

Capítulo V

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Su objeto es el estudio del ejercicio de la función administrativa*

Según se verá más adelante, un elemento de síntesis que refleja el primer objeto de estudio de esta rama del derecho es “el ejercicio de la función administrativa.” Esta perspectiva de síntesis abarca:

El estudio del *sujeto* que ejerce dicha función o sea la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus *órganos* jurídicos (con los consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.), de los *agentes* que se desempeñan en esos órganos y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada (entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado, etc.), con más la figura del ente independiente regulador de servicios públicos que dimana del art. 42 de la Constitución.

También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a personas no estatales y aparece en ese caso el fenómeno de las personas *públicas no estatales* (algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etc.), o a personas que ejercen un monopolio o privilegio para la explotación de un servicio público, aspectos que entran también dentro del objeto del estudio del derecho administrativo.

Forman parte del ejercicio de la función administrativa el estudio de las *formas jurídicas* que dicho ejercicio presenta, es decir, los hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos, el procedimiento administrativo, la licitación pública, las audiencias públicas, los servicios públicos; el análisis de algunas falsas *facultades*, “potestades,”¹ o seudo “poderes” que se le atribuyen por parte

¹ Es en este ámbito de los llamados “poderes” del Estado donde se encuentran las teorías de más escaso carácter científico, pero con particular utilidad para el uso abusivo del poder público. Después, cuando llegan o vuelven los gobiernos autoritarios, ya no es sino la hora de los lamentos. Pero la responsabilidad estuvo al principio de todo, en la doctrina que dió base a la jurisprudencia.

de alguna doctrina: “potestad jurisdiccional de la administración,” “poder de policía,” “zona de reserva de la administración,” “actos de gobierno,” etc.

Es indispensable el estudio de los *límites* sustantivos y adjetivos de tales facultades, como contrapartida necesaria al ejercicio del poder en un Estado de Derecho. Entre los límites sustantivos cabe mencionar los principios jurídicos superiores del orden constitucional y supraconstitucional: razonabilidad, no desviación de poder, imparcialidad, buena fe, no autocontradicción, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, motivación adecuada, procedimiento regular previo a la emisión del acto, etc.

Entre los límites adjetivos o procedimentales encontramos los recursos y remedios del procedimiento administrativo (recursos de reconsideración o revocatoria, jerárquico, jerárquico menor, alzada, reclamación administrativa previa, denuncias, etc.) y las acciones y recursos del proceso judicial (acción ordinaria, acción de amparo, amparo por derechos de incidencia colectiva, amparo por mora de la administración, *habeas data*, interdictos, recursos especiales de apelación; en el orden provincial, acciones de plena jurisdicción, de anulación, de interpretación, etc.); por último, la sanción por el agravio causado, a través de la responsabilidad de los funcionarios públicos (civil, penal, administrativa, política) y del Estado (responsabilidad extracontractual por hechos y actos ilícitos de sus agentes). A ello cabe agregar la intervención que pueda tomar el Defensor del Pueblo en virtud de la legitimación constitucional que le otorga el art. 86 para actuar en justicia, sin perjuicio de sus funciones como mediador o persuasor ante las autoridades públicas y los particulares que ejercen funciones administrativas públicas.

Es también de interés el estudio de los *medios materiales* puestos a disposición de esa actividad, a través del crédito público, el dominio público y privado del Estado: en general, el estudio de la propiedad en su relación con la función administrativa, sea a través de la propiedad pública, sea a través de las limitaciones que el Estado impone a la propiedad privada (meras restricciones, servidumbres administrativas, ocupación temporánea, expropiación, etc.), sea a través de vinculaciones contractuales de contenido económico (los contratos administrativos).

En suma, el estudio del “ejercicio de la función administrativa” es comprensivo no sólo del *quién* ejerce la función, sino también del *cómo* y con *qué fundamento*, con *qué medios* y fundamentalmente *hasta dónde*, con qué limitaciones se la ejerce.

2. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa

Si bien acabamos de decir que los elementos que integran la disciplina no deberían en principio ser incluidos en la definición de ésta, sino que debería buscarse

una expresión que pudiera servir de síntesis a todos ellos, existen razones de otra índole que justifican aislar a uno de esos elementos y elevarlo a la categoría de caracterización conceptual de la materia.

Nos referimos a los *límites* de la actividad administrativa y dentro de estos especialmente a la *protección judicial* del particular frente a la administración y los que ejercen poder económico de carácter monopólico. La protección judicial existe hoy en día no solamente en el plano nacional sino también en el plano supranacional, p. ej. a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tribunales supranacionales que puedan crearse en el siglo XXI.

Uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es así la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa;² si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias.

Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. El derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana. Su protección contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa y del poder en general debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades. Debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y, en cambio, dársele una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado, entre el individuo y el poder.

Asimismo, ha de advertirse que se habla aquí de protección *judicial* y no “jurisdiccional” como lo indican otras definiciones,³ las que se refieren más particularmente a la protección que existe dentro del mismo ámbito de la administración pública, en especial “lo contencioso-administrativo.” En rigor de verdad, tales definiciones son correctas para un sistema como lo es p. ej. el francés, en que las contiendas entre los particulares y la administración son resueltas en forma definitiva por un tribunal emanado de la misma administración, que es el Consejo de Estado, pero no lo son para un sistema judicial como el nuestro,

² En igual sentido en cuanto al carácter esencial de la revisión judicial, especialmente de constitucionalidad de todos los actos estatales, incluidas las leyes, BREWER CARÍAS, ALLAN R., *Estado de derecho y control judicial*, Madrid-Alcalá de Henares, INAP, 1987, p. 9. Ver también TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, 2 vols., Buenos Aires, Depalma, 1993; MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, LORENZO, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1983; *Administración y Constitución*, Madrid, IEAL, 1981. Comp. GUASTAVINO, ELÍAS P., *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, 2 vols., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1989.

³ BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 39 y ss.

en que tales contiendas son siempre resueltas en última instancia por el Poder Judicial,⁴ sin perjuicio de que existan medios complementarios —no sustitutos— de contralor.⁵

Lo expuesto no empece otros medios de tutela de los derechos de los particulares frente a los abusos de los titulares del poder político o económico: entes reguladores independientes, el Defensor del Pueblo, tribunales administrativos que dejen abierta la plena revisión judicial, mecanismos de arbitraje o mediación, etc.

3. *El contenido de la protección judicial*

Al tratarse de la protección judicial de los individuos contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder de la administración, no se incluye en su totalidad el *procedimiento* que debe seguirse ante el Tribunal Judicial al impugnarse un acto, hecho u omisión administrativa, pues ello forma parte del derecho procesal.⁶ Se estudia en cambio, preferentemente, aquello en que tal protección judicial difiere de la que el juez otorga habitualmente a un particular frente a otro.

