

La séptima edición del libro del Dr. Rafael Bielsa actualizada por el Dr. Roberto Enrique Luqui(*)()**

Asistimos esta tarde a un acto de gran relevancia en la vida universitaria que atañe singularmente al derecho público y a uno de sus juristas más notables, el Dr. Rafael Bielsa, considerado con justicia, por todos, el fundador del derecho administrativo argentino.

Una de sus obras emblemáticas, la séptima edición de los cinco tomos de su Derecho Administrativo que hoy se presenta, acaba de salir a la luz, bajo el sello editorial de La Ley, comentado y actualizado por el académico Dr. Roberto Enrique Luqui, su discípulo dilecto y continuador de sus principales doctrinas.

Con la delicadeza propia de los buenos amigos que, conforme el espíritu de Cicerón y de la Biblia, están más dispuestos a dar que a recibir, supe del interés de mi querido colega para que hablase en el acto de presentación de esta obra, que se lleva a cabo gracias a la feliz iniciativa de la cátedra de Derecho Administrativo a cargo del Dr. Guido Santiago Tawil.

Vaya mi agradecimiento hacia ambos. Una elección inmerecida que me provoca tanta congratulación como responsabilidad.

No sé si como producto de mi amistad con el actualizador de la obra o por mí mismo (espero que sea por esto último) pienso que la figura de Bielsa se agiganta con el tiempo, al congregarse todos los puntos del universo jurídico de su época (algo así como el Aleph de Borges), proyectándolos hacia el futuro, en la medida en que, como recordé recientemente el Dr. Luqui en el acto de homenaje que en su memoria hizo la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “enseñó a los que enseñaron derecho administrativo a quienes ahora lo enseñan”.

Su notable cultura jurídica, así como su firme y constante vocación por el estudio del derecho lo condujeron a abordar, prácticamente, todas las cuestiones que se planteaban en el mundo jurídico-filosófico y aun político y sociológico de su tiempo.

Liberal en lo político, sabía también captar el sentido social del derecho y de la justicia y, sobre todo, de la realidad circundante, con un respeto casi religioso por los principios constitucionales de nuestra democracia republicana, respeto al que unía un manifiesto desdén por la demagogia y el populismo.

Por eso buscaba siempre la esencia y sustancia de las cosas. Todo su esquema sobre la ley y el derecho se encuentra basado en la razón natural, afín al realismo aristotélico-tomista.

Con esas herramientas, construyó un sólido edificio basado en la observancia razonable y justa de la ley positiva, sin caer en el positivismo legalista que fue objeto de su crítica, profunda y certera, cuando esta tendencia prevalecía en el ámbito de la filosofía del derecho de nuestra Facultad y de la dogmática jurídica en general.

En este sentido, su adhesión, el iusnaturalismo basado en los principios de la justicia, sin dejar de atribuir prioridad a la ley positiva, en tanto esta no fuera violatoria de la ley natural, es decir, de los principios generales del derecho, coloca su doctrina en una línea filosófica similar a la que, años más tarde, comenzó a cobrar relieve, en el campo de la filosofía del derecho, a través de la nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN), encabezada por el filósofo católico australiano John Finnis(1), formado en un medio adverso, como era entonces el que imperaba en la cátedra de Hart, en la Universidad de Oxford.

Señalo estas circunstancias con el objeto de advertir acerca de las fuentes del derecho y el papel que le asignó Bielsa a los principios generales y al derecho natural, asunto poco tratado por los iusnaturalistas argentinos sobre el que pienso ocuparme pronto a raíz, precisamente, de haber vuelto a leer otra de las obras cumbres del maestro, con motivo de la presente ocasión académica, titulada Metodología jurídica(2).

El contenido de esa obra, escrita en 1961, es un compendio que va más allá de la mera metodología jurídica que sugiere el título, el abarcar, como lo reconoce su insigne autor en el Prefacio, cuestiones concernientes a la Introducción del Derecho, a la Sociología y a la Filosofía del Derecho.

