

CAPÍTULO VIII

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Introducción.....	VIII-1
2. Relaciones con el derecho privado	VIII-1
3. Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública	VIII-4
4. La transformación del derecho administrativo.....	VIII-6
5. Relaciones con el derecho constitucional y supraconstitucional.....	VIII-7
6. Relaciones con el ambiente y el derecho de los recursos naturales.VIII-9	
6.1. Tierras	VIII-10
6.2. Aguas.....	VIII-13
6.3. Aire.....	VIII-14
6.4. Urbanismo.....	VIII-14
6.5. Minas.....	VIII-14
7. Otras relaciones.....	VIII-16
7.1. Relaciones con el derecho penal.....	VIII-16
7.2. Relaciones con el derecho internacional.....	VIII-17
8. Las ciencias jurídicas frente a las no jurídicas.....	VIII-17
8.1. La solución técnica y la solución jurídica	VIII-19
8.2. Derecho administrativo y economía.....	VIII-20
8.3. Derecho administrativo y ciencia de la administración	VIII-21
9. Perspectivas futuras de combinación del derecho administrativo con otras ciencias: La estadística	VIII-23
10. La psicología y sociología	VIII-24
11. La matemática.....	VIII-25
12. Derecho y lógica simbólica.....	VIII-27
13. Graficación de problemas jurídicos.....	VIII-28
14. Indicadores e índices jurídicos.....	VIII-28

15. Procesamiento estadístico.....	VIII-29
16. Cuantificación.....	VIII-29
17. Procesamiento cartográfico.....	VIII-30
18. Almacenamiento de datos jurídicos.....	VIII-30
19. La revolución informática: <i>Analytics, big data</i> y predicción legal cuantitativa	VIII-31
20. Otras perspectivas	VIII-33

Capítulo VIII
RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Introducción*

El tema de las relaciones del derecho administrativo con otras ramas jurídicas o no jurídicas del conocimiento puede parecer acumulación enciclopédica de información asistemática, pero su objeto es encuadrar y ubicar a esta rama del conocimiento en comparación a otras con las cuales existen problemas concretos de importancia práctica, no siempre perceptibles *a priori*.

Cabe mencionar al derecho civil, por su contraste; al derecho constitucional, por la íntima dependencia del derecho administrativo a los preceptos constitucionales; al derecho de los recursos naturales porque el derecho a un ambiente sano forma hoy parte de los derechos individuales (art. 41 de la Constitución nacional); a distintas ramas no jurídicas del conocimiento, porque el abogado necesita el aporte de otras ciencias para percibir adecuadamente el objeto material sobre el cual recae el análisis jurídico, sin cuya percepción todo lo que construya carecerá de sustento fáctico suficiente y adecuado. Entre los aspectos no jurídicos, no trataremos aquí pero vale la pena recordarlo, en el mundo moderno es imposible funcionar eficazmente sin conocimiento de inglés y una constante actualización de la informática. La carencia de estos dos elementos va acercando a la persona que incurre en ellas en un virtual analfabetismo de nuestra era.

2. *Relaciones con el derecho privado*

Las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado en general y con el derecho civil en particular, son de tres tipos:

a) Existen ciertos valores y principios generales de la ciencia¹ del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el

¹ Tal como explicamos en el cap. V, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloV.pdf, esta palabra debe tomarse *cum grano salis*. Pero la seguimos utilizando porque es más corta que “rama del conocimiento.”

derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el abuso del derecho, la interdicción de la *mala praxis*, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc.²

b) Hay disposiciones de derecho administrativo que están en el Código Civil tales como las referentes a bienes del dominio público, expropiación, arrendamiento de bienes públicos; la reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.; no son de derecho civil y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas.³

² Estos y otros valores o principios jurídicos son la trama más importante del derecho público o privado. Ver al respecto nuestra *Introducción al derecho*, ed. electrónica de libre acceso en <http://gordillo.com/iad.html> y ediciones en papel en Buenos Aires, La Ley, 2007; *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003, <http://gordillo.com/aitl.html>; *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003, <http://gordillo.com/uiad.html>, las cuatro con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS.

³ Tal por ejemplo es el caso del art. 1112 sobre responsabilidad del funcionario y del Estado en virtud de la imputación directa por aplicación de la teoría del órgano consagrada por la CSJN *in re Vadell*, Fallos, 306-2: 2030, año 1984, tal como habíamos preconizado en nuestra tesis doctoral de 1959, inédita. Tenemos cierta resistencia a aceptar la corriente prevalente que ve en la responsabilidad del Estado una cuestión de derecho administrativo y no de derecho civil, pues está en juego la garantía de la propiedad de los ciudadanos, que es por lo demás de raigambre constitucional, y que el funcionamiento real de la responsabilidad en verdad niega casi absolutamente, tal como lo hemos explicado en “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Universidad Austral, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729-38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en Universidad de Buenos Aires, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 3-12. Ver también BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Tratado de derecho administrativo y Obras selectas*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, Buenos Aires, FDA, 2013, cap. XXXII, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf. Otros autores sostienen que estas disposiciones del Código Civil no pertenecen al derecho público ni privado, sino que por ser normas que corresponden a la teoría general de las obligaciones, su ubicación es correcta y deben ser aplicadas de un modo directo por el intérprete para resolver las cuestiones que se le susciten, conforme al art. 15 del Código Civil: MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, pp. 38-39. Ver también REIRIZ, MARÍA GRACIELA “Responsabilidad del Estado,” en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 226; CASSAGNE, JUAN C., “Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación,” en Universidad de Buenos Aires, *Responsabilidad del Estado, Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz, op. cit.*, pp.46-49. Recientemente la cuestión ha suscitado la atención de la doctrina con referencia a los arts. 1764, 1765 y 1766 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso —que modificó la redacción original del anteproyecto elaborado por la Comisión de Reformas establecida por decreto 191/11. Ampliar en TONELLI, PABLO G. y OYHANARTE (H.), MARTÍN, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código,” *LL*, 15-III-13, p. 1; CASSAGNE, JUAN C., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado,” *LL*, 2012-E, 1202; BARRA, RODOLFO C., “La responsabilidad del Estado en el Proyecto de nuevo Código Civil,” *El Dial*,

También hay normas de derecho administrativo en otra legislación común, p. ej. en la legislación comercial,⁴ etc.

c) En cuanto a las reglas propiamente de derecho privado, su aplicación en el campo del derecho administrativo era muy frecuente en los orígenes de éste, pero ha ido decreciendo paulatinamente a medida que adquirió más autonomía.⁵

Por lo general cuando el derecho administrativo toma principios del derecho común no los mantiene con sus caracteres iniciales y por ello aparecen, sea deformados, p. ej., responsabilidad indirecta del Estado, derechos reales, sea “publicizados.” En el segundo supuesto es el caso de las obligaciones, extinción de las obligaciones, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.,⁶ de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios del derecho civil.

La afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo⁷ no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las *integra* con los principios y normas del derecho administrativo, *conformándose* y *remodelándose* en consecuencia a éste.⁸

El abogado no especializado que en un caso concreto quiera recurrir supletoriamente al Código Civil, deberá proceder en consecuencia con sumo cuidado,

19-IX-12; PIAGGIO, LUCAS A., “La responsabilidad del Estado,” en LEFFERRIERE, JORGE N. (colab.), *Análisis del proyecto de nuevo código civil y comercial*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 519-28.

⁴ Bancos, bolsa y mercado de valores, seguros, sociedades, etc. Ver *infra*, cap. X, § 12.2, http://gordillo.com/pdf_tomol/capituloX.pdf.

⁵ Comp. ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. 1, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 32 y ss.

⁶ El tema de los contratos administrativos es el que acusa una de las más violentas lesiones al sistema tradicional de los contratos. Nos remitimos a la bibliografía controvertida al respecto en “La mutación del contrato administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Universidad Austral, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 835-8, <http://gordillo.com/articulos/art15.pdf>. Aquí no se discute ya si el contrato administrativo está en el derecho civil o administrativo, sino la absoluta inconveniencia e injusticia con que es tratado en el derecho administrativo en el derecho administrativo argentino contemporáneo. Por eso quienes pueden acudir a la jurisdicción extranjera.

⁷ Comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 159; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 171.

⁸ Sólo en casos puntuales y excepcionales, la aplicación de las normas civiles se realiza sin mayores adaptaciones. Ver CAMPOLIETI, FEDERICO, “La aplicación del Código Civil al caso administrativo no previsto,” en *JA*, 2008-II, pp. 659-63. Ver también lo que explica BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 242-2, en cuanto refiere al nuevo derecho administrativo como mixtura de derecho público y privado haciendo referencia a un fenómeno bifronte: Por un lado la privatización del derecho público, y por otro, la publicización del derecho privado. En punto a la aplicación supletoria de normas de derecho civil en la resolución de cuestiones de derecho administrativo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, ver DROMI, ROBERTO y MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Reflexiones de derecho público al Proyecto de Código Civil y Comercial. A propósito del Título Preliminar*, Buenos Aires - Madrid - México, Ciudad Argentina - Hispania Libros - Rap, 2012, cap. VI, pp. 91-102.

pues la doctrina, la jurisprudencia o incluso la propia práctica administrativa pueden haberle dado un sesgo distinto a la cuestión precisamente en ese caso concreto, no efectuando una aplicación lisa y llana del Código Civil.⁹

3. *Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública*

Ello se advierte muy bien cuando se considera la evolución que ha sufrido la aplicación del derecho civil como tal a la administración pública. Tradicionalmente, en efecto, han existido grandes campos de actividad de la administración que según la doctrina clásica estuvieron sometidos *exclusivamente* al derecho civil, sin injerencia alguna del derecho administrativo, creando así una supuesta dicotomía entre ambos campos de actividad. Es así como la doctrina tradicional y los que la siguen a veces hoy en día, enunciaron clasificaciones fundadas en alegadas diferencias de derecho positivo, p. ej. las siguientes: Que existe una doble personalidad del Estado: El Estado como persona de derecho público, o como poder público, o soberano, etc. y el Estado como persona de derecho privado; que existen dos tipos de actos de la administración: Los actos administrativos y los actos de derecho privado de la administración.¹⁰ Estas dos concepciones están hoy en día prácticamente abandonadas, pero existen todavía algunos restos de la orientación clásica. Tenemos así también la supuesta distinción entre dos tipos de contratos que celebra la administración: Contratos administrativos y civiles; la distinción entre dos tipos de dominio o propiedad que tendría el Estado: Público y

⁹ Si bien la jurisprudencia suele hacer aplicación "supletoria" del Código Civil ya la Corte Suprema ha aclarado que existiendo una ley de derecho administrativo, el "Código Civil [...] sólo es aplicable en cuanto sea compatible con los principios de aquélla." *Fallos*, 182: 502-47, *Besana*, año 1938. Con otras palabras, la Corte también ha dicho que las normas del derecho civil "si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo..., con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina." *Fallos* 190: 142, *Los Lagos*, año 1941. Recientemente, en su pronunciamiento de fecha 5-VII-11, la Corte reiteró esta doctrina en la causa *JP Morgan Chase Bank NA (Sucursal Buenos Aires) c/ Banco Central de la República Argentina s/ proceso de conocimiento*, J. 71. XLV. ROR, considerando 7º. Ver FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho administrativo*, México, D.F., McGraw-Hill / Interamericana, 1997, p. 13; VEGA, SUSANA E. y ROTACHE, MARÍA J., "La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?," *RAP*, 335: 47-73. Ver también CSJN *Fallos*, 310: 1589, *Sosa de Basso*, año 1987. Más tarde la Corte efectuó una importante afirmación: "Las disposiciones del Código Civil, entre ellas las relativas a las nulidades de los actos jurídicos, son aplicables en la esfera del derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último, pero la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso." (*Fallos*, 321: 174, *S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado*, año 1998.)