3.1. Así es como se pueden impugnar y anular actos de la administración que no hayan contravenido una norma jurídica positiva, pero sean arbitrarios, irrazonables, incausados, desviados, de mala fe, etc.

Sin perjuicio de que lo anteriormente señalado es una caracterización importante del sistema del derecho administrativo, la propia legislación positiva reconoce ya estos principios, como ocurre con el art. 7º del decreto-ley 19.549/72, que consagra la prohibición legal de la desviación de poder y la desproporcionalidad, tipificándolos como vicios del acto administrativo.

3.2. Así es también como debe existir un remedio judicial que permita impugnar un acto administrativo, aunque no afecte los derechos subjetivos del recurrente sino incluso sus intereses legítimos o difusos. Esta protección existe en algunos países (clásicamente, Francia) y también en algunas provincias argentinas, en forma limitada (Córdoba, Jujuy, etc.), o amplia. (Formosa, Corrientes, Mendoza, Provincia y Ciudad de Buenos Aires, etc.) En el orden nacional no existía, antiguamente,⁷ salvo en materia de medio ambiente. Pero a partir

⁴ Ello en virtud de los arts. 18, garantía de la defensa en juicio y 109, prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales. Ver BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951.

⁵ *Supra*, cap. II *in fine* y cap. III, sección I; nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982. Entre las definiciones que siguen el criterio expuesto en el texto encontramos, menos enfático, a REVIDATTI, GUSTAVO A., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984, p. 130.

⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 125 y ss.; ULE, CARL HERMAN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.; comp. DIEZ, MANUEL MARÍA, “Control judicial de la administración. El proceso administrativo,” *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1: 11,16, Buenos Aires, 1971.

⁷ Ver nuestro art. “Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina «lo contencioso-administrativo»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, 111.

de la Constitución de 1994 se ha impuesto la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva en general.⁸ La tendencia que se viene observando es hacia la ampliación de la legitimación para acudir a la justicia en defensa de los derechos afectados por el poder político o económico.

3.3. Del mismo modo, el juez en materia administrativa debe extremar su cuidado en proteger los derechos del particular frente a la administración; y esto es importante recordarlo, pues “los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado.”⁹

3.4. El juez tiene la misión de hacer respetar la Constitución por encima y a pesar del legislador y del administrador, pues “Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos*.”¹⁰

3.5. Debe tenerse presente que en nuestra interpretación (que es la norteamericana) de la división de los poderes, corresponde al Poder Judicial el control de la administración, a diferencia del sistema francés en que se considera que no corresponde que la justicia controle la actividad administrativa. De aquel principio se desprende la importante función del juez, como contrapeso fundamental de la administración pública. De esta corta enunciación de razones que otorgan especial realce al contenido y alcance que la protección judicial tiene en el derecho administrativo, se desprende la necesidad de elevarla a la categoría de elemento fundamental de la disciplina. *No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa.*

Como dice ADAMOVICH,¹¹ el control de la legalidad¹² de la actividad administrativa, por órganos estrictamente judiciales, independientes, es fundamental en la materia: “En esta especial relación de la Administración como objeto del control y de la Justicia como órgano de control, encuentra el moderno Estado de Derecho el medio más eficaz para [...] el aseguramiento del principio de la legalidad de la Administración.” Ya recordamos también anteriormente la opinión de BODENHEIMER, quien da carácter fundamental a la función de control en

⁸ Ello ha tenido un amplísimo desarrollo reciente, que explicamos *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, caps. II y III. En el 2009 un fallo de Cámara admitió la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación en una acción de amparo colectivo por el aumento de las tarifas eléctricas.

⁹ LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso-administrativo en la justicia nacional federal,” *LL*, 94: 919.

¹⁰ CSJN, *Fallos*, 137: 251, *Salazar de Campo*, 1922.

¹¹ ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5^a ed., p. 138.

¹² Se trata no solamente del cumplimiento de la ley sino también de la Constitución y demás normas y principios jurídicos supranacionales y constitucionales, principios generales del derecho, etc. Al respecto nos remitimos a los caps. VI y VII.

el derecho administrativo, a punto tal que sostiene: “Debe definirse el *Derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas.*”¹³

“Esta rama del Derecho tiene como misión *salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos.* Determina y circunscribe la esfera de acción dentro de la cual deben operar los órganos administrativos; indica también los remedios que quedan abiertos a los ciudadanos o habitantes en caso que el órgano administrativo trascienda su esfera de acción: el control ejercido por los tribunales de justicia sobre los órganos administrativos está destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar¹⁴ cualquier violación de los derechos individuales por actos administrativos.¹⁵ La delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho administrativo.”¹⁶

Por eso no compartimos una crítica que se ha hecho a nuestra definición, señalándonos que no sería posible disociar el estudio del contenido y del procedimiento en la protección judicial del particular, para llegar así a la conclusión de que, puesto que el procedimiento no forma parte del derecho administrativo, tampoco lo formará el contenido de la protección judicial;¹⁷ no la compartimos porque cuando hablamos del “contenido” de la protección judicial no nos referimos exclusivamente a la “teoría de las acciones,” sino a la manera en que el sistema judicial influye o debe influir sobre el derecho de fondo.

No es lo mismo para el derecho administrativo que sólo exista un tribunal desprendido de la propia administración pública, o también un tribunal judicial para resolver las contiendas que se planteen, bajo el control de un Consejo de la Magistratura y un Jurado de Enjuiciamiento que sean independientes y no meros apéndices del Poder Judicial o peor aún, del Poder Ejecutivo o Legislativo; ni que haya jueces en cantidad suficiente o insuficiente; no es lo mismo que se admita o que se niegue la llamada “jurisdicción administrativa,” que se admita

¹³ BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 116.

¹⁴ Cuando el derecho administrativo no puede prevenir y evitar el daño, y cae solamente en remediarlo, está en realidad fallando gravemente. Es el caso, cabe decirlo, de nuestro país, con el aditamento que la responsabilidad del Estado tampoco funciona, como ya hemos explicado en otro lugar: “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 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, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

¹⁵ Si bien ésta es la manifestación clásica, no cabe olvidar los hechos y omisiones de la administración, las llamadas vías de hecho, y la inconstitucionalidad de las leyes por control difuso de constitucionalidad a través de todos los jueces de cualquier jurisdicción.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 117.

¹⁷ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 1ª ed., p. 147.

o niegue la revisión judicial de los “actos de gobierno” en sus diversas variantes semánticas (actos no justiciables, actos institucionales, actos constitucionales, etc.), de la actividad administrativa discrecional, etc.