El perfil iusnaturalista de Bielsa, con algunos residuos del idealismo racionalista kantiano, comienza por revelarse en las descripciones y análisis de la obra de Santo Tomás de Aquino y de los clásicos juristas de la neoescolástica salmartina (Suárez, Soto, Ginés de Sepúlveda y Mariana)(3) junto a las coincidencias con el pensamiento de Hauriou(4) y de otros autores, que marcaron el resurgimiento del derecho natural durante el siglo XX sin que quepa confundir este movimiento de renovación con los enfoques racionalistas sobre el derecho natural que imperaron en los siglos anteriores.

Entre los numerosos párrafos que justifican el juicio que formulo se encuentran opiniones con respecto a la teoría kelseniana que me permito transcribir:

“La doctrina de la teoría pura del derecho coincide, en substancia en lo normativo, con la teoría americana de la supremacía de la Constitución en cuanto la norma inferior cualquiera sea (ley, decreto, ordenanza e inclusive de toda constitución provincial, en razón de nuestro sistema federal) debe subordinarse a la norma constitucional nacional (art. 31 de la C.N.), pero necesariamente se debe recurrir a algún principio que puede estar subsumido en la Constitución (aunque no aparezca prima facie), entonces debemos recurrir a principios generales del derecho fundamental (trascendente), o a principios del Derecho natural, o a razones evidentes de orden histórico, motivos como los que informa el art. 29. En otros términos; debemos colocar una substancia jurídica en la norma fundamental, pues ella, por sí mismo, siempre tiene trascendencia. La cuestión está resuelta prácticamente, pero no con la certeza de una doctrina o teoría monista, en cuyo caso sería más bien formal. El planteamiento queda, pues, formulado para el método, desde el punto de vista esencialmente teórico. Se trata de saber si el Derecho natural, o el factor histórico, deben dar las pautas de solución. La ‘Interpretación de la ley por la ley misma’ es un precepto que resulta insuficiente cuando la ley no tiene autonomía jurídica ni contenido, un contenido de derecho, sino que es mera expresión de derecho positivo. Es éste un punto de la mayor importancia en la problemática judicial”(5).

Ahora bien, la matriz de la obra de Bielsa, que esta tarde presentamos debidamente actualizada, se encuentra en los dos primeros volúmenes de su primer libro sobre derecho administrativo en general, publicado en 1921, que amplió y complementó en las sucesivas ediciones hasta llegar a los cinco tomos de la sexta edición. Esta obra, unida a los innumerables otros libros, artículos de doctrina y comentarios de leyes y jurisprudenciales que publicó Bielsa, conforman un “corpus” doctrinario de calidad científica similar, y en algunos temas incluso superior, a las obras existentes en el derecho comparado de esa época.

Dejemos que sea el propio Bielsa quien relate lo que hizo entonces y la satisfacción que le produjo el elogio de su obra de parte de uno de sus maestros, nada menos que ese extraordinario hombre público que fue Estanislao Zeballos.

Del libro que antes mencionamos Bielsa nos dice:

“Luego de graduarme, emprendí con esa confianza que infunde la vocación y la dedicación al estudio, una tarea de proporciones tales que nos hacen pensar en el precepto horaciano aquel de Sumite materia vestrum, etc. En efecto me propuse tratar en una obra elemental, una materia sobre la cual muy poco se había hecho en nuestro país, y lo hecho era fragmentario, inorgánico; además, a pesar de que es un derecho no codificado, también prevalecía la influencia de la escuela de la exégesis, seguida décadas enteras, por nuestros autores de obras de derecho civil, derecho comercial y otras disciplinas jurídicas. Se trataba del Derecho administrativo en general y del régimen administrativo nacional que apareció en dos volúmenes a fines de 1921. Sea porque se abrió con ese libro una brecha en el campo jurídico o porque mi obra revelaba una honda preocupación no sólo jurídica, sino también cívica, la crítica fue favorable y reconfortante. Uno de mis grandes maestros y quizá de hombre público, jurista de reputación universal, brillante periodista, el doctor Estanislao Zeballos, publicó en su ‘Revista de Derecho, Historia y Letras’ (que él fundó y dirigió y ocupaba el primer lugar en los periódicos de derecho y sociología) una extensa nota bibliográfica sobre el libro. De esta nota, una parte interesa especialmente a nuestro tema y es la que decía ‘que el método de la obra era excelente, en rigor científico’. Desde luego, yo no había estudiado metodología como asignatura del plan, que no existía, pero preferí siempre intuitivamente las obras que tenían la estructura, el plan y el método que Ihering caracteriza en su libro Espíritu del Derecho Romano, como dogmáticas y escritas con esa ‘elegancia juris’ de que también él habla ahí”(6).