¹⁰ Sobre estas dos diferenciaciones pueden verse, entre los libros más tradicionales, MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 184 y ss.; BIELSA, *op. cit.*, t. II, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 27.

privado. Por nuestra parte señalaremos en su momento la relatividad de estas dos últimas distinciones, pero puede ya advertirse la similitud que presentan con las anteriores clasificaciones. Si se habla de una “personalidad de derecho privado” y de “actos de derecho privado” de la administración, es coherente distinguir luego los contratos de derecho privado de la administración y su dominio privado. Si, en cambio, se niega una supuesta doble personalidad y se aclara que los actos de la administración nunca son de derecho privado, mal puede luego sostenerse que exista un contrato o un dominio estatal que sea estrictamente privado. Puede recordarse aquí que la personalidad jurídica del Estado es siempre una sola y que ésta es predominantemente de derecho público, por lo que se debe calificarla necesariamente como tal,¹¹ que los actos que emanan de los órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo; que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado. Esa predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos siempre como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.¹²

A su vez, por lo que se refiere a los supuestos contratos civiles de la administración, es obvio que también todo lo referente a la competencia de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de celebración, a las *formas* de concertación, etc., se rige por el derecho público; a nadie se le ocurriría fundamentar la *competencia* de un órgano estatal para celebrar ese contrato, en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la ley exija la *licitación pública*, pueda prescindirse de ella porque no figure en el Código Civil, ni que si de acuerdo con el derecho administrativo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas un decreto del Poder Ejecutivo, sea necesario de todos modos escritura pública,¹³ etc.

La conclusión es la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: Sólo podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto del acto, pero ello no quita que lo dominante siga siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un acto o contrato del

¹¹ VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 161 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 365; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 287; DROMI, ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 57 y ss. En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 84: 133 y ss.

¹² Lo hemos desarrollado en el t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. II, § 10 a 15, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo2.pdf; en igual sentido DIEZ, *op. cit.*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., p. 210; PTN, *Dictámenes*, 92: 74.

¹³ El art. 3º de la ley 4.167 dispuso en su momento que el decreto del Poder Ejecutivo por el cual se vendía una tierra pública tenía “fuerza de escritura pública.” Ese tipo de disposiciones tiene una derogación orgánica con las normas que regulan los registros de la propiedad, catastros, etc. Hoy en día es necesario escriturar para poder inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad. Con todo, es conocido el hecho material que muchos de los inmuebles del Estado no se encuentran registrados en el catastro, y que el proceso de registrarlos es empíricamente complicado.

derecho civil. Y por lo demás, incluso la aplicación del derecho civil en el objeto mismo del acto es sumamente limitada y poco frecuente.

Por último, la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado tiene algún basamento normativo en el Código Civil,¹⁴ pero se le ha dado en la actualidad una interpretación muy amplia al concepto de dominio público. Abarca pues todos los bienes estatales inmuebles, muebles u objetos incorporales, sea que estén afectados al uso directo o indirecto de la comunidad (p. ej., a través de los servicios públicos). Son excepción los casos en que se puede señalar un bien del “dominio privado” del Estado.

4. *La transformación del derecho administrativo*

¿Esa evolución hacia el derecho público es positiva o negativa? Sería negativa si el derecho administrativo, al avanzar sobre campos antiguamente sometidos al derecho civil, lo hiciera con una aplicación rígida de sus principios clásicos; pero ello no ocurre exactamente así, sino que la tendencia contemporánea representa una suerte de transacción entre el derecho administrativo y el derecho privado.

En efecto, en la distinción de estos dos derechos a fines del siglo XIX, se consideraba típico del derecho administrativo la supremacía que se otorgaba a la administración, una serie de privilegios y prerrogativas especiales que se le reconocían incluso sin que una ley lo dispusiera expresamente, cuando actuaba en el campo del derecho administrativo.¹⁵ Por el contrario, cuando actuaba en el campo del derecho privado, la administración estaba en una relación de coordinación, es decir, de igualdad con los individuos: No tenía privilegios ni prerrogativas. Se decía así entonces, en los viejos libros, que cuando la administración actuaba como “poder público” no era responsable por los daños que causara; no necesitaba de un fundamento legal expreso para poder imponer una sanción a los particulares; no estaba sujeta a control judicial; no estaba plenamente ligada por los contratos que celebraba; podía ejecutar por sí misma y por la coacción sus propios actos, etc. Nada de ello ocurría, en cambio, cuando actuaba como “persona jurídica privada.”

Modernamente los extremos se unen: La administración actúa siempre como persona de derecho público, pero sin contar con las supremacías y privilegios que antiguamente se le reconocían sin hesitación; el Estado es responsable si comete un daño, aun actuando como persona de derecho público que es,¹⁶ necesita

¹⁴ Ya que el art. 2340 enumera lo que denomina “bienes públicos del Estado” y el art. 2342 lo que llama bienes privados del Estado. Una diferencia sustancial entre tal diferenciación y las anteriores es que ésta es la única que tiene claro sustento normativo.

¹⁵ Ampliar en ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la administración pública*, San José, 1974.

¹⁶ Ampliar *infra*, t. 2, cap. XX, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf; nuestro art. “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. VIII del libro *Introducción al derecho*, op. loc. cit. en nota 2, *supra*, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_viii.pdf. Nueva versión en “Responsabilidad del Estado en el derecho

de un fundamento legal expreso para imponer sanciones; está sujeto en todos los casos al control judicial; está también obligado por los contratos que celebra, etc. Por ello, si bien el derecho administrativo gana en extensión, gana también cualitativamente al transformarse en un derecho más justo y razonable, menos arbitrario y autoritario;¹⁷ de ese modo la distancia con el derecho privado, en cierto modo, se ha acortado.¹⁸

Sin embargo, es de advertir que estos nuevos rasgos del derecho administrativo contemporáneo no se hallan todavía suficientemente asentados, ni tampoco compartidos por todos los autores, por lo cual se encuentran todavía en doctrina y jurisprudencia algunas aplicaciones indebidamente autoritarias de principios superados: Toca a los juristas de hoy y del mañana estar atentos a fin de corregir en cada caso las desviaciones aun existentes.

5. Relaciones con el derecho constitucional y supraconstitucional

De todas las ramas del derecho público, ninguna está más estrechamente ligada al derecho administrativo que el derecho constitucional; cada cap. de derecho administrativo, se ha dicho, está encabezado por una introducción de derecho constitucional. “Ningún derecho está más subordinado y conformado a las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo” y por ello, “el derecho administrativo tiene el carácter o la fisonomía del derecho constitucional de cada Estado.”¹⁹ Pero es más, en la actualidad se ha desarrollado un importante derecho supranacional y supraconstitucional de los derechos humanos frente al Estado, que constituye la sólida base en que debe construirse el derecho administrativo.

internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Rap, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400, <http://gordillo.com/articulos/art13.pdf>.

¹⁷ Ver sobre el punto GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1979; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1962, 2ª ed.

¹⁸ Ver también BALBÍN, *op. cit.*, t. 1, pp. 96 y 242-3.

¹⁹ BIELSA, RAFAEL, *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1960, 3ª ed., p. 7. Incluso hay autores que identifican ambas disciplinas en un “Derecho del Estado,” como recuerda ALESSI, RENATO, *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1971. Ver también PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo,” en PAREJO ALFONSO; JIMÉNEZ-BLANCO, ANTONIO y ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992, 2ª ed., cap. II, p. 31 y ss.; CASSESE, SABINO, “Le basi costituzionali,” en CASSESE, SABINO (director), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, t. 1, Milán, Giuffrè, 2000, p. 159 y ss.; CASETTA, ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 2001, 3ª ed., cap. II, p. 27 y ss.; STARK, CHRISTIAN, “State Duties of Protection and Fundamental Rights,” en AA.VV., *Constitution and Law III, Seminar Report*, Johannesburg, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 11 y ss.; DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Diritto costituzionale comparato*, Padua, CEDAM, 1999, 5ª ed., cap. III, secciones I y ss., p. 143 y ss.; PEGORARO, LUCIO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 1998; PEGORARO y REPOSO, ANTONIO (coord.) *Lecture Introduttive al Diritto Pubblico*, Milán, CEDAM, 1998. A veces la constitución, lejos de ser un instrumento de estabilidad, es fuente de incertidumbre: Comp. BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Temas de direito constitucional*, Río de Janeiro, Renovar, 2002, 2ª ed., esp. parte I, sección 2, p. 49 y ss.

Hay también normas internacionales encaminadas a prevenir y castigar la corrupción que igualmente constituyen lineamientos básicos de esta disciplina²⁰.

Constitución y administración se influyen recíprocamente;²¹ pero mientras que la influencia de la primera sobre la segunda es de sistema, la de la administración sobre ella es de eficacia.²² La Constitución es una estructura, es el ordenamiento fundamental del Estado; la administración es un órgano²³ jurídico de ese Estado. La función administrativa es una actividad que se realiza dentro del marco y las directivas básicas fijadas por aquella estructura. En la Constitución predomina lo estático, en la función administrativa lo dinámico; en la primera hay estructuración y establecimiento de límites, en la segunda hay expresión de actividad concreta y choque contra los límites prefijados.

Al igual que en el caso del derecho civil, hay que distinguir tres tipos de relaciones entre ambas disciplinas:

a) Hay principios generales de derecho que si bien se hallan más fuertemente protegidos por encontrarse en la Constitución, no son exclusivos del derecho constitucional: Los derechos humanos básicos, tanto los de la Constitución como los de los tratados internacionales; la tutela del ambiente. Son parte de los principios y valores mínimos del orden jurídico internacional.

b) Hay disposiciones de derecho administrativo que están contenidas en la Constitución: Las referentes a la expropiación, a la imposición, la prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, el régimen carcelario, la libertad de navegación de los ríos interiores, etc.

c) En cuanto a las que se consideran típicamente de derecho constitucional tales como creación y organización de los tres poderes y otras autoridades independientes,²⁴ sus facultades; derechos individuales, etc., su aplicación en derecho administrativo es necesaria, ineludible y éste aparece como una prolongación de aquél; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas.

²⁰ Respecto a la perspectiva supranacional del Derecho Administrativo, ver en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Suplemento Extraordinario Administrativo, 75 Aniversario*, La Ley, 2010, entre otros, BOTASSI, CARLOS, "Derecho administrativo supranacional," pp. 102-114; GUGLIELMINO, OSVALDO C., "Los contratos administrativos y el arbitraje," pp. 115-126; CAPUTI, CLAUDIA y SALVATELLI, ANA, "Manifestaciones de la globalización en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el derecho administrativo," pp. 146-160 y SCHEIBLER, GUILLERMO, "Compromisos internacionales de la República Argentina en materia de acceso a la información pública," pp. 136-145.

²¹ Esta interacción permanente entre ambas disciplinas es puesta magníficamente de manifiesto por GELLI, MARÍA ANGELICA, en su obra *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed.

²² VON STEIN, LORENZ, *La Scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897, p. 3; BIELSA, *op. loc. cit.*; GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 1.

²³ No parece que pueda hablarse de una personalidad jurídica de la administración como tal; con todo, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statuario," en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2/3: 323. (1960.)

²⁴ Dentro de la moderna concepción de la fractura del poder como salvaguardia contra su monopolización por una persona o grupo de personas.

Hay pues una superposición temática entre ambas disciplinas, lo que se justifica por la necesidad contemporánea de reenfatizar estos problemas.

No es que el Estado “tenga” una Constitución, sino que “esté” en una Constitución. Pero más aun, está también, fundamentalmente, en un orden jurídico supranacional e internacional.²⁵

6. *Relaciones con el ambiente y el derecho de los recursos naturales*²⁶

El conjunto de los recursos naturales del Estado, básicamente aguas, tierras, aire y minas, tienen su ámbito de regulación disperso y asistemático, encontrándose parte de él dentro del derecho constitucional y administrativo, interno e internacional, parte dentro de otras ramas del derecho e incluso parte dentro de diversas ramas no jurídicas.

Existe, por de pronto, una insuperable ambivalencia entre el concepto de *recursos naturales*, que encontramos bajo el dominio pero no la jurisdicción provincial en el art. 124 de la Constitución (“Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”)²⁷ y el de *ambiente*,²⁸ que el art. 41 consagra como un derecho del individuo a un ambiente *sano*. Dice el art. 41 que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente *sano*, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de *preservarlo*. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los *recursos naturales*, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección,²⁹ y

²⁵ *Supra*, cap. VI, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf.

²⁶ Ver, en general, BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Derecho Administrativo Ambiental*, La Plata, Platense, 1997; “La cuestión ambiental en el derecho internacional público. (A diez años de la declaración de Estocolmo),” *LL*, 1982-C, 882; PIGRETTI, EDUARDO A., *Teoría jurídica de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1965, *Derecho de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1971 y *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Depalma, 1997; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Derecho ambiental*, Madrid, IEAL, 1977; *Tratado de Derecho ambiental*, tres vols., Madrid, Trivium, 1991-92-97; O’LEARY, ROSEMARY, *Environmental Change. Federal Courts and the EPA*, Filadelfia, Temple University Press, 1993; LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008; LÓPEZ ALFONSÍN, MARCELO, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Astrea, 2012, ZEBALLOS DE SISTO, MARÍA C., “La preservación y la gestión del patrimonio natural y cultural en Argentina: estado del arte. Una visión desde el turismo sustentable,” en *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 2, 2008, pp. 97-120.