No es lo mismo que el juez entienda que su deber es proteger a la administración y sus concesionarios o licenciatarios, o en cambio al particular, usuario o consumidor; no es lo mismo que el individuo sólo pueda defender su derecho subjetivo, cuando encuentre una norma positiva expresa, a que pueda defender también su interés legítimo o difuso, especialmente cuando el acto es arbitrario o irrazonable, exista o no una regla concreta que lo autorice o condene. Y así sucesivamente, cada una de estas cuestiones van decidiendo automáticamente, objetivamente, el carácter autoritario o no del derecho administrativo que se define. Por cierto, la tutela judicial es necesaria y fundamental, pero no suficiente; de allí que deban también perfeccionarse otros órganos y mecanismos complementarios de contralor.¹⁸ Pero en última instancia el pueblo se equivoca si cree que con reformas constitucionales o legislativas arregla los problemas del control del poder público: Es él mismo quien día a día debe ejercer ese control sobre todos quienes ejercen funciones públicas de cualquier naturaleza. Si cada uno de nosotros no hace lo que la tutela de nuestros derechos indica, entonces sobre nosotros recaerán las consecuencias de la falta de control suficiente, adecuado y oportuno del poder público. Las hegemonías autoritarias no vienen solas, las llamamos nosotros mismos cuando nos permitimos no tener un sistema de control efectivo del poder.¹⁹

4. *Es un derecho en formación. Conjeturas y refutaciones*

4.1. *El carácter primario, en formación, etc., del ordenamiento jurídico-administrativo*

Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un verdadero sistema coherente, sino tan solo un conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales, frecuentemente asistemáticas; tampoco las normas legislativas asumen la misión de proteger al individuo, a veces pretenden cercenarle sus derechos.

¹⁸Nos remitimos a nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982 y a lo dicho en el cap. II, § 3-5.

¹⁹Parte de la culpa viene de nuestro hiperpresidencialismo empírico, en que demasiadas atribuciones —incluso algunas inconstitucionales— se concentran en una sola persona: eso es terreno fértil para las hegemonías de todo tipo. Algo hemos dicho en “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; “Los derechos humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación,” reproducción del capítulo I de *Derechos Humanos*, en el libro de CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, INGO WOLFGANG SARLTET, ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI (coords.), *Direitos humanos e democracia*, Río de Janeiro, Forense, 2007, pp. 1-10.

En todo ello juega un papel preponderante la doctrina, que en nuestro país arrastra una inexplicable tendencia a favorecer las teorías cesaristas y no las que enfatizan el control judicial, parlamentario o por entes o autoridades independientes.²⁰

A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se halla ésta completamente legislada y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales o de derecho supranacional para configurar una institución de derecho administrativo: eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, arbitrariedades de los órganos administrativos cuando los jueces no imponen en tiempo oportuno la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones.

4.2. *Las conjeturas y refutaciones en la ciencia del derecho administrativo*

Por lo mismo que es un derecho en *formación*, como generalmente se expresa,²¹ o un derecho *joven* o *reciente*, como también se ha dicho,²² no siempre resulta convincente en sus construcciones, sobre todo cuando la doctrina se dedica a cuestiones puramente teóricas y carentes totalmente de sustrato empírico.

Sus hipótesis y conjeturas resultan frágiles ante la contrastación con la experiencia cotidiana, al menos en nuestro país,²³ en la medida que los principios explicados en los libros, como derivación razonada del derecho legislado y aplicado por los tribunales, no llevan a una administración respetuosa de los derechos ya que la arbitrariedad administrativa subsiste a despecho, o al amparo, de las teorías y hasta de las normas.²⁴ Nuevas conjeturas e hipótesis son así constantemente necesarias.

¹⁸Hemos expuesto más detalladamente las influencias asistemáticas en el ordenamiento administrativo en el prólogo de nuestra obra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. VII-XVI, que también hemos descrito en nuestro libro *Derechos Humanos*, desde la lejana 1ª ed. hasta la sexta actual, en colaboración.

²¹VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 47; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147; BIELSA, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 281. Estas expresiones pertenecen a un pasado romántico en que se idealizaba al derecho codificado, como hemos explicado en nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007. Claro está, nosotros hemos cometido el mismo error, cuando hicimos en 1964 un Proyecto de Código Administrativo que sirvió de base a mucha legislación provincial y nacional posterior. En la medida que era un proyecto garantista, que lo hayan seguido es bueno. Pero ocurre que las iniciativas oficiales, salvo este caso excepcional en que se nos encomendara este trabajo sin condicionamientos, suelen buscar el reaseguro de la libertad del poder político, la impunidad, el descontrol, el gasto ilimitado, la corrupción misma. Sólo los tratados internacionales que suscribimos vienen con una impronta distinta, por lo cual no somos de aquellos que se quejan de la globalización. Gracias a ella tenemos muchas normas protectoras que internamente no habríamos jamás dictado.

²²RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 27, 1983, 10ª ed., p. 31; CLARKE ADAMS, JOHN, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, 1964, p. 21; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 148.

²³Un ej. notorio lo dá la diferencia entre la responsabilidad del Estado que declaman los autores y su práctica real, como explicamos en los diversos trabajos publicados que recordamos en la nota 14: "La responsabilidad del Estado en la práctica."

²⁴MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Cuadernos Res Publica Argentina, Rap, Buenos Aires, 2007.

A juicio del autor, en esta materia existen muchas construcciones, teorías e “instituciones” que no siempre tienen una base lógica o jurídica fuerte. Frente a ellas es necesario adoptar una drástica actitud, un espíritu crítico cartesiano de duda permanente. Hay que estar decidido de antemano a cortar de raíz con aquellas teorías y doctrinas que no tengan un fundamento evidente y que en la experiencia sirvan para el autoritarismo y no para la libertad.

Conjeturamos que una explicación psicológica de esta peculiaridad del derecho administrativo puede ser una inconsciente tendencia a tratar de crear principios propios y específicos que den un falso color de legitimidad al ejercicio del poder, sea éste bien o mal ejercido; que “justifiquen” la existencia autónoma de la materia, frente al derecho común;²⁵ de ese modo el poder ostentar una serie de teorías extrañas es la mejor demostración práctica de que la autonomía existe y de que alguna extralimitación del poder es válida.²⁶ Pero eso queda o debería quedar²⁷ para el pasado; no estando ya en tela de juicio la autonomía científica de la materia, es hora de que madure definitivamente y se despoje del ramaje y la fronda innecesaria, que le impide a veces ver claramente la realidad.

