derecho del poder para la libertad ya que su objeto radica en garantizar y asegurar los derechos de las personas mediante una presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión... Quiere decir que, acompasadamente con la evolución del Estado de Derecho (del que es hijo), el Derecho Administrativo se caracteriza por su esencial servicialidad a la sociedad, considerada en su conjunto y en cada uno de los individuos que la integran, todos iguales en dignidad en tanto personas humanas”.

II) ESTADO DE DERECHO Y BIEN COMUN

En la medida que la función administrativa apunta a la servicialidad, emerge al primer plano del Estado de Derecho aquel sujeto que es el destinatario de tal servicialidad, es decir, la persona humana, tanto en su dimensión individual como grupal y social.

Por eso, lo definitorio del Estado de Derecho de nuestros días, junto al principio de juridicidad, es la procura del bien común ¹²⁽¹⁰⁾.

Precisamente, el **bien común** consiste en el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección.

En palabras de José Luis MEILAN GIL, “el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo” ¹³⁽¹¹⁾.

En su relación con el **interés general**, resulta que éste es superior al interés individual, habiendo sido definido por Renato ALESSI como el “interés colectivo primario formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad” ¹⁴⁽¹²⁾.

Por lo tanto, consiste en el interés de la sociedad, entendida como el conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas, constituyéndose en el bien común que posibilita el conjunto de condiciones aptas para obtener la plena suficiencia de vida en sociedad y alcanzar el fin último del hombre, de acuerdo con su propia naturaleza ¹⁵⁽¹³⁾.

En opinión de Mariano BRITO, es un estado de plenitud ontológica de la sociedad; es el bien que puede ser participado por todos y cada uno de los miembros de la comunidad humana. Por eso, entiende que puede ser definido positivamente por la asistencia y apoyo prestado a los habitantes y entes sociales menores para la realización de sus fines sin exonerarlos de su protagonismo originario, y negativamente por la abstención de la acción estatal directa en cuanto hace a la libertad interior de cada uno. Su carácter preeminente sobre el interés particular (de un individuo o grupo) obedece precisamente a que aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros del cuerpo social ¹⁶⁽¹⁴⁾.

11 ⁽⁹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, págs. 63 y 64.

12 ⁽¹⁰⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, pág. 35 y sigtes.

13 ⁽¹¹⁾ José Luis MEILAN GIL - “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español”, en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Belo Horizonte, 2010), Año 10, N° 40, pág. 171 y sigtes.

14 ⁽¹²⁾ Renato ALESSI - “Instituciones de Derecho Administrativo”, Bosch, Barcelona, 1970), tomo I, págs. 184 y 185.

15 ⁽¹³⁾ Eduardo SOTO KLOSS - “La democracia ¿para qué? Una visión finalista”, en A.A.V.V. - “Crisis de la Democracia” (Universidad de Chile, Santiago, 1975), pág. 18 y sigtes.

16 ⁽¹⁴⁾ Mariano R. BRITO - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo” cit., pág. 13 y sigtes.

En el Estado de Derecho la limitación de derechos no puede fundarse en cualquier interés sino únicamente en el superior interés general -que no puede ser el interés de un grupo o parte del colectivo social- ya que debe ser ampliamente abarcativo, es decir, equivalente al bien común.