²⁷ Ver EGEA, FEDERICO “Alcances del concepto de dominio originario de las provincias en el Sistema Federal Argentino,” *LL*, 2009-A, 1170.

²⁸ Hasta antes de la Constitución de 1994 estaba generalizado la frase medio ambiente, pero posteriormente la terminología se ha ido unificando con el sólo vocablo ambiente.

²⁹ Ver ley 25.675 de política ambiental nacional; ley 25.612 de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios; ley 25.670 de gestión y eliminación de los PCBs, policlorobifenilos

a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.³⁰ Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos.” Hay recursos naturales como la caza, la pesca, etc., que deben ser utilizados racionalmente y en los que no necesariamente existe conflicto con el requisito de un ambiente sano; lo mismo con casos de preservación del ambiente, tales como contaminación lumínica, sonora, visual, etc., que carecen de relación con la utilización de los recursos naturales. Ciertos tipos de explotación minera, efectos secundarios de la explotación petrolera, etc., afectan el derecho a preservar un ambiente sano y requieren medidas resarcitorias o reparatorias.³¹

En los últimos años puede destacarse la legitimación reconocida por la Corte Suprema a un grupo de vecinos para proteger el medio ambiente en la cuenca Matanza-Riachuelo, a partir del pronunciamiento dictado el 20-VI-06 en la causa *Mendoza*.³²

6.1. Tierras

Lo atinente a las tierras públicas y su utilización por el Estado en forma directa o indirecta, es en parte estudiado por el derecho administrativo y en parte por

o bifenilos policlorados; ley 25.688 de gestión ambiental de aguas; ley 25.916 de gestión de residuos domiciliarios; ley 26.331 de protección de bosques nativos; ley 26.562 de control de actividades de quema; ley 26.639 de preservación de los glaciares y del ambiente periglacial. Sin embargo, hay demasiados ejemplos de desidia legislativa y administrativa, que a veces fuerzan a la justicia, como único poder del Estado que resta con voluntad real de cambio, tomar injerencia en el asunto, como es el caso de la cuenca Matanza-Riachuelo, que la CSJN, creativa y valientemente, encaró en forma directa en *Fallos*, 329: 2316, *Mendoza*, año 2006, delegando las medidas de trámite al juez de primera instancia del lugar —aunque este juzgado fue desplazado en el año 2012, “dividiendo” transitoriamente la competencia en dos juzgados federales para mejorar los controles— y poniendo en esta doble óptica el control de la actividad administrativa de la Autoridad de la Cuenca, conceptualmente un ente estatal interjurisdiccional, aunque erradamente se lo estuvo manejando en sede administrativa como si fuera parte de la administración central. La Autoridad de la Cuenca debe equipararse a los otros entes interjurisdiccionales como el Mercado Central de Buenos Aires, CEAMSE, YMAD, etc. Volvemos sobre el tema en el t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2006, 9ª ed., cap. XI, “Recurso de alzada,” § 2.4.1, “Entes interjurisdiccionales,” http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf.

³⁰ Ver las distintas posturas de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental en *LL*, *Suplemento de derecho ambiental*, 10-XII-04.

³¹ El daño ambiental se va transformando en una importante fuente de responsabilidad estatal: CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, año 2006, citado. Ver, entre otros GÚIDI, GRACIELA, “Responsabilidad ambiental del Estado” y SABSAY, DANIEL ALBERTO, “Responsabilidad por daño colectivo,” ambos en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado, Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta Dra. María Graciela Reiriz, op. cit.*, pp. 551-66 y pp. 567-76, respectivamente. Ver también BOTASSI, CARLOS, “Procedimiento administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental,” en AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Rap, 2013, pp. 211-220; Del mismo autor ver “La experiencia argentina en el control del medio ambiente como sustentabilidad del crecimiento,” en *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 4, diciembre de 2011, p. 29 y ss.

³² *LL*, 2006-D, 281.

el derecho agrario o el derecho de los recursos naturales. Sin hacer cuestiones de competencias, en todo caso también el derecho administrativo estudia:

a) Entre los temas más recientes, todo lo referente a lo que ha tratado la ley 26.331 de protección de bosques nativos.

Clásicamente, son también desde luego los aún existentes “parques nacionales,”³³ “reservas nacionales” y “monumentos naturales”³⁴ que tienen un régimen propio específico de derecho público.

Deben también analizarse en todo lo que hace al derecho a un ambiente sano que garantiza la Constitución,³⁵ y en el caso de los bosques a veces se mezcla el derecho de los pueblos indígenas,³⁶ como ha ocurrido en el año 2009 con los reclamos de la comunidad *wichi*, de un grupo de personas y asociaciones criollas en Salta.

La Corte dispuso una audiencia pública, y ordenó cautelarmente el cese de los desmontes y tala de bosques nativos hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos, en su nueva muy saludable tendencia.³⁷ Volvemos sobre ello en el punto *d*).

b) Las tierras del dominio público *stricto sensu*, tales como parques, plazas, caminos, librados efectivamente al uso público directo o indirecto; riberas, cauces, etc., que lo están de pleno derecho.

c) Las llamadas “tierras fiscales” que, perteneciendo al Estado, se entregaron preferentemente, en el pasado, en planes de desarrollo agrario a colonos o campesinos.³⁸

³³ Son aquellos a conservar en su estado primitivo, prohibiéndose toda explotación económica: Nahuel Huapi e Iguazú, ley 12.103; Lanín, Los Alerces, Perito Moreno y Los Glaciares, Río Pilcomayo, decreto-ley 17.815; El Rey, Tierra del Fuego, ley 15.554; Chaco, ley 14.366; Baritú, ley 20.656; El Palmar, decretos-leyes 16.802 y 19.689/72.

³⁴ Reserva Natural Formosa, decreto-ley 17.916; Monumento Natural de los Bosques Petrificados, decreto 7.252/54, ratificado por leyes posteriores. El art. 2° del decreto-ley 22.351/80 considera que las tierras fiscales existentes en los parques nacionales y monumentos naturales, como las comprendidas en las reservas nacionales hasta tanto no sean desafectadas por la autoridad de aplicación, integran el dominio público nacional.

³⁵ Decretos-leyes 18.594/70 y 20.161/73. En los lugares de protección legal más intensa el Servicio Nacional de Parques Nacionales ejerce un control amplio de recursos naturales, incluyendo no sólo la tierra sino también el agua, la fauna, flora, etc. y cuenta con fuerza pública propia, el Servicio Nacional de Guardaparques.

³⁶ Ver reseña de fallos de la CSJN referidos al reclamo de comunidades indígenas en materia de tierras en: HUALPA, EDUARDO R., “Derechos indígenas y minería. A propósito del fallo «Mellor Morales» dictado por el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén,” *LL*, 2011-A, 343.

³⁷ CSJN, *Fallos*, 331: 2925 y 332: 663, *Salas Dino*. (2008 y 2009.)

³⁸ FAO, *La reforma agraria en Italia. Realizaciones y perspectivas*, Roma, 1961; C.E.P.A.L., *Problemas y perspectivas de la agricultura latinoamericana*, Buenos Aires, 1965; O.N.U., *Reforma agraria*, Nueva York, 1951; PALERM, ANGEL, *Observaciones sobre la reforma agraria en Italia*, Washington, 1963, p. 99. Ver también nuestro art. “Hacia una concepción publicista de la concesión de tierras,” *RADA*, 7: 27, Buenos Aires.

d) Hoy se procura atender al dominio público indígena previsto en la Constitución.³⁹ El conflicto aparece cuando se trata de tierras privadas ocupadas por tales pueblos originarios, pues el propietario busca lógicamente su recuperación y el conflicto normativo es más complicado, como así también el tema probatorio.

⁴⁰ También el conflicto se suscita entre las comunidades indígenas y las empresas mineras.⁴¹

e) A ello cabe agregar las tierras de propiedad pública o privada ocupadas: un régimen especial permite su llamada regularización dominial por los ocupantes.⁴²

El gran problema es con todo urbanístico, en los numerosos asentamientos habitacionales en terrenos fiscales o incluso privados, con poblaciones siempre crecientes y construcciones ya en altura, pero que no se ajustan al derecho urbanístico local ni han tenido permiso de construcción expreso de las autoridades nacionales o locales.⁴³

De hecho, se están constituyendo poblaciones cuya urbanización física es de tipo medieval, quedando la acción del Estado constreñida a tratar de mejorar la urbanización irregular existente, otorgando energía eléctrica pagada por el Estado, proveyendo diariamente agua potable en camiones cisterna, estableciendo dispensarios, etc., sin poder ya empíricamente recurrir a medidas del pasado,

³⁹ El art. 75 inc. 17 de la Constitución contempla entre las facultades y deberes del Congreso “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y *propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

⁴⁰ Ver la importante recopilación de jurisprudencia y doctrina nacional de HUALPA, EDUARDO R., “Jueces, pueblos indígenas y derechos,” *LL*, 2009-A, 1223 sus referencias; CONTARINI, EUGENIA; FAIRSTEIN, CAROLINA; KWEITEL, JUANA; MORALES, DIEGO y ROSSI, JULIETA, “Argentina,” en AA.VV., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 27 y ss., esp. pp. 66-70, § 2.2.1, “Derechos de los pueblos indígenas.”

⁴¹ HUALPA, “Derechos indígenas y minería. A propósito del fallo «Mellao Morales» dictado por el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén,” *op. cit.* A veces el tema indigenista se va de las manos, como ocurre en Bolivia con la pena de muerte aplicada por las comunidades precolombinas según su derecho ancestral, hoy en violación al derecho internacional de los derechos humanos. No es éste un tema de tierras, desde luego, sino un recordatorio de la *prudentia juris*.

⁴² Se trata de la ley 24.374; ver SAGARNA, FERNANDO ALFREDO, “La ley 24.374 de regularización dominial: una fuente de litigios,” *LL*, 1996-D, 975; “Nueva prescripción adquisitiva más breve (inmuebles urbanos que se poseen por tres años con anterioridad al 1º de enero de 1992),” *DJ*, 1996-2-994; “La ley 24.374 de regularización dominial y su implementación en la Provincia de Chubut,” *DJ*, 1998-2, 13.

⁴³ Se trata de un problema “típicamente metropolitano.” Ver RECA, RICARDO P., *Derecho Urbanístico*, v. III, Área Metropolitana, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 19-20; USLENGHI, ALEJANDRO, “Las restricciones al dominio privado derivadas de la planificación urbana y de la preservación del interés arquitectónico, histórico y cultural,” en AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, *op. cit.*, pp. 439-446.

como el desalojo y la destrucción de las viviendas irregulares, salvo aquellas en excesiva altura que amenazan ruina.

También ciertos barrios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han modificado fuertemente su fisonomía debido al *boom* de la edificación en altura por parte de emprendedores inmobiliarios, lo que ha generado serios y variados conflictos que todavía se encuentran pendientes de una solución definitiva del Estado local.⁴⁴

6.2. Aguas

Lo referente al régimen de las aguas naturales siempre se consideró en el siglo XX básicamente regido por el derecho público, habiéndose acuñado el principio de que todas las aguas *naturales* son públicas,⁴⁵ en el sentido de ser necesariamente partes integrantes del dominio público del Estado, por lo tanto inalienables e imprescriptibles. Esta materia ha sido objeto de estudio por el derecho administrativo. Las distintas provincias ostentan sus propios Códigos o leyes de Agua como muestra de esta ubicación metodológica y jurídica del problema.⁴⁶

Pensamos que la razón de ser de que las aguas *naturales* hayan sido casi siempre consideradas parte del dominio público del Estado e insusceptibles de apropiación privada, bajo forma alguna, sin perjuicio de su utilización por permiso o concesión revocables, se debe justamente al haber sido siempre reguladas por esta rama del derecho público, no habiendo participado en su elaboración reciente otras ramas del derecho. Pero hay que tener cuidado de no incurrir en excesos, o de lo contrario se llegaría al extremo de que toda superficie de agua en propiedad privada, incluso construida artificialmente por el propietario, se constituyera supuestamente en propiedad pública de libre acceso a toda la comunidad, algo obviamente contrario al sistema constitucional de propiedad privada que nos rige; lo mismo cabe decir de los sistemas artificiales de riego, los depósitos artificiales de agua para ser utilizados en época de carencia de lluvias, las canalizaciones para el corrimiento de las aguas pluviales y obras concomitantes, etc.