Para superar las observaciones de que es una materia muy “oscura,” “teórica,” “inventada” o muy difícil, nada mejor que atacar directamente las causas de su oscuridad, dificultad, irrealidad, etc.; es necesario entonces tratar de dar fundamentos empíricos lógicos y jurídicos a los principios e hipótesis que se enuncian y en caso de no encontrarlos, pronunciarse decididamente por la supresión del supuesto principio.²⁸ Es lo que hacemos, p. ej., con las conocidas teorías del “poder de policía,”²⁹ de la “zona de reserva de la administración,” los “actos de gobierno” (terminología hoy en día desprovista ya de su significación originaria, porque los autores de esta orientación político jurídica autoritaria prefieren emplear

²⁵ Véase una aguda comparación práctica entre derecho civil y administrativo, en cuanto a su evolución, en WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich, 1971, 8ª ed., p. 1. Ver también NASS, OTTO, *Reforma administrativa y ciencia de la administración*, Madrid, 1964, pp. 175-6, a quien sigue MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967, p. 43.

²⁶ Comparar MEILÁN GIL, *op. cit.*, pp. 42-3: “Este es el drama íntimo del Derecho administrativo: su innata aspiración a ser un Derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de Derecho episódico.” Hemos oído a un eminente colega nuestro, antes citado, que así como la moneda local no sirve sino para las operaciones cotidianas, pero que en cualquier operación de importancia se usa el dólar, así también ocurre con el derecho y la jurisdicción: Si la operación es muy importante, son los propios ciudadanos argentinos que piden el sometimiento del contrato a la ley y a la jurisdicción de un país desarrollado, pactando entonces la jurisdicción extranjera.

²⁷ REVIDATTI, *op. cit.*, pp. 240-1: “Así como el Estado [...], se forma tras el triunfo que el rey consiguió sobre los señores feudales, a los que debía tributo y al poder temporal de la Iglesia, al que debía obediencia, así esta nueva disciplina, poco a poco deja de pagar tributo y de rendir obediencia [...] La separación, por supuesto, nunca fue absoluta.”

²⁸ O en otras palabras, verificar su falsedad a través de hechos y experiencias que demuestran que tales teorías son sustento de comportamientos autoritarios, excesos, abusos, etc., no censurados ni controlados, que son la antítesis del derecho administrativo.

²⁹ De explicable persistencia en los países con tendencia autoritaria, como hemos explicado en “Policía y poder de policía,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41. Ver también *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. V, “El “poder de policía”.”

palabras menos evidentes, a su juicio, como actos no justiciables, actos institucionales, actos constitucionales, etc.: Pero la denegación de justicia nadie deja de advertirla, aún cuando quieran ocultarla enfatizando la tutela judicial “efectiva,” la “jurisdicción administrativa,” la “ejecutoriedad” del acto administrativo, la “doble personalidad” del Estado, las “potestades” administrativas, etc. Si se acepta continuar repitiendo las construcciones y conjeturas elucubradas sin base real en el pasado,³⁰ el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia a despecho constante de la realidad, en un falsamiento permanente de sus dogmas. Su madurez intelectual sólo la alcanzará cuando no sea necesario ocuparse de tales falsas teorías y principios, y pueda omitirse su consideración sin peligro de que el error reaparezca en la mente de los juristas de un mundo libre y un Estado moderno, democrático, constitucional, post-feudal. Que quede el camino abierto para conjeturas renovadoras, ideas nuevas, contrastaciones. Como dice POPPER: “No sabemos: sólo podemos adivinar [...] Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o «anticipaciones» nuestras, tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas [...] nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino, por el contrario, tratamos de derribarlas.”³¹ Agrega más adelante que “el único medio que tenemos de interpretar la Naturaleza son las ideas audaces, las anticipaciones injustificadas y el pensamiento especulativo: [...] los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia [...] La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales.”³²

5. *No es solamente derecho interno. El derecho administrativo internacional y el derecho administrativo global o mundial*

Ha sido en el pasado una afirmación corriente, en el derecho administrativo antiguo, que éste o su régimen era interno. Esa afirmación era a nuestro juicio inexacta ya hace algunas décadas,³³ pero lo es cada vez mas hoy en día. Por

³⁰ O peor aun, conjeturas verificables en la realidad del Estado feudal o absolutista, o en ciertos gobiernos *de facto*, nacidos o devenidos como tales, pero que son falsas en la contrastación con un Estado moderno y democrático de Derecho. Ver THEA, FEDERICO G., “Los trasplantes legales al servicio del Poder,” *LL. Sup. Adm.* 2008 (diciembre), p. 26; VIÑA, GONZALO E.D. y CASAS, PABLO G., “Con garantistas así...,” *RPA*, 2006-3, 51. Comp. REVIDATTI, *op. loc. cit.*

³¹ KARL L. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 259-60; desde luego, estamos reiterando citas ya transcriptas en el cap. I. Como expresa en igual sentido con su siempre brillante pluma NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, D.F., F.C.E., 1995, p. 56: “es obra inacabada siempre.”

³² POPPER, *op. loc. cit.*

³³ VILLEGAS BASAVILBASO, t. I, *op. cit.*, p. 77; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149; DIEZ-HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Plus Ultra, 1985, p. 67; REVIDATTI, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 81.

nuestra parte, nos apartamos de ella en 1962, en ocasión de publicar la primera ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*³⁴ y con el tiempo no hemos sino encontrar crecientes ejemplos que permiten ratificar y si cabe intensificar dicha idea.

Es claro que puede avanzarse hacia la noción de un derecho administrativo no solamente nacional sino también internacional.³⁵ La tendencia es tan fuerte y evidente, como explicaremos a continuación en este mismo acápite, que algunos autores, en el segundo caso, han puesto de moda la tendencia a denominarlo más bien global,³⁶ en un cambio de nombres que no cambia la realidad,³⁷ a menos que se interprete global en algún sentido restringido.³⁸

5.1. *El régimen administrativo internacional*

Veamos:

1º) Cabe señalar la organización de los organismos internacionales: ONU, OEA, OIT,³⁹ BID, BM,⁴⁰ FMI, OEDP, etc., en todos los cuales hay un régimen

³⁴ Buenos Aires, Perrot, 1962.