Por su parte, el **interés público** se opone al interés privado ya que ambos operan en espacios distintos. Al decir de Héctor Jorge ESCOLA, “El interés público no es de entidad superior al interés privado ni existe contraposición entre ambos: el interés público sólo es prevaleciente con respecto al interés privado, tiene prioridad o predominancia por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad... Si el interés público y el interés privado tienen la misma identidad sustancial, si son cualitativamente semejantes, distinguiéndose sólo cuantitativamente, de suerte que el primero deba prevalecer o primar sobre el segundo, va de suyo que el interés privado no puede ser sacrificado al interés público, aún cuando pueda ser desplazado o sustituido por éste... Sólo cuando se identifica el interés público con el interés propio del Estado, de la Administración, del Partido, del soberano, del jerarca, etc., podría pretenderse que ese supuesto interés público -que no es tal- llega no sólo a desplazar sino a sacrificar y extinguir cualquier interés privado que se le opusiera, incluso sin ningún tipo de reparación, pues ambos tendrían una entidad sustancial diferente, siendo la del primero superior y derogante de la del segundo. Esta sería en concreto la causa de la tan mentada razón de Estado, con la cual se quiere amparar todo avance y toda lesión de los intereses privados, que quedan así ligados a tal sujeción, en relación con el interés público”¹⁷⁽¹⁵⁾.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, bien dice el art. 20, inc. 2º de la ley anticorrupción N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 que “El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos”.

En un esfuerzo por distinguir, vinculándolos, los tres conceptos, expresa Augusto DURAN MARTINEZ¹⁸⁽¹⁶⁾: “Es un lugar común, desde Aristóteles a nuestros días, afirmar que el hombre es un animal político. Pero no se agota en lo político. El hombre tiene una dimensión individual, una dimensión social, que conlleva la política pero no se confunde con ella, y una dimensión trascendente. Y todas esas dimensiones se funden en una unidad, son inescindibles porque la persona humana es una sola... El *interés privado* se relaciona con esa dimensión individual del todo ser humano que lo hace ser único y diferente de sus semejantes, y por eso es valioso y digno de tutela. Y también se relaciona con esa dimensión social que nos hace integrar una comunidad natural, como lo es la familia, base de la sociedad, y de esas otras comunidades intermedias que trascienden la familia pero que son, de alguna manera, de nuestro dominio particular, no necesariamente en exclusividad pero sin llegar a ser público. El *interés público* se relaciona con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político, pero también, aún sin conllevar lo político, trasciende de lo meramente privado al ocupar un espacio que necesariamente es compartido por requerirlo el desarrollo de la personalidad... Interés privado e interés público operan en espacios distintos y, aunque por momentos tengan contornos difusos, no se confunden pero tampoco se contradicen, pues se relacionan con las diversas dimensiones de la naturaleza humana que, como se ha visto, son inescindibles. Precisamente, esa unidad de naturaleza humana se contempla con el *interés general*, que incluye al interés privado y al interés público. Es de interés general la adecuada satisfacción del interés privado y del interés público, lo que se logra con la creación de la situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana. Dicho en otras palabras, es de interés general la configuración del bien común”.

En su opinión, el “*bien común*, fin del Estado, es un estado de hecho. Es el estado de hecho propicio para el desarrollo de la persona humana. Es algo objetivo, no depende de los agentes de su realización y no coincide exactamente con el fin específico de cada una de las entidades estatales, aunque dichos fines específicos naturalmente se encuentran subordinados a ese bien común... No consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto del cuerpo social. Siendo de todos y de cada uno es y permanece común, porque es indivisible y porque sólo juntos es posible alcanzarlo, acrecentarlo y custodiarlo, también en vistas al futuro”.

17 ⁽¹⁵⁾ Héctor Jorge ESCOLA - “El interés público como fundamento del Derecho Administrativo” (Depalma, Buenos Aires, 1989), pág. 249 y sigtes.

18 ⁽¹⁶⁾ Augusto DURAN MARTINEZ - “Derechos prestacionales e interés público”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2010), N° 73, pág. 629 y sigtes.

Con respecto al interés general, agrega que “es un freno al legislador en lo que se refiere a la limitación o hasta la privación del goce del ejercicio de derechos humanos. El art. 7º de nuestra Constitución es muy claro al respecto... Pero el interés general no solamente tiene una función de limitación o de restricción. También desempeña una función activa o positiva. En efecto, la fuerza expansiva de los derechos humanos hace que el interés particular y el interés público, ambos integrantes del interés general, requieran ser satisfechos por acciones positivas y no solamente por acciones negativas. El Estado, principal responsable -aunque no único- del logro del bien común, se ocupa de los derechos prestacionales, precisamente porque son derechos fundamentales que deben ser respetados para posibilitar que todos y cada uno de los seres humanos puedan vivir su vida en plenitud”.