Puede decirse sin exagerar que, a la vista del material doctrinario, legislativo y jurisprudencial existente a comienzos del siglo XX, la obra de Bielsa revela la figura del primer constructor del sistema y de las instituciones que componen el actual derecho administrativo argentino.

Si bien es posible no compartir algunas instituciones y teorías que Bielsa introdujo en el derecho administrativo vernáculo, no se puede negar su talento ni su originalidad y capacidad creativa, como tampoco no reconocer el formidable esfuerzo que demandó una construcción que iba perfeccionando a medida que avanzaba la evolución del derecho administrativo, a raíz de los cambios políticos, económicos y sociales.

Repárese nada más en el extraordinario esfuerzo que entonces había que hacer para estar al día con la doctrina, legislación y jurisprudencia comparadas al no contar con las extraordinarias ventajas que hoy en día nos proporciona la técnica moderna para acceder al material imprescindible para diseñar cualquier obra jurídica.

Con escasos medios produjo una obra, apoyada o criticada por una bibliografía, que bien merece el calificativo de monumental. Construyó un edificio jurídico sólido sin incurrir en plagios ni en la vulgar repetición del pensamiento, proveniente de la doctrina comparada.

Contrariamente a lo que suele suponerse, Bielsa fue quien más influyó sobre la formación científica de mi siempre querido y recordado maestro Dr. Miguel S. Marienhoff, a quien prologó su tesis doctoral sobre el régimen legal de las aguas públicas y privadas.

El abordaje sobre temas tales como la naturaleza jurídica de los reglamentos, la delegación legislativa, los reglamentos autónomos, el contrato administrativo y el dominio público así lo revelan, creando una doctrina que ha generado una razonable uniformidad en el derecho administrativo de nuestros días. Por ese motivo, de algún modo, al ser discípulo de Marienhoff, experimento también el orgullo, sin opacar a su principal heredero, de haber recibido y seguido buena parte de la tradición jurídica producto del pensamiento original y sistemático de Bielsa.

En particular, en el tema de la delegación legislativa, fue Bielsa quien entrevistó con mayor claridad y fundamentación constitucional el perfil de la institución al definirla como un encargo o comisión que hace el Legislativo al Ejecutivo, prosiguiendo la labor legislativa en materias de administración, que no son del resorte de la competencia exclusiva del Congreso, la delegación legislativa en forma limitada, tal como después lo hizo la reforma constitucional de 1994 a través del nuevo art. 76 de la CN.

En efecto, esa noción de la delegación de Bielsa, que ha sabido recoger Luqui(7), es un concepto opuesto al sostenido por la Corte en el caso “Delfino” (que casi toda la doctrina ha venido repitiendo) al decir que “no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella”.

Como creo haberlo demostrado, este último concepto de delegación, que distingue entre el poder de hacer la ley de la potestad para reglar sus detalles o pormenores, está tomado de la obra de Esmein que, precisamente, era partidario de prohibir la delegación legislativa, tal como de una manera equívoca hace nuestro art. 76 en su primera parte, pues resulta contradictorio prohibir lo que a continuación se permite con bastante laxitud.

Al respecto, he dicho lo siguiente: “Cabe reconocer que uno de los pocos juristas que escaparon de aquella contradictio fue el maestro Bielsa, quien sostuvo que el concepto de delegación era incompatible con la idea de transferencia o descarga de poderes legislativos en el Ejecutivo (en sentido similar a la tesis que, años más tarde, desarrolló en la doctrina española García de Enterría. Al aceptar la validez constitucional de la delegación legislativa y de los reglamentos delegados en el marco de la Constitución de 1853-1860, el insigne jurista rosarino sostenía que el concepto de delegación legislativa se define como una misión, encargo o comisión que el Congreso le hace al Ejecutivo para que integre la ley y complete sus prescripciones.