³⁵ Ampliar *infra*, t. 2, cap. XVI, “La justicia administrativa internacional,” cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional;” “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2005, 326: 391-400; “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” en *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 213-226; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10; SALOMONI, JORGE LUIS, “La internacionalización del contencioso administrativo en la República Argentina,” *RPA* 2006-1, 7,

³⁶ KINSBURY, BENEDICT; KRISCH, NICO y STEWART, RICHARD B., “El surgimiento del derecho administrativo global,” *RPA* 2007-3, pp. 25-74; los trabajos en el libro de homenaje a GÉRARD TMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, *Values in Global Administrative Law*, en prensa, 2009, en que participamos cuestionando la denominación: “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” texto y nota 2. Para mostrar la labilidad del lenguaje y la falta de carácter técnico o preciso de cualquier palabra de derecho, como se explicara en el cap. I de este vol., hemos escogido otra palabra, mundial, reenfatizándola con unidad del orden jurídico mundial, para demostrar una vez más que con las palabras no se cambia nada: “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009. Pero el avance parece irrefrenable: ver *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*, http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html. BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 225, sostiene que el derecho administrativo debe relacionarse con el derecho administrativo comunitario y global, influyendo y decidiendo sobre aquél. Interpretamos que sugiere la prelación del derecho administrativo internacional sobre el interno, como no puede ser de otro modo en el mundo de hoy.

³⁷ Como siempre, nos remitimos nuevamente al cap. I del presente t.

³⁸ Como hace CASSESE, SABINO, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laera, 2003; versión castellana como *La globalización Jurídica*, INAP y Marcial Pons, Madrid, 2006, con prólogo de LUIS ORTEGA. Tanto el autor como el prologuista dejan en claro que se refieren solamente a la Unión Europea, sin perjuicio de recordar, con JEAN MONNET, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 617, que ella no es sino “una etapa hacia formas de organización del mundo de mañana.” Ver CASSESE, *La globalización jurídica*, op. cit., p. 31.

³⁹ Al TA de la OIT, solamente, se han sometido más de medio centenar de otras organizaciones internacionales. Ver <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/membership/index.htm>

⁴⁰ El BM, además de su propio TA, tiene el sistema de tribunales arbitrales del CIADI.

administrativo del *personal*, con tribunales administrativos de resolución de diferendos.⁴¹

Si bien en el ámbito externo de aquellos entes se aplica el derecho internacional público, su régimen de derecho administrativo no es interno a ninguno de los países contratantes y tampoco integra el derecho internacional público,⁴² aunque en ocasiones los miembros de los tribunales administrativos internacionales pertenecieron a esa rama del derecho. Ello hace que los principios jurídicos aplicados vayan teniendo mayor uniformidad.

Los principios de competencia, jerarquía, deber de obediencia, estabilidad, derechos y deberes del cargo, carrera, retiro, privacidad, derecho de agremiación, requisitos de validez y competencia de los actos, límites a la discrecionalidad administrativa (sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, proporcionalidad, buena fe, doctrina de los actos propios, etc.) y otras formas del debido proceso adjetivo y sustantivo, son todos propios del derecho administrativo⁴³ y no del derecho internacional.⁴⁴

La integración de los tribunales administrativos internacionales se hacía antiguamente con juristas provenientes del campo del derecho internacional público, pero ya es clara la tendencia a preferir juristas provenientes del campo del derecho administrativo de sus respectivos países, como ocurre con la reciente integración del Tribunal Administrativo de Apelaciones de la ONU.⁴⁵

La discusión no es ociosa,⁴⁶ porque cuando se parte de la hipótesis que se aplica el derecho internacional y no el derecho administrativo internacional, los clásicos supuestos de control en el derecho administrativo tienden a no ser aplicados, como ocurre frecuentemente con los tribunales del CIADI, que comienzan por tener una cláusula de privacidad totalmente incompatible con

⁴¹ Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVI.

⁴² Ver IPSEN, HANS PETER, "Deutsche Verwaltung und europäische Wirtschaftsintegration," en la revista *Die öffentliche Verwaltung*, 13/14: 441, Stuttgart, 1968.

⁴³ Ver VELASCO, EUGENIO, *Los tribunales administrativos en general y el del Banco Interamericano de Desarrollo en particular*, BID, Washington, 1985, cap. II, p. 16 y ss. y pp. 36-9.

⁴⁴ Algunos autores distinguen entre Derecho administrativo internacional y Derecho internacional administrativo: REVIDATTI, *op. cit.*, pp. 80-1; en el derecho penal distingue derecho penal internacional y derecho internacional penal ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § II, 1, p. 187; § 15, VI, "Interdisciplinarietà con el derecho administrativo," p. 204-8. En el derecho administrativo nos parece que él es nacional o supranacional o internacional, pero no vemos dentro del derecho internacional una rama referida al derecho administrativo. Hemos integrado diversos tribunales administrativos internacionales en nuestra vida, seis hasta el presente (BID, OEA, FMI, ONU, OIT, OEDP) sin encontrar una respuesta diferente. Por supuesto, no se puede demostrar que algo no existe, pero a nuestro juicio no haberlo encontrado hasta el presente sugiere que la hipótesis es poco probable, o incluso improbable. Lamentamos discrepar con nuestro querido amigo REVIDATTI cuando ya no se encuentra entre nosotros para replicarnos.

⁴⁵ En inglés y otros idiomas es *Appeals Administrative Tribunal*, pero en castellano se prefirió la denominación francesa y española clásica, también propia de algunos países sudamericanos, de llamarlos de lo Contencioso Administrativo.

⁴⁶ Ello, sin perjuicio que la terminología que objetamos encuadra perfectamente dentro de la crítica de POPPER, KARL, "Contra las grandes palabras," en su libro *En busca de un mundo mejor*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 113-129.

el derecho administrativo de cualquier país del mundo y por supuesto también del derecho administrativo internacional.⁴⁷

2º) Los acuerdos de integración, tales como el MERCOSUR, NAFTA, ALCA, la Unión Europea, etc., en mayor o menor medida dan nacimiento a un derecho comunitario (con normas que en gran parte son de derecho administrativo) y tribunales supranacionales.⁴⁸ El fenómeno está en constante expansión, pero algunas propuestas son a muy largo plazo,⁴⁹ pues es evidente que movimientos como el de la Unión Europea llevan largas décadas, con avances y retrocesos, y el derecho o hasta el gobierno eventualmente mundial, como en las novelas de ciencia ficción avanza con el lento e imperceptible movimiento de un glaciar.

Pero no nos engañemos, aunque no siempre esté a la vista no agudizada del funcionario, abogado asesor o litigante e incluso magistrado en la vida cotidiana, todos los cuales no necesariamente están o pueden estar atentos a la evolución de la realidad normativa internacional, no por eso ella deja de avanzar continuamente.

Como no tenemos el entrenamiento de los internacionalistas de estar atentos a los tratados que el país celebra sin cesar para mantenerse al menos comunicado con el mundo desarrollado, resulta con frecuencia que los abogados que estamos en disciplinas concretas no estamos al tanto de los cambios que se van produciendo operativamente en las diversas disciplinas a resultas de la celebración de tratados internacionales.