III) BASES ESENCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cuanto viene de decirse evidencia que la centralidad de la persona humana y la correlativa servicialidad de la Administración son los pilares fundantes del Derecho Administrativo.

Siendo así, las transformaciones y embates a que se ve sometido contemporáneamente no alcanzan para desnaturalizar su esencial servicialidad centrada en la persona del administrado ¹⁹⁽¹⁷⁾.

Por eso, es necesario reaccionar frente a los embates de la llamada “huída del Derecho Administrativo” porque ella libera al poder del freno del control y agrede la libertad de los individuos y colectividades intermedias, limitándola ²⁰⁽¹⁸⁾.

Frente a las mutables categorías de la doctrina y los vaivenes de modas que inciden muchas veces en el Derecho positivo, es necesario insistir en la **centralidad de la persona** como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes de la variedad de servicios que la Administración le brinda, sea en forma directa o indirecta ²¹⁽¹⁹⁾.

Lo propio del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho Administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana ²²⁽²⁰⁾, derivada de su eminente dignidad ²³⁽²¹⁾, de la que se desprenden todos y cada de los derechos fundamentales y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos ²⁴⁽²²⁾.

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales -todos- parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamien-

19 ⁽¹⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo?”, en Carlos Mario MOLINA y Libardo RODRIGUEZ (Coordinadores) - “El Derecho Público en Iberoamérica” (Temis, Bogotá, 2010), tomo I, pág. 373 y sigtes.

20 ⁽¹⁸⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2009), Año XXXI, N° 370, pág. 157 y sigtes.; y en Rev. de Direito Administrativo e Constitucional (Belo Horizonte, 2009), Año 9, N° 35, pág. 13 y sigtes.; “Panorama actual de la responsabilidad estatal”, “Panorama actual de la responsabilidad estatal”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Transformaciones actuales del Derecho Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 13 y sigtes.; y “El Derecho Administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2011), N° 30, pág. 87 y sigtes.

21 ⁽¹⁹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, pág. 85 y sigtes.

22 ⁽²⁰⁾ Eduardo SOTO KLOSS - “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno” cit., pág. 507 y sigtes.

23 ⁽²¹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” cit., pág. 27 y sigtes.; Héctor GROS ESPIELL - “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Universidad de la República, Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; y José Aníbal CAGNONI - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” cit., pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público, Año 2003, N° 23, pág. 11 y sigtes.

24 ⁽²²⁾ Jesús GONZALEZ PEREZ - “La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo”, (Jurúa, Curitiba, 2007), pág. 6; y “La dignidad de la persona humana” (Civitas, Madrid, 1986), pág. 85 y sigtes.

to jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica ²⁵⁽²³⁾.

Siendo así, el otro término de la ecuación debe ser la **servicialidad administrativa** que no es una mera expresión literaria carente de efectos prácticos sino que constituye un auténtico deber jurídico, con el significado de ya sea de actuación, ya sea de abstención, y cuya infracción (de actuación o de abstención) conlleva efectos de sanción y, si origina daños, de reparación integral de los mismos ²⁶⁽²⁴⁾.

Por lo tanto, el desafío de nuestros días pasa por la revalorización del bien común desde la perspectiva de los derechos fundamentales del hombre al que se debe servir, cuya eminente dignidad debe iluminar como criterio rector el ser (organización) y el quehacer (actividad) administrativos.

25 ⁽²³⁾ Germán J. BIDART CAMPOS - "Teoría general de los derechos humanos" (Astrea, Buenos Aires, 2006), págs. 72 a 79.

26 ⁽²⁴⁾ Eduardo SOTO KLOSS - "La servicialidad del Estado. Base esencial de la institucionalidad", en "Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito" (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 331 y sigtes., especialmente págs. 338 y 339.