Cabe también mencionar el tema de la explotación de los recursos del mar, fuera de las aguas territoriales,⁴⁷ y el de los fondos marinos: En ambos temas

⁴⁴ PULVIRENTI, ORLANDO, “De Coghlan a Caballito: ¿Quién decide el urbanismo?” *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 2, septiembre de 2008, pp. 223-243. En materia de urbanismo y tutela del ambiente en la Provincia de Buenos Aires, ver FALBO, ANÍBAL J., “El urbanismo y la tutela del ambiente en un fallo ejemplar de la Corte Provincial,” *Revista de Derecho Ambiental*, v. 11, LexisNexis, pp. 85-94.

⁴⁵ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, p. 437: “en materia de *aguas* el principio general de nuestra legislación es que sean *públicas*.” BIBILONI, JUAN ANTONIO, *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino*, t. III, Buenos Aires, 1929-1932, p. 7 y ss. Ver con todo la observación que expresamos en el texto contra una formulación tan dogmática y genérica, contraria al derecho mismo, como explicamos en nuestra *Introducción al Derecho*, op. cit., supra, nota 2, <http://gordillo.com/iad.html>.

⁴⁶ Así Corrientes, Jujuy, Mendoza, Salta, San Juan.

⁴⁷ El régimen de los permisos de pesca abarca ingentes recursos pero es insuficientemente controlado por el Estado, que no solamente no percibe derechos que guarden relación con la riqueza

entramos en el campo creciente del derecho administrativo, ahora de carácter supranacional.⁴⁸

6.3. *Aire*

El dominio público aéreo es también tema del derecho administrativo, no solamente a los efectos de la aeronavegación,⁴⁹ sino también por la regulación municipal de las carteleras de propaganda en los altos de los edificios, que perjudican la estética, iluminación y vista urbana; la utilización ilegal del espacio público aéreo para tendido de redes de distintos servicios, como teléfonos, cables, etc.; la contaminación del aire a través de la polución, ruidos molestos o contaminación sonora, etc.⁵⁰

6.4. *Urbanismo*

El régimen jurídico del suelo, el aire y el agua se conjuga en otra rama autónoma del derecho administrativo, el derecho urbanístico.⁵¹

6.5. *Minas*

Los temas que acabamos de mencionar suelen tener un enfoque de derecho público. La situación es diferente con los minerales; algunos son *ipso jure* de propiedad particular⁵² y sólo los de primera y segunda categoría son claramente de propiedad del Estado.⁵³ Ubicados los problemas generalmente sólo en el derecho minero, carecen —deliberadamente— de visión publicista.⁵⁴ Es así como el Código de Minería es nacional, en lugar de haber códigos locales como podría

ictícola, sino que además no evita la depredación. Ver CARRILLO, SANTIAGO R., “El interés (del) público en el Régimen Federal de Pesca,” *RPA*, 2006-1, 77.

⁴⁸ Al respecto ver BOHOSLAVSKY, JUAN P., “La jurisprudencia arbitral en el sector del agua: cuestiones sobre «enfriamiento regulatorio» y derecho aplicable,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Suplemento Extraordinario Administrativo, 75 Aniversario*, La Ley, pp.127-136.

⁴⁹ Decreto-ley 20.284/73. A su vez, el tema debe vincularse con la contaminación sonora del ambiente urbano, un tema importante en los aeropuertos ubicados dentro de concentraciones urbanas, cuyo ej. más destacado, pero ciertamente no único, es el Aeroparque de la Ciudad de Buenos Aires.

⁵⁰ Ver ALONSO GARCÍA, MARÍA CONSUELO, *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

⁵¹ Ampliar sobre estos temas, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN, *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, Abella, 1998; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Civitas, 1981; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley sobre régimen del suelo y valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*, Madrid, Civitas, 1998; BERMEJO VERA, JOSÉ (director), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed.

⁵² Art. 2º del Código de Minería, inc. 3º; art. 5º. Ver SILENZI DE STAGNI, ADOLFO, “Clasificación legal de las sustancias,” *LL*, 13: 167; PIGRETTI, EDUARDO A., *Código de Minería y Legislación de hidrocarburos*, Buenos Aires, 1969, 2ª ed., p. 14 y ss.

⁵³ Código de Minería, art. 2º, incs. 1º y 2º) y art. 7º.

⁵⁴ En América Latina prevalece de antaño la concepción según la cual el derecho minero es una rama del derecho privado, como puede verse p. ej. en URIBE HERRERA, ARMANDO, *Manual de derecho de minería*, Santiago de Chile, 1968, 3ª ed., p. 11.

haberse resuelto, tratándose de un recurso regido por el derecho público y de propiedad de las Provincias.

Del mismo modo, el Código de Minería consagra:

a) Normas de *procedimiento* administrativo minero, *prima facie* inconstitucionales por avanzar también sobre el ámbito provincial y

b) normas sobre el contrato administrativo de concesión minera.⁵⁵

Según este Código las minas de primera categoría deben ser explotadas por particulares,⁵⁶ salvo ley expresa en contrario. En la actual tendencia económica hacia la privatización y desestatización, con la sola limitación de la espasmódica respuesta universal ante la crisis *financiera* internacional de 2008/9, esos lineamientos resultan congruentes.

La calificación de utilidad pública que el art. 3° del citado Código de Minería les otorga (con el fin obvio de hacer prevalecer el derecho del explotador o concesionario minero por sobre los derechos del superficiario), no puede prevalecer por sobre el derecho de expropiación que a la Nación y a las Provincias les compete de acuerdo con sus pertinentes leyes de expropiaciones.

La expropiación de minas se rige por la ley especial pertinente de derecho administrativo y no, a nuestro juicio, por normas o principios de derecho minero o de cualquier otra rama del derecho privado. Fácil es advertir la inconsecuencia de pretender que la expropiación, instituto de derecho público, se rija o limite por normas o principios de derecho privado.

Esas figuras han ido siendo parcialmente corregidas a través de leyes nacionales dispersas, que han transferido al dominio y manejo de explotación de la Nación distintos minerales de primera categoría: Gas, carbón, petróleo, con la llamada nacionalización de los hidrocarburos;⁵⁷ yacimientos de diversos minerales,⁵⁸ etc. No se ha continuado, en cambio, hacia la nacionalización de otros recursos mineros como el hierro, el cobre, etc., a diferencia de otros países latinoamericanos,⁵⁹

⁵⁵Que explicamos en nuestro art. "El contrato administrativo de concesión minera," *JA*, 1980-IV, 714, reproducido en el libro de la A.A.D.A., *Contratos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, cap. XV.

⁵⁶Código de Minería, art. 9°: "El Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley." En ese concepto el particular adquiere no un derecho de propiedad en calidad de concesionario, sino en calidad de titular dominial de la cosa: PIGRETTI, *Código de Minería...*, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁷"Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional" (ley 14.773 y DL 17.319); OYHANARTE, JULIO, "Régimen constitucional de las fuentes de energía," *LL*, 88: 863, PIGRETTI, *Código...*, *op. cit.*, p. 476 y ss.

⁵⁸También fueron creados por ley diversos entes estatales para actividades mineras, como la Dirección General de Fabricaciones Militares, ley 12.709; Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, SOMISA, ley 12.987; Comisión Nacional de Energía Atómica; Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio, YMAD, ley 14.771, etc.

⁵⁹En Chile, ver ESCALABALTRA, ENRIQUE, *El dominio del Estado sobre las minas*, Santiago, 1965; BRUNA VARGAS, AUGUSTO, *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera*, Santiago,

y es ya una tendencia no solamente agotada sino incluso revertida con las privatizaciones de fines del siglo XX: Hidrocarburos, gas. Pero, en nuestro eterno drama de *corsi e ricorsi*, nadie puede asegurar a comienzos del siglo XXI que no se presenten excepciones, como las que se están produciendo en algunos países del continente, no sin conflicto internacional, por cierto.

7. Otras relaciones

7.1. Relaciones con el derecho penal

Las decisiones de los agentes de seguridad son actos administrativos cuya presunción de legitimidad, ejecutoriedad, etc., son objeto de estudio por el derecho penal y el derecho administrativo; lo mismo ocurre con el derecho penitenciario, la situación material de las cárceles, etc. Así lo analizamos en su lugar.⁶⁰

La actuación de los organismos de seguridad, tanto policiales como penitenciarios, es también una de las causas más frecuentes de responsabilidad del Estado, tanto interna como internacional. Nuestras fuerzas de seguridad, sobre todo las provinciales, no son instruidas ni equipadas suficientemente para el uso no letal de la fuerza, con las consiguientes pérdidas en vidas personales que cabe esperar de su accionar.

La responsabilidad es de las autoridades políticas que no realizan esa instrucción y equipamiento adecuados, ni generan sistemas efectivos de Asuntos Internos que se ocupen del monitoreo directo del accionar policial.

El derecho penal sufre, al igual que el administrativo, un crecimiento normativo acelerado⁶¹ y “una confusión de planos —nada inofensiva—” entre el *deber ser* y el *ser* de la ley como fuente normal.⁶²

El delito cometido por el funcionario es tratado más levemente que el delito de un particular,⁶³ a pesar de que formalmente las normas sean más severas con el primero. Es el fenómeno que con justeza ha sido denominado “administrativización del derecho penal.”⁶⁴

La respuesta a los abusos toma ribetes criticables, en que la única respuesta que imagina el poder político es el pase a retiro, o incluso rotación, de la máxima autoridad de la fuerza y nada más.

1971; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *La nacionalización chilena del cobre. Comentarios y documentos*, Santiago, Editorial Quimantú, 1972.

⁶⁰ *Infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. V, § 3.3, “El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia,” pp. 9-10; § 4.3, p. 14-19, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf.

⁶¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 15, VI, “Interdisciplinariedad con el derecho administrativo,” 2, p. 205.

⁶² ZAFFARONI, *op. cit.*, § 9, II, pp. 95-6, quien recuerda en su nota 121 de la p. 96 la famosa frase alemana del Estado de policía, en 1934: “Antes, no hay pena sin ley ¡Ahora: no hay delito sin pena!” Ello recuerda no solamente las “confusiones” entre ley y reglamento, sino también los que el mismo autor llama “sistemas penales paralelos y subterráneos:” § 3, IV, pp. 23-4.

⁶³ ZAFFARONI, *op. cit.*, § 35, IV, p. 511.

⁶⁴ ZAFFARONI, *op. loc. cit.*

7.2. Relaciones con el derecho internacional

Explicamos antes⁶⁵ que el derecho administrativo no es solamente derecho interno, sino también derecho administrativo internacional, o alguna de las otras denominaciones que se van poniendo sucesivamente en boga, como mundial o global.

Ya hemos visto que existe un creciente régimen jurídico internacional, no solamente en materia de derechos humanos,⁶⁶ ambiental,⁶⁷ comunitario⁶⁸ sino también penal.⁶⁹ No importa demasiado dónde ubiquemos temáticamente su estudio, pero sí importa que no desconozcamos el hecho evidente que es cada vez más creciente la cantidad de normas internacionales a las que nos sometemos y que desde luego nos resultan operativamente obligatorias. A veces intentamos incumplirlas, directa o indirectamente, pero las sanciones del derecho y la comunidad internacionales existen y operan. Es creciente también, en efecto, la importancia del derecho penal internacional y la jurisdicción universal⁷⁰ en materia de crímenes de lesa humanidad en general,⁷¹ o narcotráfico, lavado de dinero y corrupción en particular,⁷² etc.

8. Las ciencias jurídicas frente a las no jurídicas

Ya hemos explicado en el cap. I⁷³ y sus remisiones que la solución de todo problema jurídico comienza por el minucioso y exhaustivo conocimiento de sus circunstancias fácticas: Quien no conoce bien los hechos del caso no podrá darles un encuadre jurídico correcto.

⁶⁵ Ver *supra* cap. V, § 5, “No es solamente derecho interno,” pp. 11-18, http://gordillo.com/pdf_tomol/capituloV.pdf

⁶⁶ Ver p. ej. MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *El Sistema Interamericano*, San José, Juricentro, 1993; BUERGENTHAL, THOMAS; NORRIS, ROBERT E. y SHELTON, DINAH, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990; VAN DLJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. (dir.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer, 1998.

⁶⁷ Una completa bibliografía en HOLLINS, STEVE y MACRORY, RICHARD, *A Source Book of European Community Environmental Law*, Oxford, Clarendon, 1995.