Estamos ilegal e inconstitucionalmente acostumbrados a que se dicten leyes y a esperar su reglamentación para recién entonces comenzar a aplicarlas, y podemos entonces caer en la ilusión que la ratificación de un tratado por el Congreso, su promulgación por el Poder Ejecutivo y el depósito del instrumento de ratificación en el órgano internacional que corresponda, todavía necesitan de algo más para ser derecho interno vigente y aplicable, sin más. Craso error.

Podemos así llegar a ignorar, no sólo como particulares que operamos el derecho desde una u otra función, sino sobre todo como gobiernos, la verdadera extensión de las obligaciones internacionales asumidas y exigibles por la sociedad de las naciones civilizadas, no solo por la vía diplomática, sino por la pertenencia misma a mecanismos o redes como el Grupo de los 20; pero también

⁴⁷ Ampliar *infra*, t. 2, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional;" MONTI, SANTIAGO, "What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the *Bello/Calvo* doctrine in the BIT generation," *RPA* 2007-3, pp. 75-106; BARRAGUIRRE, JORGE A., "Los tratados bilaterales de inversión (TBI) y el convenio CIADI. ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?" *RPA* 2007-3, pp. 107-122; NINO, EZEQUIEL, "Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global?" *RPA* 2007-3, pp. 123-141y sus respectivas remisiones.

⁴⁸ Ver FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO (tesina inédita), 2008, "Derecho Administrativo Internacional: El panel de Inspección del Banco Mundial y otros mecanismos de Inspección Independientes en las principales organizaciones internacionales dedicadas al desarrollo," pp. 8 y 9; *supra*, nota 31.

⁴⁹ P.ej. la referida en nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS.

por la aplicación de jurisdicción internacional en el CIADI y de jurisdicción extranjera en los delitos de lesa humanidad y los de corrupción, y además en la deuda externa.⁵⁰

3º) A ello cabe agregar el progresivo dictado de tratados con elementos de derecho administrativo internacional, p. ej. en materia de tutela del medio ambiente,⁵¹ derecho comunitario,⁵² derecho del mar,⁵³ control de la corrupción tanto nacional como internacional,⁵⁴ lavado de dinero,⁵⁵ etc.

La corrupción y sus delitos conexos, como lavado de dinero, soborno transnacional, narcotráfico, terrorismo,⁵⁶ van en camino de constituirse en un nuevo derecho de gentes, asimilable a los delitos imprescriptibles de lesa humanidad.

Ya nuestro país ha sido citado por el GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, para dar explicaciones acerca de su cumplimiento o incumplimiento de normas internacionales de lavado de dinero por la ley de blanqueo impositivo dictada el año 2008, sin establecer la obligación de denunciar el origen de los fondos,⁵⁷ y nuestro país envía a Francia en el 2009 una misión presidida por el Ministro de Justicia,⁵⁸ que será seguida de una misión de inspección del GAFI

⁵⁰ Así, la responsabilidad interna disminuye y la externa se incrementa, como explicamos en el capítulo XX del t. 2, y en “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400. La disminución de la responsabilidad interna es casi pública y notoria ante hechos que no han podido ser impedidos, como la confiscación de los fondos privados de jubilaciones y pensiones o la pesificación asimétrica, y tantas otras violaciones a nuestro sistema constitucional. Ver nota 14, *supra*.

⁵¹ Ver AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1992, p. 131 y ss.

⁵² CARTOU, LOUIS, *L'Union européenne*, París, Dalloz, 1994, p. 87 y ss.; ISAAC, GUY, *Droit Communautaire général*, París, Masson, 1983; CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè Editore, 1999.

⁵³ ROZAKIS, CHRISTOS L. y STEPHANOU, CONSTANTINE, A. (eds.), *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983.

⁵⁴ “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción”, *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción”, *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119; “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*, 2000-IV-1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *VIII Encuentro de Asesores Letrados. Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

⁵⁵ El cumplimiento nacional es escaso o inexistente. Ver p. ej., ROBLEDO, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la «tronización» del secreto de las actuaciones,” *RPA* 2006-2, 53-8; ello se refuerza negativamente con el omnicompreensivo y ultragenérico “blanqueo” impositivo de 2008/9, etc. Ver el texto y notas siguientes.

⁵⁶ Se puede objetar la lógica de la asimilación plena, desde luego, pero en todo caso la conexión la hace expresamente el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

⁵⁷ A la fecha de entrada en imprenta de este libro, sólo se pensaba exigir una declaración jurada de que el origen de los fondos no era delictivo...

⁵⁸ KANENGUISER, MARTIN, “El Gobierno ride un examen internacional por el blanqueo,” *La Nación*, Sección Economía & Negocios, 17 de febrero de 2009, p. 1.

en el mismo 2009, más una visita de inspección del FMI. Todos los apartamientos al orden internacional que se ha suscripto tienen consecuencias y ellas empiezan, pero no se agotan, en el orden interno.⁵⁹ Si le agregamos confiscaciones sin indemnización, mantenimiento y agravamiento del *default*, tolerancia a delitos internacionales,⁶⁰ bien se comprende que nuestra inserción en el mundo nos crea muchas obligaciones, nos querramos dar por enterados o no. Además, no querer darnos por enterado que este tipo de lesiones al orden jurídico internacional tiene consecuencias, es contraproducente, pues da lugar no solamente a la falta de acceso a los mercados internacionales de capitales, al retraimiento de la inversión externa, el aislamiento internacional, sino también, por si fuera poco, al nacimiento de la jurisdicción extranjera, como ocurrió antes de ahora con los delitos de lesa humanidad de la dictadura militar y ocurre ahora con el *default* a los *holdouts*, las acciones ante el CIADI, etc. Los caprichos o delitos de nuestros gobernantes cuestan bien caro tanto a los contribuyentes como a los excluidos del sistema social, aunque se los cometa supuestamente en defensa de los segundos.

5.2. *El régimen supranacional de garantías individuales*

Donde más claramente se advierte que el derecho administrativo no es meramente derecho interno, es en la existencia y aplicabilidad de un régimen internacional o supranacional de garantías individuales y libertades públicas, como es el establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La ratificación de dicha Convención por nuestro país y nuestro igual sometimiento a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana, con más su expresa inclusión constitucional en 1994, es clara demostración de que rigen en nuestro país los principios y normas de derecho administrativo de carácter supraconstitucional y supranacional,⁶¹ que son una de sus bases elementales,⁶² de aplicación operativa y directa;⁶³ más aun, nuestra Corte Suprema ha recono-

⁵⁹ P. ej., ya nuestro mercado de valores está seriamente afectado: GABIN, LEANDRO, "La bolsa argentina rezagada: es la que menos dinero mueve en la región después de la de Venezuela," *El cronista comercial*, sección *Finanzas y Mercados*, 17 de febrero de 2009, p. 1. En el orden internacional, es la pérdida del acceso a los mercados de capitales, y la pérdida de países compradores, fruto de nuestras políticas aislacionistas. Todo se puede hacer desde el gobierno, pero el país paga las consecuencias. Por la prohibición de exportación de carnes, entre otras medidas de igual tenor, se produce lo que CRETZAZ, JOSÉ, llama "Fuerte caída del *soy* ganadero," con la posibilidad de que un país ganadero tenga que llegar a importar carne: *La Nación*, Sección *Economía & Negocios*, 17 de febrero de 2009, p. 1.