”Con posterioridad, el derecho constitucional argentino acuñó una tesis bastante ambigua que, en los hechos, pretendía retornar a la concepción prohibitiva absoluta de Esmein, al distinguir entre delegación propia (la delegación que transfiere competencia o el poder de hacer la ley del legislador al Ejecutivo) y la llamada delegación impropia, considerada constitucionalmente válida, en cuanto se ceñía a regular los detalles o pormenores de la ley. Se trató de una teoría imprecisa que contenía, al igual que las anteriores, el germen de sus contradicciones e inconsistencias no solo por las dificultades que evidenciaba para distinguir la delegación impropia de la potestad reglamentaria de ejecución (ex art. 86, inc. 2º, de la Constitución de 1853 y actual art. 99, inc. 2º) sino porque no se puede negar que, al delegar al Ejecutivo la regulación de los detalles de la ley, con un grado de mayor o menor amplitud, se le está atribuyendo parcialmente el poder de hacerla”(8).

En síntesis, tal como Bielsa intuyó, porque no lo dice expresamente, en el sistema argentino no tiene aplicación, o al menos tiene aplicación relativa, la máxima lockeana según la cual el poder delegado no se

puede delegar. Lo que no se puede delegar, como bien afirma Bielsa, son las potestades que la Constitución atribuye al Congreso en forma exclusiva.

Ahora vayamos al libro. Cuando Roberto Luqui me dijo que había resuelto encarar la actualización de esta obra de Bielsa, la verdad es que pensé que no iba a poder culminar la tarea que hoy nos ofrece como ejemplo de su sabiduría y constancia.

Caracterizándose el derecho administrativo como un derecho *in fieri*, en permanente evolución y reconstrucción, el principal problema a la vista consistía en cómo resolver el dilema de mantener o desechar aquellas partes de la obra que se habían desactualizado por los cambios legislativos, jurisprudenciales y aun doctrinarios.

En la resolución del dilema, la fibra de gran jurista que exhibe su actualizador ha hecho que se inclinase por mantener la parte medular de las doctrinas expuestas en el libro, susceptibles de tener real vigencia en el mundo jurídico actual, adicionándole comentarios de su autoría, los cuales, siguiendo concepciones básicas de su maestro, conforman un cuerpo de doctrina original, que complementa su pensamiento de una manera casi perfecta.

La obra pasa a tener así una innegable utilidad científica y profesional al nutrirse con los nuevos y necesarios ingredientes que brinda la actualización legislativa y jurisprudencial, no siempre buenos pero, en cualquier caso, imprescindibles.

A su vez, dadas las profundas transformaciones que ha tenido el control judicial de la Administración pública, su actualizador ha resuelto, a mi juicio con buen criterio, rehacer íntegramente esa sección de la obra reconstruyendo, de algún modo, el pensamiento de Bielsa, tarea en la que lucen las doctrinas de su propio libro titulado *Revisión judicial de la actividad administrativa* que, en su momento, tuve ocasión de ponderar⁽⁹⁾. De ese modo, Luqui culmina la travesía intelectual que emprendió arribando con éxito al destino propuesto.

El resultado ha sido el de haber logrado una formidable unidad jurídico-doctrinaria mediante una ingeniosa obra compuesta, en realidad, de tres libros, con un mismo método y pensamiento, mejorando incluso el estilo del maestro en algunos segmentos, gracias a la buena pluma de su actualizador.

Desde luego que, fuera de los elogios que la obra merece, como es lógico, entre juristas independientes y francos juristas, no participo de algunos de los conceptos y doctrinas expuestos en este magnífico libro que bien merece el título de Tratado, por el solo hecho de abarcar con enjundia doctrinaria el vasto continente que ocupa el derecho administrativo en el mundo jurídico de nuestros días. Pero no me parece que sea esta la oportunidad para exhibir mis discrepancias, sino para enaltecer una obra hecha con una indiscutible calidad científica e intelectual, máxime cuando son mucho más trascendentes las cosas que nos unen en la vida que las que transitoriamente puedan llegar a separarnos.