⁶⁸ Ver GÓMEZ-REINO y CARNOTA, ENRIQUE (dir.), *Jornadas sobre derecho administrativo comunitario*, Madrid, Montecorvo, 2001; SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1992.

⁶⁹ Ver ZUPPI, ALBERTO L., *Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013. Dado el preciso objeto de su libro, según lo delimita en las pp. 3 y 4, no incluye la lucha penal internacional contra la corrupción.

⁷⁰ LATTANZI, FLAVIA y SCHABAS, WILLIAM A. (dir.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Teramo, il Sirente, 1999.

⁷¹ ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2002 y sus referencias; *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*

⁷² Ver también nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, <http://gordillo.com/articulos/art9.pdf>; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, número especial de derecho administrativo del 20-XII-01.

⁷³ http://gordillo.com/pdf_tomol/capituloI.pdf

Ahora bien, para conocer los hechos del caso, en cada situación son necesarios diferentes instrumentos metodológicos y, a veces, el conocimiento de elementos de diversas ciencias ajenas al derecho.

Si es un caso de *mala praxis* médica, se deberá conocer acerca del problema médico involucrado; si de un problema de obra pública, entender sus aspectos técnicos; si de una factura de servicios públicos, cómo se determina ella y así sucesivamente. Cada uno de esos aspectos técnicos es muy complejo pero absolutamente decisivo para la resolución del caso y por ende para el abogado. Este es uno de los desafíos de la práctica profesional y una de las fuentes que nos enriquece en el conocimiento general, al propio tiempo que en el trabajo profesional específico.

El jurista debe comprender también el fenómeno no jurídico y *hacer comprender* el suyo al no especializado en derecho; debe señalar qué es aquello que el derecho ofrece como poco menos que inmutable (p. ej., las bases constitucionales, el debido proceso, la justicia y razonabilidad, etc.) y qué es lo susceptible de cambio (p. ej., a través de una reforma legislativa o jurisprudencial); qué es, por fin, aquello que puede usarse como instrumento más o menos dócil en diversos sentidos posibles.

El desentendimiento entre las ciencias jurídicas y no jurídicas parte, por un lado, de una errada creencia de los no juristas de que el derecho debe ser *mero instrumento* de las técnicas o ciencias no jurídicas, absolutamente maleable para cualquier cosa que el técnico quiera hacer⁷⁴ y, por otro lado, de una cierta deformación profesional del jurista, que tiende a ofrecer la solución normativa que en el momento es circunstancialmente aplicable, como la *única solución viable*.

El error que viene del derecho romano, donde los jurisconsultos se quejaban de CÍCERÓN, que venía a “confundirlos” con los hechos, o a querer torcer la disputa “jurídica” en una disputa “de hecho y prueba,” sigue hoy en pie tal como entonces.⁷⁵

También, a veces, se viste bajo forma de principio jurídico lo que no es sino el preconcepto social, económico, político, etc., del operador del derecho. En rigor de verdad, el derecho en su conjunto ni es mero instrumento de las técnicas ni es tampoco “objetivo último de la sociedad humana;” tiene, eso sí, ciertos principios o valores que integran la base inconvencional de una sociedad en que existe la justicia, pero tiene también y en gran parte, principios que pueden modificarse y adecuarse a las circunstancias de hecho.

⁷⁴ Ejemplo de esta concepción encontramos en MOSHER y CIMMINO, *op. cit.*, p. 58: “se ha llegado a alterar la finalidad propia del Derecho, que en lugar de concebirse como medio se concibe como objetivo último de la sociedad humana y de su desarrollo.”

⁷⁵ El error persiste hasta el presente. En un libro muy trabajado de WATSON, ALLAN, *The Spirit of Roman Law*, Atenas y Londres, The University of Georgia Press, 1995, que indica estar impreso en los Estados Unidos de América, sin otras referencias, se encuentran 14 caps. destinados a la explicación del sistema según los jurisconsultos, y un Anexo A, “Cicero the Outsider,” p. 195, a explicar el diferendo con CÍCERÓN. Por nuestra parte, sin ninguna pretensión de originalidad, hemos tomado partido por la opción de CÍCERÓN, que es la de IHERING y tantos otros, pero no del mundo académico en general, en nuestra *Introducción al Derecho* en sus diversas versiones que citamos en la nota 2, <http://gordillo.com/iad.html>.

Esa adecuación, para el jurista, consistirá en una reforma legislativa o reglamentaria, o en la reinterpretación de una norma concreta a la luz de principios jurídicos superiores.

Es esta posibilidad de interpretación y reforma lo que el jurista debe hacer comprender al no jurista, para que éste no crea que el derecho es nada más que un esquema rígido, una suerte de camisa de fuerza en la cual se quiere encapsular la realidad.⁷⁶

8.1. *La solución técnica y la solución jurídica*

También debe el no jurista abandonar la creencia, a menudo divulgada, de que una reforma legislativa o constitucional es la clave de todos los problemas; por el contrario, el dictado de una ley es nada más que el punto de partida para la solución; luego tendrá que venir el administrador, el economista, el experto en ciencia de la administración, el sociólogo, psicólogo, etc., a proporcionar los instrumentos que realicen la tarea propuesta: sin ellos, la ley aislada nada podrá hacer de efectivo para lograr el objetivo deseado.

La sociedad debe convencer al Congreso para que dicte leyes reglamentarias atendiendo a una mira de largo plazo de la sociedad; no a las circunstancias y conveniencias políticas del gobierno de turno. Por lo demás, lo reconozca o no el abogado, lo cierto es que sus razonamientos “jurídicos” estarán siempre teñidos y orientados por sus concepciones no jurídicas. De allí que en toda cuestión que involucra una valoración técnica, o de oportunidad o conveniencia, o económica, etc., el no jurista debe procurar poner especial énfasis en llevar al conocimiento del jurista precisamente los aspectos, informes y elementos no jurídicos de la discusión. Frecuentemente encontrará que la oposición del abogado a encontrar una solución jurídicamente admisible a un problema, se desvanece cuando se logra convencerlo de la racionalidad, conveniencia, utilidad, etc., de la solución práctica cuyo encuadre jurídico se busca. Muchas veces la oposición de un jurista a una solución técnica, si bien aparece fundada externamente como oposición de índole jurídica, derivada de textos constitucionales o legales, etc., en realidad no constituye sino una manifestación extrínseca de su falta de convicción acerca de la razonabilidad de la solución técnica propuesta.⁷⁷ En cuanto al abogado, va de suyo que no hará buena interpretación jurídica toda vez que no conozca adecuadamente los aspectos no jurídicos del problema, bajo sus fases reales y dentro de las concepciones y principios de las demás ciencias jurídicas.⁷⁸

Por último, debe tenerse presente que el derecho ha sufrido una profunda evolución en los últimos tiempos, abarcando dentro del análisis jurídico consideraciones

⁷⁶ Ampliar en CASSESE, SABINO, *Cultura e política del diritto amministrativo*, Bolonia, 1971, p. 61 y ss., 169 y ss.

⁷⁷ Ver ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, cap. IV, pp. 105-51.

⁷⁸ Ampliar *infra*, § 9 y ss.

sociológicas, políticas, etc., que lo alejan enormemente de la clásica interpretación exegética que buscaba el principio jurídico en la mera interpretación gramatical de un texto legislativo. Se vuelve así al criterio clásico de preferir los principios por sobre las normas. La existencia o la carencia de ley no es óbice para que se reconozca y aplique un principio jurídico; el texto legal es la base pero en modo alguno un rígido precepto que deba ser interpretado sólo y exclusivamente de acuerdo con sus más mínimas expresiones. Esta tendencia a ajustarse demasiado al texto de la ley, con todo, no es atribuible principalmente a los juristas, sino más bien a quienes, por razón de su profesión, tienen un conocimiento menos acabado del funcionamiento del derecho.⁷⁹

8.2. *Derecho administrativo y economía*

Otra de las grandes cuestiones que necesariamente afecta al derecho administrativo, es la inserción del Estado en un orden económico mundial.⁸⁰ Han quedado en el siglo XX problemas tales como empresas públicas nacionales⁸¹ y multinacionales,⁸² bancos oficiales, intervencionismo económico, planificación,⁸³ etc.

Perfilan para el siglo XXI, el derecho de la concurrencia o competencia,⁸⁴ la integración económica,⁸⁵ la interacción recíproca de los sistemas económicos nacionales y supranacionales (la Unión Europea), la caída de barreras aduaneras y proteccionismos,⁸⁶ el análisis de costo-beneficio de las decisiones jurídicas,⁸⁷ las instituciones de la estabilización,⁸⁸ etc. Fundamentalmente, es el fenómeno de la globalización de la economía, que algunos han comparado, en cuanto hecho inmanejable, al agua, el ruido, el viento. Por momentos parece una tempestad; un

⁷⁹ Nos remitimos a nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., <http://gordillo.com/iad.html>.

⁸⁰ Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *An Introduction to Law*, London, Esperia Publications Ltd., 2003, especialmente cap. VIII, pp 105-109, http://gordillo.com/pdf_aitl/chapterVIII.pdf, igual en las diferentes ediciones francesa, http://gordillo.com/pdf_uiad/chapitreVIII.pdf, castellana, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_viii.pdf y portuguesa.

⁸¹ Aunque algunas vuelven, rebeldes, en el siglo XXI. La más notorias, dispuestas también con el voto de los partidos opositores tradicionales son la reestatización de YPF y Aerolíneas Argentinas.

⁸² Ver p. ej. WHITE, EDUARDO y HERRERO, FÉLIX, *Estudio de la legislación aplicable a las empresas de capital multinacional en áreas de integración económica*, Buenos Aires, INTAL, 1970; KAPLAN, MARCOS, *Aspectos políticos de la planificación en América Latina*, Montevideo, 1972, etc.

⁸³ Nuestros libros *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, Macchi, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, EJV, 1981. No hemos hecho ulteriores ediciones por ser un tema que ha quedado irremisiblemente en el pasado.

⁸⁴ Ver, entre otros, ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS A., *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*, Caracas, Sherwood, 2001.

⁸⁵ Ver *supra*, caps. II, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloII.pdf, IV, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIV.pdf, VI, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf y sus remisiones.

⁸⁶ Con una importante excepción en el rebrote en la necesidad de intervenir y regular, o incluso nacionalizar temporariamente, el sector financiero internacional ante la crisis financiera de 2008/9. Es un fenómeno cuya evolución futura habrá de seguirse con atención.

⁸⁷ La bibliografía es actualmente muy abundante. Una orientación introductoria en BUCHANAN, JAMES M. y WARNER, RICHARD E., *Democracy in Deficit*, San Diego, Academic Press, 1977.

⁸⁸ CAMELLI, MARCO (dir.), *Le istituzioni nella recessione*, Bolonia, Il Mulino, 1984.

posible camino sería algún modelo de integración semejante a la Unión Europea actual y futura.⁸⁹

También en el orden interno existe una clara influencia de la economía en el derecho administrativo. Una manifestación de ello puede advertirse en materia de contrataciones administrativas y ejecución de los compromisos asumidos por el Estado en dichos acuerdos,⁹⁰ entre otros temas de crucial importancia como equilibrio fiscal, superávit fiscal, etc.

Recientemente, la Corte Suprema, mediante la acordada 36/09, estableció una *unidad de análisis económico* que tiene por objeto “realizar [...] los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal.”⁹¹ Siguiendo el ejemplo de la Corte Suprema, mediante acordada 181/10, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán creó una unidad similar (la Oficina de Análisis Social y Económico), compuesta por un contador, un economista, un sociólogo y un abogado.⁹²

8.3. Derecho administrativo y ciencia de la administración

Se discute en los textos de derecho administrativo si la llamada “ciencia de la administración,” que comprendería el estudio de los aspectos no jurídicos de la administración pública (problemas de organización y métodos, dirección de personal, liderazgo administrativo, etc.) es o no una ciencia separada de nuestra disciplina jurídica, siendo que ambas tienen el mismo objeto de estudio.⁹³

En realidad, si bien puede tal vez abrigarse alguna duda acerca de si efectivamente la ciencia de la administración ha alcanzado el carácter de “ciencia,”⁹⁴ creemos que no puede dejar de reconocerse que de *hecho* tiene la más plena autonomía frente al derecho administrativo. La autonomía de una disciplina se presenta casi siempre *ex post*, como un hecho consumado, cuando aparecen obras

⁸⁹ Ver nuestros arts. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453, <http://gordillo.com/articulos/art26.pdf>; “G8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 2002-E, 927, <http://gordillo.com/articulos/art27.pdf>.