⁶⁰ Salvo, claro está, los delitos de lesa humanidad cometidas en la última dictadura militar.

⁶¹ Se ha generalizado la terminología de un derecho internacional de los derechos humanos, p. ej. SÁNCHEZ MORÓN, en el libro de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1983, 2ª ed., p. 27; ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, III, p. 194 y ss.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 15, destaca "un estándar mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo, por encima tanto de Estados y regímenes políticos, como, sobre todo, en el orden práctico, de sistemas y tradiciones jurídicas."

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 16, recuerda su "valor en derecho interno."

cido la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional, incluidas las opiniones consultivas.

5.3. *El régimen supranacional contra la corrupción*

Cabe igualmente reiterar la importancia de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención Internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero, que tienen diversas normas y principios operativos. Reconocen la jurisdicción de otros países sobre hechos acaecidos en nuestro territorio (art. Vº de la primera y 7º de la segunda), del mismo modo que lo hace el tratado contra la tortura (art. 5º) y otros. Su expresa vinculación de corrupción, crimen organizado y narcotráfico debe así ser un llamado de atención para quienes incurran en tales hechos, ya que los tribunales norteamericanos, p. ej., han comenzado a juzgar hechos de soborno transnacional, así definidos porque la pretensión normativa es su juzgamiento por cualquiera de los Estados parte aún cuando ellos hubieran ocurridos fuera de su país,⁶⁴ al igual que admiten, en asuntos vinculados al narcotráfico, el principio *male captus, bene detentus*.⁶⁵ Un conocido corrupto argentino, al escucharnos hace algunos años esta exposición, se acercó a decirnos “¿Qué problema para FUJIMORI, no?” Pero el problema no es solamente de FUJIMORI, es de todos quienes se enriquecen con la función pública, cualquiera sea el mecanismo utilizado.

5.4. *Primeras conclusiones*

Por tales motivos nos inclinamos por no hacer la limitación antedicha en la definición de la materia, máxime cuando una creciente tendencia del mundo hacia la integración subregional, regional y mundial hace cada vez más importante el mentado aspecto internacional de la disciplina.⁶⁶

6. *Otros criterios excluidos*

6.1. *No se refiere exclusivamente a la administración pública*

Algunas definiciones muy antiguas⁶⁷ y otras algo más recientes⁶⁸ consideraban que el derecho administrativo estudia la actividad de la administración pública, o lo que es lo mismo, del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes, olvidando tanto la función administrativa de los otros poderes, las autoridades

⁶⁴ Por eso las empresas con sede en EE.UU. que tienen actividades en países con riesgo de corrupción, encargan a consultores externos la realización de estudios de *due diligence* sobre el propio cumplimiento en el exterior de la legislación federal norteamericana contra el soborno transnacional.

⁶⁵ Ver *infra*, cap. VI, § 1.4.2 y sus remisiones a los casos *Weltover* y *Alvarez Machaín* de 1992.

⁶⁶ Ver también los párrafos finales de los caps. II, III y IV, y el prefacio a esta décima edición.

⁶⁷ SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903, p. 38; SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 50.

⁶⁸ DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 263 y ss.; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1989, 9ª ed., p. 29.

administrativas independientes, los entes reguladores, etc., como las funciones administrativas de personas públicas no estatales. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina contemporánea amplía el campo del derecho administrativo al estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo, sea o no realizada por órganos administrativos.⁶⁹ En la actualidad, con el retorno al sistema de servicios públicos privatizados, han aumentado las razones para no utilizar aquellos criterios orgánicos como definitorios, incluso aunque se hayan reestatizado algunas empresas como AYSA, el Correo Argentino y Aerolíneas Argentinas. De mantenerse la misma composición parlamentaria actual es posible que el proceso continúe, pues algunas medidas fueron aprobadas aún con el voto de parte de la oposición.

La cuestión está supeditada al criterio que se adopte al definir qué es la función o la actividad administrativa: Si se interpretara que sólo el Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes realizan actividad regida por el derecho administrativo, entonces es coherente definir a este último de ese modo. En cambio, si se acepta que también los Poderes Legislativo y Judicial realizan actividad de tipo administrativa sujeta a los principios de esta disciplina, la conclusión contraria es inevitable. No podrá sostenerse que haya actividad administrativa de estos poderes regida por los principios del derecho administrativo y no comprendida, sin embargo, en la definición de este último.⁷⁰

En consecuencia, el derecho administrativo no sólo estudia la actividad del *órgano* administración pública, sino más bien el total de la *actividad* de índole administrativa, sea que la realice el órgano administrativo o los órganos Poder Judicial o Poder Legislativo, e incluso las personas no estatales en cuanto ejercen poderes públicos.

Este último es el caso de los concesionarios o licenciarios de poderes monopólicos o exclusivos otorgados por el Estado. Para ser congruentes con el sistema constitucional deben ser interpretados restrictivamente, bajo el principio de que en la duda debe estarse a favor del usuario. Esto es materia de derecho administrativo, como todo lo demás establecido al respecto en el art. 42 de la Constitución. Lo mismo ocurre con el derecho a un ambiente sano, claro principio de derecho administrativo establecido en el art. 41, que es oponible tanto a las administraciones públicas como a los particulares que lo lesionen, incluso mediante la acción de amparo por los derechos de incidencia colectiva, a tenor

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1993, 6ª ed., p. 42; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1989, 11ª ed., p. 114; PARADA, RAMÓN, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 1990, 2ª ed., p. 10; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, 9ª ed., p. 82 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, LUIS, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1994, 5ª ed., p. 47.

⁷⁰ Acerca del problema de si existen o no actividades de los otros poderes regidos por el derecho administrativo, ver lo que desarrollamos *infra*, cap. IX, "Las funciones del poder," § 20, "Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes."

del art. 43. La Corte Suprema ha dado un fuerte impulso al amparo colectivo en el fundamental fallo *Halabi*, de febrero de 2009,⁷¹ y otros tribunales inferiores están adoptando el mismo criterio, p.ej. la CMNAC. CA, SALA DE FERIA, en el amparo colectivo iniciado por el Defensor del Pueblo de la Nación contra lo que reputa un arbitrario aumento de las tarifas eléctricas, también en 2009.