Romano Guardini dijo: “El hombre debe volver a establecer posiciones absolutas; hacerse otra vez capaz de formar un auténtico juicio en las cosas de la vida cultural y mantenerlo en pie; de mantener una actitud y hacerla prevalecer luchando”⁽¹⁰⁾.

Tal es lo que sucede con esta obra de Bielsa en la que late la defensa de los valores republicanos característicos de una verdadera democracia que deja fuera de su ley fundamental cualquier populismo de izquierda o de derecha y que, en definitiva, resulta opuesta a las interpretaciones marxistas de la izquierda radicalizada que postula “la razón populista” como causa final del Estado.

El propio Bielsa advirtió sobre el peligro de este fenómeno cuando manifestó su repulsa a la deformación democrática que se produce en los regímenes socialistas duros (actualmente el socialismo del siglo XXI) “que todo lo subordina al interés general que el Estado regula enteramente”⁽¹¹⁾. Por esa causa, siguiendo a Joaquín V. González, prefirió calificar a nuestro régimen constitucional de republicano antes que de democrático, habida cuenta de que, en su época, era común llamar democracias duras o populares a los regímenes socialistas totalitarios.

En definitiva, los valores republicanos que sustenta Bielsa constituyen el basamento en que se apoya la construcción del Estado de derecho, cuya vigencia hace a la realización plena de los derechos fundamentales en el marco de un sistema democrático en el que la ley positiva no puede divorciarse de la ley natural ni de la moral.

Al concluir, no puedo menos que felicitar al Dr. Luqui y a los herederos del Dr. Bielsa por haber tenido la idea de llevar a cabo, el primero, la actualización de este magnífico libro y hacerlo tan bien, y por haber permitido, los segundos, que la obra de su ilustre ancestro se mantenga en cierto modo viva, a través del

pensamiento fiel y afín de su principal discípulo, lo cual me parece es la mejor forma de honrar su venerada memoria.

VOCES: CULTURA - CONMEMORACIONES - DERECHO - DERECHO ADMINISTRATIVO - ABOGADO

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: En torno a la evolución de las instituciones del Derecho Administrativo argentino y sus principales tendencias, por Juan Carlos Cassagne, EDA, 2005-462; En homenaje al Dr. Julio Rodolfo Comadira, por Oscar R. Aguilar Valdez, Fabián O. Canda, Laura M. Monti de Hitzfelder, Federico Nielsen, Pablo Esteban Perrino, Arturo Emilio Raspi y Patricio Marcelo E. Sammartino, ED, 214-1039; Alcance del control judicial sobre la motivación del acto que resuelve un concurso docente en universidades nacionales, por Rafael Clark, EDA, 2014-179; Apostillas sobre el caso "B." (y un recuerdo de lo escrito por Bidart Campos sobre el control judicial), por Pedro J. J. Coviello, EDA, 2014-333; En recuerdo del profesor Julio Rodolfo Comadira, por Alfredo Silverio Gusman, EDA, 2015-608; Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho, por Patricio Marcelo E. Sammartino, EDA, 2015-777. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) El autor es Profesor Emérito de la UCA y Titular Consulto de la UBA.

(1) Finnis, John, Ley natural y derechos naturales, Buenos Aires, trad. del inglés, con estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, 2000.

(2) Bielsa, Rafael, Metodología jurídica, Santa Fe, Librería y Editorial Castellví, 1961.

(3) Ibídem, pág. 354 y sigs.

(4) Ibídem, pág. 371.

(5) Ibídem, pág. 384.

(6) Ibídem, págs. X y XI, nota 1.

(7) Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, 7ª ed., actualizada por Roberto E. Luqui, La Ley, 2017, t. I, pág. 815.

(8) Cassagne, Juan C., Curso de derecho administrativo, 11ª ed., actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2016, t. I, págs. 174 y 175.

(9) En el acto de su recepción como Miembro de Número en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(10) Guardini, Romano, La cultura como obra y riesgo, Madrid, Guadarrama, 1960, pág. 26.

(11) Bielsa, Rafael, Metodología jurídica, cit.; véase también: Luqui, Roberto E., Socialización de la justicia, LL, 2011-F-1290.