⁹⁰ Ver y ampliar en VEGA, SUSANA ELENA, “Política, Economía y Derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa,” en AA.VV., *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 153-8.

⁹¹ Ver acordada 36/09 en <http://www.cij.gov.ar/nota-2271-La-Corte-creo-una-unidad-para-analizar-el-impacto-economico-de-sus-sentencias.html>.

⁹² Ver acordada 181/10 en <https://www.justucuman.gov.ar/acordadas.php?nro=181&texto=&id=1#!visor/0/>.

⁹³ Comp. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 28 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 152 y ss.; GASPARRI, PIETRO, *La scienza della amministrazione*, Padua, 1959, p. 47 y ss.; FRITZ MORSTEIN MARX (editor), *Verwaltung - Eine einführende Darstellung*, Berlín, 1965.

⁹⁴ Duda ésta que tomada estrictamente también hace cuestionable el carácter de “ciencia” del derecho administrativo: Ver *supra*, cap. V, § 1, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloV.pdf.

que analizan sistemáticamente el problema con un método propio, etc. y esto ya ha ocurrido ampliamente en el caso de la ciencia de la administración, por lo que su autonomía nos parece lograda.

No decimos pues que la ciencia de la administración sea una parte del derecho administrativo, ni que el derecho administrativo sea una parte de la ciencia de la administración, lo que tampoco tendría sentido. Se trata de disciplinas diversas, que estudian distintos aspectos de un mismo fenómeno: y como el fenómeno es único, no pueden ignorarse mutuamente, so pena de no aprehender en su plenitud el objeto de su estudio.

No se trata tampoco de que el análisis jurídico deba comprender el análisis no jurídico; ni de que un libro de derecho administrativo deba en cada problema hacer una consideración acerca de los aspectos no jurídicos de la cuestión. Pero sí decimos, en cambio, que la faz no jurídica de cada problema debe ser *tenida en cuenta* por el jurista que lo analiza, a fin de trabajar con bases lo más reales que sea posible.

Todo problema jurídico puede siempre tener algún margen de duda o incertidumbre: el jurista la resuelve tomando en cuenta no sólo consideraciones de derecho positivo, sino también políticas, sociales, económicas, etc.; a ello debe agregarse la consideración de *eficacia* y ésta es propia de la ciencia de la administración. La Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) impone la obligación de contratar bienes y servicios a través de sistemas que aseguren la eficiencia de tales adquisiciones.⁹⁵

De lo contrario, el derecho administrativo estará siempre condenado a tener un grave divorcio con la realidad, ofreciendo supuestos principios jurídicos que son causa directa de ineficacia administrativa y poniendo obstáculos jurídicos a las reformas administrativas que se necesitan, o sosteniendo principios que de hecho no tienen aplicación práctica o vigencia real, con lo cual coexisten a veces el ordenamiento jurídico administrativo y la administración formal, con un parasistema jurídico administrativo y una administración paralela.⁹⁶

En la práctica, el administrador muchas veces se acostumbra a pensar que lo importante es la pequeña regla y no los principios,⁹⁷ que el abogado es el que pone trabas, no el que da soluciones, lo que no responde a una supuesta naturaleza de la ciencia jurídica, sino a que se la aplique y se la utilice con prescindencia y alejamiento de la ciencia de la administración.

⁹⁵ Cfr. art. III inc. 5º CICC.

⁹⁶ Lo explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión, 2001, 2ª ed. en este *Tratado*, t. 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2012, Libro II, <http://gordillo.com/tomo6.html>; *L'Amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987.

⁹⁷ Ver *supra*, cap. VI, § 4 a 16, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf y nuestro libro *Introducción al Derecho*, op. cit., cap. I, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_i.pdf y II, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_ii.pdf. Ver también nuestras glosas al libro de NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 78-80.

Una ciencia de la administración —muy primitiva, por cierto— surgió ya con el cameralismo, mucho antes del nacimiento de la disciplina del derecho administrativo;⁹⁸ posteriormente queda relegada a un segundo plano, al nacer con pujanza el derecho administrativo: Es la época en que se estudia conjuntamente ambas materias, pero con un neto predominio de esta última.

En este siglo y particularmente en los últimos años, se han separado: el derecho administrativo sigue, hoy todavía, siendo rama dominante para el estudio de la administración pública,⁹⁹ pero su vieja autoridad comienza ya a resquebrajarse, como lo hace a autoridad misma de quienes utilizan o abusan de sus trasnochadas concepciones.

El avance de los estudios de ciencia de la administración en el mundo va despertando la conciencia de que la solución jurídica no es *la* solución del problema administrativo, sino sólo una de las facetas de él y tal vez no la más importante.

9. *Perspectivas futuras de combinación del derecho administrativo con otras ciencias: La estadística*

Las normas a veces no reflejan la realidad de un país determinado. Determinarlo requiere del jurista, en primer lugar, una actividad tan simple como leer cuidadosamente los diarios del día y del fin de semana, preferiblemente independientes. Muchos errores cometidos en el campo del derecho se hubieran resuelto bien si el que los resolvió hubiera sabido leer los diarios, lo que no es tarea fácil. Pero eso es solamente un piso mínimo de conexión con la realidad.

Existen además otros modos más sofisticados de acercarse a la realidad, aunque este análisis forma parte de otras disciplinas, como ciencia de la administración, estadística, sociología, economía, etc. Ello no libera al iusadministrativista de conocerlas, o intentar conocerlas,¹⁰⁰ antes de formular los principios que utilizará en base al derecho positivo vigente.¹⁰¹

La estadística puede ser un valioso instrumento de conocimiento de la realidad jurídica. Si existe, p. ej., un principio constitucional en virtud del que el pago de la indemnización expropiatoria debe ser previo, debe investigarse a través

⁹⁸ GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 169.

⁹⁹ Como dicen MOSHER, FREDERICK C. y CIMMINO, SALVATORE, *Ciencia de la administración*, Madrid, 1961, p. 58, “constituye motivo de perplejidad [...] el hecho de que el Derecho Administrativo haya debido asumir el monopolio de los estudios de administración pública por falta de otras perspectivas.” Un enfoque distinto en JIMÉNEZ CASTRO, WILBURG, *La reforma administrativa, la reforma del estado y la privatización de instituciones, empresas y programas públicos*, San José, EUNED, 2000.

¹⁰⁰ Ampliar en GARCÍA VALLÉS, RICARDO, “La investigación jurídica y la necesidad de relacionarla con otras ciencias,” *Anuario de la Academia de Doctores*, Barcelona, 1974, p. 101 y ss.; MUNNÉ, FEDERICO, “La colaboración profesional y la investigación interdisciplinaria como necesidad actual,” *Anuario...*, *op. cit.*, p. 79 y ss.

¹⁰¹ BATIFOL, HENRI, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1964, p. 69: “articulación de lo normativo con lo real y la investigación empírica.” Ver también PIAGET, JEAN, “Problèmes généraux de la recherche interdisciplinaire et mécanismes communs,” en *Tendances principales de la recherche dans les sciences sociales et humaines*, París, 1970, p. 559 y ss.

de la estadística jurisprudencial de un grupo de años, cuánto se ha tardado concretamente en pagarla en los casos en que ha habido *litis* sobre el monto de la indemnización. La conclusión estadística puede negar valor de realidad al principio constitucional. Lo mismo puede ocurrir con la garantía constitucional de acceso a la justicia, que muy pocos tienen, de hecho, frente a la administración pública. Aun sin recurrir a datos estadísticos normales, a veces la mera historia de precedentes jurídicos en los últimos dos o tres siglos puede dar indicios fácticos de utilidad en el presente.¹⁰²

Si hay, p. ej., un recurso jerárquico o un recurso extraordinario de inconstitucionalidad o una acción de amparo, el abogado debe también saber a través de estudios estadísticos (que habrá de realizar al efecto), cuánto tarda en ser resuelto cada uno de ellos, en qué porcentaje de casos —sobre la base de un número de casos estadísticamente significativo— el recurso o la acción fue resuelto en forma favorable a las pretensiones del interesado, en qué porcentaje de casos fue rechazado por razones formales, etc.

Si los plazos reales de resolución final son muy largos, o los porcentajes de admisión del recurso muy bajos, es esto también un elemento de juicio empírico que el abogado debe conocer cuando trata de uno u otro de tales acciones o recursos, para elegir cuál interponer, si recurrir o no, etc.

Del mismo modo, para determinar con mayor grado de aproximación a la realidad cómo funciona el mecanismo de protección judicial a los derechos individuales, puede hacerse un muestreo estadístico de un número de años determinado, para establecer en cuántos casos se condenó al Estado y en cuántos no, cuántas veces las costas se impusieron al Estado, cuánto tiempo tardó en resolverse cada litigio en las distintas instancias (primera, Cámara y Corte), cuántas veces se aplicó la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos, etc.

10. *La psicología y sociología*

Del mismo modo, el conocimiento concreto del comportamiento de la administración pública es absolutamente indispensable para el hombre de derecho.

Saber cómo opera la psicología administrativa en general y de cada funcionario público en particular: Qué piensa, qué lo halaga, qué lo enoja o enfurece, o a qué le teme, son todos elementos de juicio a ser tenidos en cuenta. Tal vez haga falta recurrir, como en otros países, a profesionales de otras disciplinas para que nos ayuden a descifrar este tipo de enigmas.

Conocer la sociología del comportamiento administrativo, para determinar si la administración funciona de acuerdo con la organización formal que se refleja en los organigramas de cargos y funciones, o si existe una organización informal,

¹⁰² Lo explicamos en “Emergencia residual en la deuda pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839, reproducido como cap. V de nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

que al margen de la formal, es la que efectivamente se encuentra en operación. A quién recurrir en procura de una solución al caso administrativo no es pues sólo una pregunta de derecho administrativo positivo (“el funcionario competente”) sino también una pregunta de práctica empírica: Quién puede hacer lugar al pedido, o incidir para que se haga lugar; sea o no el funcionario competente.

Saber *cómo* pedir algo es una cuestión en parte de práctica de recursos (forma de redacción, forma de presentación, estilo, etc.) y en parte de psicología: Un reclamo imperioso, una intimación, una ligera pero perceptible presión, un pedido cordial, o una petición discreta; hasta una sumisión abyecta para quienes carecen de principios democráticos y dignidad personal,¹⁰³ etc., llegando al torvo pero frecuente delito de corrupción a través de “negociaciones.”¹⁰⁴ Todo varía según la empresa, la organización institucional o el destinatario del pedido; el individuo o letrado que formule el pedido; asimismo afecta el tipo de presentación, estilo, contenido, etc.

La realidad es, pues, multifacética e inagotable.¹⁰⁵ No hay libro alguno que pueda orientar al abogado o estudiante acerca de todos los aspectos o aristas que la realidad le puede presentar: Solamente puede advertírsele que no debe olvidar nunca de investigar y tratar de conocer y aprehender esa realidad empírica, simultáneamente con la realidad normativa, antes de empezar a esbozar soluciones, elegir vías, etc.¹⁰⁶

11. *La matemática*¹⁰⁷

Esta es una cuestión compleja, quizás por la complejidad de los medios técnicos, que suelen incluir complicadas fórmulas y cuadros, no siempre de indubitable sustento fáctico.

En todo caso, la pretensión de cuantificar los resultados de un análisis jurídico cualquiera, tropieza con la dificultad de querer obtener la precisión de la *matemática*, cuyo lenguaje está constituido por símbolos casi siempre definibles con exactitud, partiendo de elementos provistos por el *derecho*, cuyo lenguaje es

¹⁰³ A veces el peticionante debe moderar sus actitudes; otras superar temores, evitar “el miedo a la autoridad,” la “falsa creencia en la autoridad” y crear un “conocimiento crítico” como “primer ciudadano.” Ver ZIMMERMANN, THEO, *Keine Angst vor Behörden*, Gütersloh, 1964; e *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo10.pdf.

¹⁰⁴ No toda negociación es corrupción, desde luego, pero no hay corrupción sin negociación.

¹⁰⁵ Nos remitimos a lo expuesto en nuestras glosas a NIETO, *op. loc. cit.* y también al desarrollo del cap. I, “El método en derecho” del presente vol., http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf y del cap. I, “La prueba de los derechos” del t. 2, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo1.pdf.

¹⁰⁶ Nos remitimos a nuestro libro *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 4ª reimpression, 2001, 2ª ed. en este *Tratado*, t. 6, *op. cit.*, Libro I, <http://gordillo.com/tomo6.html> y el resumen que de él hacemos en la segunda parte del cap. I de este t. 1, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf.

¹⁰⁷ Ampliar en FIEDLER, HERBERT, *Derecho, lógica, matemática*, traducción de EUGENIO BULYGIN y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1968.

el lenguaje ordinario o natural, por lo tanto, afectado por las notas distintivas de la vaguedad, ambigüedad y textura abierta.

Ya recordamos que el lenguaje natural, incluso el “técnico” o “científico” usado por los especialistas del derecho, se halla afectado por la característica común denominada “textura abierta del lenguaje,” a resultas de la cual no puede lograrse nunca una precisión en las definiciones, en las palabras, o en los símbolos, salvo que se construya un lenguaje nuevo y totalmente artificial: *Supra*, cap. I, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf.

A pesar de ello, siempre será de fascinante interés considerar las posibilidades de aplicación de la matemática al derecho y el posible desarrollo del análisis cuantitativo de las decisiones de tipo jurídico, así como otros problemas de naturaleza similar, que lindan entre la noción de “ciencia del derecho” y la de una nueva ciencia que algunos prevén: la “jurimétrica.”¹⁰⁸ El tiempo transcurrido desde estas primeras impresiones no sólo parece haberlas confirmado sino al revés alejado de la realidad posible de la toma de decisión en los casos de derecho, que son siempre casos y no reglas generales. Se ha revalorizado nuevamente, a nuestro entender, no sólo este segundo enfoque sino también el popperiano de la conjetura y refutación.¹⁰⁹

Las alternativas, en todo caso y de seguirse con estos intentos, pueden ser variadas:

a) Resolver problemas jurídicos muy complejos a través de la matemática, como sería p. ej. si volcáramos un problema jurídico a la lógica simbólica y de allí lo planteáramos a la computadora,¹¹⁰

b) poner “una serie de cuestiones que son susceptibles de investigación, a la prueba de la investigación,”¹¹¹ investigar “la estructura y las dimensiones de toda la experiencia que es relevante para el derecho.”¹¹²

c) En su faz más simple, es la mera consulta a un CD-ROM de información jurídica o a una base de datos *on line*. Navegar por la Internet puede ser una variante de los juegos de *Play Station* o una búsqueda eficaz de datos jurídicos y no jurídicos: Todo está en el usuario.

En estos aspectos, se tratará de considerar la posibilidad de que sobre la base de los criterios jurídicos que se enuncien, se efectúe una investigación empírica

¹⁰⁸ Ver LOEVINGER, LEE, “Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry,” en la Revista *Law and Contemporary Problems*, vol. XXVIII, Durham (Carolina del Norte, EE.UU.), publicada por la Duke University, School of Law, n° 1, 1963, p. 5 y ss.

¹⁰⁹ Tal como lo hacemos *supra*, cap. I, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf y en nuestra varias veces citada *Introducción al Derecho*, <http://gordillo.com/iad.html>.

¹¹⁰ LOEVINGER, *op. cit.*, p. 32; FIEDLER, *op. cit.*, p. 56.

¹¹¹ LOEVINGER, *op. cit.*, p. 34. P. ej., analizar el comportamiento real de las normas jurídicas.

¹¹² LOEVINGER, *op. cit.*, p. 35: No es un “derecho mecanizado,” ni busca “súbitas revelaciones de leyes universales” sino aportar información comprobada acerca de los fenómenos jurídicos. Una posición más ambiciosa puede verse en FIEDLER, *op. cit.*, pp. 50-60.

para determinar de *qué manera y en qué áreas ellos se manifiestan en acciones o disposiciones concretas*; los resultados pueden a su vez manejarse de diversos modos: Estadísticas,¹¹³ índices porcentuales,¹¹⁴ mapas diversos,¹¹⁵ etc.

d) Una cuarta alternativa podría constituir una variante simplificada de la primera, a la cual se agregaría alguna de las facetas de la segunda: *plantear el fenómeno jurídico en un esquema lógico simplificado* y reducido a lo elemental, para facilitar su manejo más exacto y para permitir su comprensión y utilización por los no juristas, que a su vez podrán sobre la base de él elaborar cualquiera de las alternativas mencionadas. En suma, es fácil advertir cómo el campo de relaciones se puede extender ampliamente, cubriendo zonas que antes parecían estar distanciadas.

Por nuestra parte, lo más que hemos podido hacer hasta ahora es introducir los cuadros elaborados p. ej. por economistas, al texto de un escrito jurídico, para mejor explicar al lector de derecho lo que ha sido antes explicado por el experto de que se trate.¹¹⁶ No hemos podido acceder a utilidades más sofisticadas de las matemáticas o la lógica en el razonamiento jurídico y más bien creemos que el camino del jurista es diverso.¹¹⁷ Lo que sí se ha tornado más que indispensable es el desarrollo de las múltiples indispensables habilidades que hay que actualizar permanentemente en materia de informática. Su desarrollo ha sido explosivo en los últimos años y si nos quedamos atrás, perdemos.

12. Derecho y lógica simbólica¹¹⁸

La misma reflexión actual, producto en definitiva de continuar viviendo y reflexionando sobre todas estas cuestiones, nos ha impedido obtener beneficio del empleo de la lógica simbólica. La circunstancia de que el derecho se exprese a través del lenguaje natural, impreciso y cargado de valoraciones, y de que el jurista no

¹¹³ Puede verse al respecto ULMER, S. SIDNEY, "Quantitative Analysis of Judicial Processes: Some Practical and Theoretical Applications," en *Law and ...*, revista citada, p. 164 y ss., 167. Ver también *supra*, § 9, para algunos ejemplos.

¹¹⁴ P. ej., los índices de densidad de construcción autorizada por el ordenamiento jurídico, o el índice de presión tributaria, etc.

¹¹⁵ Así como pueden volcarse a mapas datos sanitarios, educacionales, habitacionales, industriales, agrícolas, ganaderos, etc. y así como están volcados a mapas los datos políticos de las demarcaciones territoriales de las distintas entidades estatales, también pueden volcarse a mapas otras informaciones relevantes sobre problemas jurídicos.

¹¹⁶ Un caso típico es nuestro artículo "La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?" en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios, reproducido en este *Tratado*, t. 7, *op. cit.*, cap. XII, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf.

¹¹⁷ Nos remitimos a la explicación más completa de nuestra *Introducción al Derecho*, ya varias veces citada en cualquiera de sus tres ediciones en papel y la versión en <http://gordillo.com/iad.html>.

¹¹⁸ Para la relación entre lógica simbólica y matemática véase FIEDLER, *op. cit.*, p. 33 y ss.; ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO, *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1971.

quiera *ni deba* renunciar a esa flexibilidad de su disciplina, no lleva fácilmente a que se puedan reducir los planteos muy largos o muy complejos a varios elementos fundamentales que pueden manejarse independientemente de la riqueza de contenido que puedan tener. Esto es lo que intentaba hacer la lógica simbólica cuando se la aplicaba a enunciados jurídicos,¹¹⁹ y ella ayuda frecuentemente a evitar razonamientos falsos en que el jurista puede incurrir, abrumado precisamente por aquella riqueza de contenido que quiere manejar simultáneamente con el razonamiento lógico.¹²⁰ Pero a veces es la intuición creadora, más el recurso a la falsación a través de la crítica y la autocrítica, el medio en que se producen las decisiones de los operadores jurídicos.

El sueño casi de ciencia ficción de que pudieran resolverse problemas jurídicos por procedimientos automáticos de computación,¹²¹ ya no parece realista.¹²²

13. Graficación de problemas jurídicos

Como ejemplo modesto de lo expuesto, puede señalarse la posibilidad de resumir en un gráfico el desarrollo lógico de determinado problema jurídico, lo que ya hemos hecho en algunas oportunidades: pero ellas concitaron la crítica de los lectores en anteriores ediciones, en el sentido que atentaban contra la reflexión crítica del lector y al final las hemos eliminado concretamente de todas nuestras publicaciones posteriores, este tratado incluido.

Ello no quita que si un problema jurídico cualquiera es susceptible de diversas soluciones, pueden verse éstas a “variables” y “alternativas” jurídicas, que pueden luego volcarse a tablas comparativas, cuadros de doble entrada, etc., donde sea más fácil y objetivamente analizable el problema jurídico en cuestión; hasta el puro y simple gráfico, cuadro sinóptico, cuadro comparativo, etc., utilizado por el operador del derecho para ayudar a la comprensión de una cuestión compleja de derecho, muestra las maneras que tiene el derecho de apoyarse en otras técnicas o métodos no jurídicos, pero científicos y útiles.

14. Indicadores e índices jurídicos

De igual modo y para trabajos o investigaciones de mayor envergadura, pero no de tanta complejidad como para requerir el apoyo de la lógica simbólica o de la computadora, pueden elaborarse “indicadores” jurídicos, esto es, factores que

¹¹⁹ Ver p. ej. KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 41 y ss.; WEINBERG, OTA, *Rechtslogik*, Viena, 1970; TAMMELO, ILMAR, *Outlines of modern legal logic*, Wiesbaden, 1969; KALINOVSKY, GEORGE, *Introduction à la logique juridique*, París, 1965.

¹²⁰ Ver p. ej. los razonamientos “a fortiori” y “a pari” en ALCHOURRÓN, CARLOS E., “Juristische Schlüsse «a fortiori» und «a pari»,” en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1965, cuaderno n° 41.

¹²¹ Ver LOEVINGER, *op. cit.*, p. 32. Desde luego, también el problema jurídico puede ser planteado a la computadora electrónica de otros modos. Ver p. ej. KORT, FRED, *Simultaneous Equations and Boolean Algebra in the Analysis of Judicial Decisions*, revista citada, p. 143 y ss., especialmente p. 158.

¹²² “Una [...] axiomática no puede pretender fundar, ni menos reemplazar la ciencia experimental correspondiente”: JEAN PIAGET, *Psicología de la inteligencia*, Buenos Aires, 1955, p. 45.

representan o miden algún aspecto importante de un problema. También es cierto que la popularización de las computadoras y sus métodos de trabajo pueden pronto tornar obsoleto todo análisis de la realidad que no utilice sus recursos. A su vez, asociando diversos indicadores, pueden encontrarse índices de conjunto o sintéticos que reflejan más integralmente la totalidad de la problemática.

Si bien los indicadores e índices a elaborarse dependerán siempre de la naturaleza del problema considerado, su utilidad metodológica habrá de residir, en general, en lo siguiente: *a)* Descomponer al problema bajo análisis en sus elementos fundamentales; *b)* facilitar con ello el razonamiento y manejo de esos elementos y por ende del problema total; *c)* mostrar más concretamente al no jurista las consecuencias y proyecciones fácticas que tiene un problema o una regla de derecho; *d)* permitir el procesamiento científico, técnico o empírico de los datos jurídicos. En este último aspecto es donde surge la mayor posibilidad de riqueza en la investigación, ya que permite apartarse del dogmatismo jurídico que a veces persiste en algunos juristas y acercarse totalmente a la realidad.

La ventaja es que los indicadores pueden procesarse empíricamente con finalidades diversas, según sea la investigación de que se trate y lo que con ella se quiera obtener, p. ej. los que enunciamos en el párrafo siguiente.

15. *Procesamiento estadístico*

Tomando como indicadores, en los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la condición personal del individuo inculpado (extranjero, negro, simpatizante comunista), varios autores pudieron elaborar índices que reflejaban, en un grado estadísticamente significativo, el grado de discriminación de sus miembros. Se halló así que la mayoría de los miembros del tribunal habían votado *a favor* del inculpado en un alto porcentaje de casos (hasta el 97 %, en algunos jueces), mientras que la minoría había votado en contra, en un porcentaje igualmente significativo desde el punto de vista estadístico.¹²³

Estudios de esta índole, sirvan o no como base de predictibilidad de decisiones futuras,¹²⁴ permiten en todo caso un mejor conocimiento de la realidad jurisprudencial y una crítica empíricamente fundada del derecho viviente.¹²⁵

16. *Cuantificación*

Tomando como indicadores los distintos impuestos, tasas, derechos y contribuciones a que está sometido el habitante de una región o área determinada y estableciendo su relación con los servicios prestados a la colectividad y el producto bruto

¹²³ Ver KORT, *op. cit.*, p. 67 y sus referencias de la nota 11. Es lo mismo que, de otro modo, explicamos en nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico, op. cit.*, pp. 78-80.

¹²⁴ En la opinión afirmativa KORT, *op. cit.*, p. 168.

¹²⁵ Esto importa ver el derecho desde otro ángulo, como explicamos en *Introducción al derecho, op. cit.*, <http://gordillo.com/iad.html>.

regional, puede elaborarse un índice cuantitativo que indique porcentualmente cuál es la presión tributaria a que está sometido el habitante de esa región. Del mismo modo pueden cuantificarse muchos problemas jurídicos, en su faz empírica.

17. *Procesamiento cartográfico*

Tomando como indicadores las normas aplicables, sea porque potencialmente pueden dictarse ciertas disposiciones, sea porque realmente se han dictado y elaborando índices de conjunto o comparativos, puede también encontrarse que una región tiene áreas de disímiles características; esto puede por lo tanto volcarse a mapas, tal como ocurre con los datos de producción, crecimiento físico de la aglomeración urbana, servicios, etc.

Pueden superponerse mapas traslúcidos de diversas jurisdicciones concurrentes, de prestadores de servicios públicos, etc. y tratar de obtener conclusiones creativas al respecto. A su vez, este procesamiento cartográfico puede efectuarse con la finalidad de buscar “áreas homogéneas,” señalar la influencia del derecho en polos de desarrollo o centros de depresión;¹²⁶ utilizarse en el estudio del desarrollo de determinadas regiones, o en la viabilidad de regiones que comprenden determinadas provincias, etc.

18. *Almacenamiento de datos jurídicos*¹²⁷

En los primeros tiempos de la informática hicieron su aparición en el mercado las bases de datos impresas y utilizables en *CD-ROMs*, pero han resultado mucho más eficaces tanto la Internet y la *cloud computing* como el almacenamiento en el disco rígido de la computadora, con el auxilio de técnicas de búsqueda en ella como el gratuito *Google Desk*¹²⁸ u otros. Una guía de bases de datos jurídicos de derecho administrativo se encuentra gratuitamente disponible en internet.¹²⁹ Por

¹²⁶ Existe un mapa del Consejo Federal de Inversiones, donde se grafican las zonas de seguridad de fronteras, las áreas de jurisdicción de parques nacionales, etc., lo que da una visión espacial diferente de la división política. Ver GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *La región*, tesis inédita, La Plata, 1972.

¹²⁷ ALLEN, L. E., BROOKS, R. y JAMES P. A., *Automatic Retrieval of Legal Literature: Why and How*, New Haven, 1962. La bibliografía y tecnología se actualizan constantemente. Hay sitios en Internet donde puede encontrarse la última actualización.

¹²⁸ Hoy en día parece indispensable realizar una búsqueda en las bases de datos públicas privadas que se encuentran en Internet, en cada caso de estudio, para bajar al disco rígido la información que día a día se va generando en relación al trabajo específico de cada uno. Parece indispensable, en derecho administrativo, **bajar esta obra completa al disco rígido** y hacerla clasificar por *Google Desk* u otro medio que se elija, para evitar la más difícil búsqueda cap. por cap., que supone primero saber de qué cap. se trata para buscar la información del caso; tampoco es tan difícil, desde lego, armarse una carpeta en la PC con todos los índices de cada t. acumulados en un sólo documento. Hoy en día estudiar un caso supone hacer esa labor previa de detección informática de toda la información existente, so pena de caer en imperdonables olvidos involuntarios. Pero hay que estar preparado de antemano organizando la información, o se gastará más tiempo del necesario en cada caso concreto.

¹²⁹ Para una guía seleccionada y actualizada de ellos, por lo que interesa al derecho administrativo, consultar el sitio gratuito www.todoadministrativo.com.ar

lo demás, el procesamiento electrónico de datos aparece también como importante en el desenvolvimiento de la actividad administrativa, pues es una realidad la creciente utilización de computadoras para el manejo de la voluminosa información impositiva, previsional, etc., que el Estado y la sociedad moderna necesitan. La Corte Suprema tiene en soporte magnético público sus fallos¹³⁰ y así sucesivamente: resta ordenar el conjunto legislativo-reglamentario-jurisprudencial y ponerlo a disposición fácil y accesible,¹³¹ en términos económicos, del usuario. Es el mínimo aporte que el Estado puede hacer al dogma¹³² de que el derecho se supone conocido por todos, ya que ha hecho de todos modos gran parte de las inversiones necesarias. Es un deber de buena fe hacia la ciudadanía y ciertamente una obligación de publicidad y transparencia de los actos estatales, que ya debe transformarse en condición de su exigibilidad.¹³³

En lo que hace a la jurisprudencia, será indispensable incorporar los fallos completos a las bases de datos, porque los “sumarios” de doctrina de las revistas no son siempre fiel reflejo de lo resuelto sino mera repetición de *dicta* sin autoridad jurisdiccional.¹³⁴ Sin embargo, los intereses no necesariamente coincidentes de las editoriales con los intereses de sus clientes y del público en general, hace que con frecuencia, imitando al Boletín Oficial de la Nación, en lugar de publicarse los datos completos, sólo hacen un enunciado general por ej. de la doctrina o el sumario del fallo, y remiten a la oficina de atención al cliente de la editorial o , en el caso del Boletín Oficial de la Nación, a la Sede del Boletín Oficial, una sola dirección en Capital Federal para todos los habitantes del país. Es, realmente, absurdo.

19. *La revolución informática: Analytics, big data y predicción legal cuantitativa*

En los últimos tiempos la aplicación generalizada de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) sumada al exponencial aumento en la capacidad de cálculo de las computadoras y la pronunciada baja del costo del

¹³⁰ www.csjn.gov.ar

¹³¹ Se está pues, a nivel de principios, en la línea que señalara GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “La publicidad de las normas a través de Internet como estándar mínimo para que sean aplicables,” *Res Publica Argentina, RPA* 2008-3, 55-79, reproducido en este *Tratado*, t. 7, *op. cit.*, cap. XIV, p. 249, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo14.pdf. Pero como él mismo explica, los principios sufren un fuerte desmentido en la práctica de algunas jurisdicciones, p.ej. los Municipios de la Provincia de Buenos Aires.

¹³² Lo que cabe reputar que todos debemos conocer y no podemos transgredir impunemente por ignorancia son los principios jurídicos: buena fe, no autocontradicción, no dañar al otro, etc. Ver *Introducción...*, *op. cit.*, <http://gordillo.com/iad.html>.

¹³³ Alguna eventual exageración encontramos en el sector energético, donde las normas se publican solamente por Internet y toman nota como si fuera un expediente en un Juzgado.

¹³⁴ Nos remitimos al cap. V, “Cómo leer una sentencia” de nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.*, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf, antes publicado en *Actualidad en el Derecho Público*, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001 y en *Revista universitaria La Ley*, año III, n° 4, agosto de 2001, pp. 9-21.

almacenamiento de información, ha generado una mayor disponibilidad de grandes volúmenes de datos sobre particularmente cualquier asunto de interés. En este marco, cobra amplia relevancia el análisis sistemático (*analytics*) que, a través de la aplicación de herramientas estadísticas e informáticas y modelos matemáticos busca descubrir patrones y tendencias que surgen del estudio de los datos, con un extenso abanico de aplicaciones posibles.¹³⁵

En este marco, en lo que interesa particularmente al derecho administrativo, puede destacarse un reciente trabajo de académicos italianos.¹³⁶ Allí se analizan los efectos de una mayor exigencia de publicidad en procedimientos de contratación pública italianos. El estudio se basó en un conjunto de datos relativo a 31.610 procedimientos de selección (obras públicas) celebrados durante el período 2000-2005 por entidades públicas italianas (provincias, municipalidades y otros entes). De acuerdo a estos autores su análisis estadístico demuestra empíricamente que una mayor publicidad de los procedimientos de selección de contratistas estatales se encuentra correlacionada con un incremento en el número de oferentes y con una disminución de los valores adjudicados (es decir, de los costos de las contrataciones públicas).¹³⁷

Otros supuestos de aplicación de la revolución informática al ámbito jurídico son el uso del *e-discovery* para identificar documentos relevantes para un proceso judicial (tarea antes a cargo de decenas de abogados en casos importantes), servicios de legal *analytics* (como los prestados por *TyMetrics*) o los servicios de asesoramiento para firmas de abogados prestados por *LawyerMetrics*.¹³⁸ Ac-

¹³⁵ Ver, entre muchos otros, AYRES, IAN, *Super Crunchers – How Anything Can Be Predicted*, London, John Murray, 2007; DAVENPORT, THOMAS H. y HARRIS, JEANNE G., *Competing on Analytics: The New Science of Winning*, Boston, Harvard Business School Press, 2007; DUHIGG, CHARLES., *The Power of Habit – Why We Do What We Do and How to Change It*, New York, Random House, 2011. Ampliar en FERNANDEZ LAMELA, PABLO, “Análisis empírico, métodos cuantitativos y derecho administrativo,” *LL, Sup. Adm.*, mayo de 2013, p. 3.

¹³⁶ COVIELLO, DECIO y MARINIELLO, MARIO, “Publicity Requirements in Public Procurement,” december 17, 2011, <http://siteresources.worldbank.org/INFORMATIONANDCOMMUNICATION-ANDTECHNOLOGIES/Resources/2012-03-21-PublicityRequirementsInPublicProcurement-Report.pdf>.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 2. Las normas que rigen estos procedimientos establecen que aquellos en los cuales el presupuesto oficial es menor a 500.000 euros deben ser publicitados en la cartelera del organismo contratante, mientras que aquellos en los que dicho valor se ubica entre 500.000 y 1 millón de euros deben ser publicitados en el periódico oficial regional y en al menos dos diarios provinciales. Comparando los resultados de los procedimientos cuyos valores se ubican en torno al umbral de 500.000 euros, COVIELLO y MARINIELLO identifican los efectos de la publicidad sobre el grado de competencia (número de oferentes) y los costos de la contratación. Sus hallazgos refieren que al incrementarse la publicidad de las contrataciones aumenta el número de oferentes participantes de las licitaciones en un 13% y mejoran los valores ofertados en un 6,1%. Asimismo, la mayor publicidad también se correlaciona con un aumento de la probabilidad (del 10%) de que el ganador sea una firma grande y con una reducción (del 8%) de la probabilidad de que las obras se retrasen. Según los cálculos expuestos en el trabajo, una obra pública promedio le cuesta al Estado unos 31.000 euros más si el procedimiento de contratación solo es publicitado a nivel local y no a nivel regional.

¹³⁸ KATZ, DANIEL M., “Quantitative Legal Prediction – or – How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data Driven Future of the Legal Services Industry,” *Emory Law Journal*,

tualmente se están dando los primeros pasos en lo que se denomina Predicción Legal Cuantitativa (*Quantitative Legal Prediction*) que promete revolucionar la práctica del derecho en el futuro.¹³⁹

20. Otras perspectivas

En realidad, las perspectivas de combinación del derecho administrativo con otras ciencias y con otros métodos, no tienen más limitaciones que las de nuestra imaginación, pero no es demasiado lo que se ha progresado en las últimas décadas. Debe abandonarse el prejuicio que todas las ciencias tienen hacia su propia autonomía, pues muchos de los grandes progresos científicos de la historia se han logrado por la asociación de disciplinas aparentemente dispares, hasta ese momento.¹⁴⁰ “En la organización de los estudios especializados superiores, ha habido tal vez un poco de exceso en el énfasis de la importancia de estudios vinculados. La continuada asociación de materias vinculadas puede a veces, al igual que el casamiento de parientes consanguíneos, conducir a la esterilidad. El entrecruzamiento de materias disímiles, en cambio, puede producir un efecto revitalizador.”¹⁴¹ Esto es también así en la ciencia jurídica.¹⁴²

Desde luego, esto requiere una particular individualidad y aptitud creadora, y además “asegurar la adecuada distribución de energía entre el proceso de recepción y la actividad de tipo elaborativa. La distribución desproporcionada de tiempo a lo primero es probablemente la falla más seria en los métodos comunes de estudio”¹⁴³ y, por consiguiente, de investigación. Sugerimos complementar este tema con *El método en Derecho*, en el t. 7, Libro I, de este mismo *Tratado*.

v. 62, 2013.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Así se dio gran ímpetu en el siglo diecinueve a la psicología, que desde siglos estaba en íntima conexión con la filosofía, al asociarla en cambio con los estudios biológicos.

¹⁴¹ MACE, C. A., *The Psychology of Study*, Londres, 1963, p. 72.

¹⁴² En la que el “casamiento consanguíneo,” en la expresión de MACE, es muy frecuente. Todavía hay quienes piensan que el verdadero “jurista” es aquel que “sabe” derecho civil, penal, etc. Pero más importante es asociar disciplinas diversas al derecho, para un verdadero progreso jurídico.

¹⁴³ MACE, *op. loc. cit.*