6.2. *No sólo estudia las relaciones de la administración pública*

Aun tomando al concepto de administración pública en sentido amplio —abarcando todo órgano que ejerza función administrativa, sea él o no órgano administrativo—, no será suficiente con indicar que el derecho administrativo estudia las relaciones “entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí,”⁷² porque también estudia la organización interna de la administración, su estructura orgánica y funcional, los medios de la actividad administrativa y la forma que ella adopta.⁷³ Por tales razones se prefiere denominar al derecho administrativo en el sentido que abarca “la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa,”⁷⁴ o “la organización y la actividad de la administración pública,”⁷⁵ o “la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados.”⁷⁶

Estas definiciones, sin embargo, pecan en parte por exceso y en parte por insuficiencia. Son excesivas en cuanto enumeran los dos elementos en cuestión —organización administrativa y relaciones— lo que puede parecer un poco superfluo si se tiene en cuenta que dado que la organización administrativa hace al estudio del sujeto u órgano que ejerce la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo *estudia el ejercicio de la función administrativa*.

En esta tesitura, hemos sostenido que no es necesario aclarar expresamente que dentro del “ejercicio de la función administrativa” se incluye el estudio del órgano que la ejerce, pues dicha inclusión es obvia.⁷⁷ En efecto, si no resultara

⁷¹ LL, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” Para los antecedentes ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” LL, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998.

⁷² VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 77.

⁷³ Ver ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, Milán, 1958, 8ª ed., pp. 26-7: “la parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las consecuentes relaciones jurídicas entre la misma y los demás sujetos.”

⁷⁴ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 21.

⁷⁵ DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 264.

⁷⁶ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149.

⁷⁷ Lo sostuvimos en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 46.

claro que hablar de la actividad administrativa presupone también la consideración de la organización administrativa, *a pesar de que el autor lo diga expresamente*, entonces nada es suficiente: en tal actitud sería necesario hacer una enumeración de todas las cosas que el derecho administrativo comprende, ya que muy pocos las captarían por sí mismos en forma directa de la definición. Habría que señalar entonces que el derecho administrativo estudia la “estructura administrativa, la organización centralizada y descentralizada, la función pública, el acto administrativo, los reglamentos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, el dominio público, las limitaciones a la propiedad privada,” etc., lo que no sería conveniente.

La definición de una disciplina debe buscar un elemento de síntesis que en lo posible pueda ser comprensivo de todas las partes que la componen. No por buscar mayor claridad debe caer en la mera enumeración. Justamente, la definición será una síntesis que por sí sola es insuficiente para el conocimiento de la materia. Debe ser completada con los demás elementos que proporcionará la lectura de la obra.

Si, en consecuencia, los autores que incluyen la “organización” como un elemento *conceptual* del derecho administrativo, además de las “relaciones” administrativas, no están dispuestos a agregar todos los demás elementos mencionados (contratos, función pública, responsabilidad, etc.), entonces tales definiciones o son insuficientes o tienen exceso al enumerar en el concepto lo que no constituyen sino elementos particulares; no ciertamente los fundamentales de la disciplina.

6.3. *No se refiere principalmente a los servicios públicos*

Ese conjunto de normas y principios no se refiere exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*,⁷⁸ sino que abarca a toda la *función administrativa*, trátase o no de servicios públicos: la función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos. Con todo, es de reconocer que a fines del siglo XX los servicios públicos privatizados ocuparon el centro de la escena política y jurídica. Por ello es de interés, en ese aspecto, la definición de BIELSA: “conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública.”⁷⁹

⁷⁸ Como explicaremos a continuación en el texto, en algún momento adherimos a la idea de la supresión de la noción de servicio público, cuando todos se hallaban en manos del Estado. Ahora ya no lo hacemos, pero de todos modos no creemos que la noción desempeñe un rol tan fundamental como el que algunos quieren darle, discutiendo para más cuestiones carentes de referencia empírica interesante, como la “*publicatio*.”

⁷⁹ BIELSA, *op. cit.*, p. 37.

Si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó sobre la noción de “servicio público,” han surgido otros temas de importancia que tienen una relación directa con aquélla: la teoría del *acto* y del *procedimiento administrativo*, de las autoridades administrativas independientes, las empresas estatales que no prestan servicios públicos sino que realizan actividades comerciales o industriales; de la protección de los usuarios y consumidores frente a quienes venden bienes o prestan servicios, especialmente si lo hacen en forma monopólica; la licitación pública, el control judicial de la administración, otros medios de contralor de la actividad del poder público y económico, el control de la corrupción. Por ello, si bien la noción de servicio público ha vuelto a ser imortante después de las privatizaciones, no es la única de la materia y no justifica que se defina en base a ella al derecho administrativo.⁸⁰

Por nuestra parte, la hemos considerado superflua cuando todos los servicios estaban en manos del Estado, pues era indiferenciable del resto de la función administrativa;⁸¹ luego de las privatizaciones, en que hay servicios que nuevamente vuelven a ser prestados por particulares, bajo concesión o licencia monopólica o exclusiva del Estado y sujeta al control de entes reguladores independientes de base constitucional, puede retomarse como parte del derecho administrativo actual la concepción preexistente a las nacionalizaciones,⁸² pero no por ello se justifica ordenar *todo* el derecho administrativo en torno a tal noción.

Es más, la propia idea de monopolio o exclusividad que era parte natural del concepto de servicio público está, a su vez, sometida a un proceso de evolución hacia la desmonopolización y la libre competencia, en cuanto se encuentre en manos particulares.

Claro está que en los comienzos del siglo XXI se advierte un incipiente pero quizás no duradero proceso de vuelta al viejo sistema de prestación estatal de servicios públicos: AYSA,⁸³ Aerolíneas Argentinas, etc. El despropósito, o más exactamente el propósito político coyuntural, de algunas de estas iniciativas es manifiesto, como ocurre específicamente con el caso de Aerolíneas Argentinas, pero se torna extremadamente incierto poder definir cuál será la evolución futura. Se ha hecho un argumento emotivo respecto del mantenimiento de los viajes aéreos a las Provincias y se quiso quedar bien con los importantes gremios aeronáuticos, pero se olvidó que la empresa estaba en cesación de pagos y no era gratis expropiarla, por más que el Estado considerara que su valor final

⁸⁰ Confr. VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 55; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 138; REVIDATTI, *op. cit.*, pp. 104-8, etc. Ello, sin perjuicio que hay autores que se deleitan con explicar sus teorizaciones al respecto, como la *publicatio* y cosas por el estilo.

⁸¹ Primera edición del t. 2, *op. cit.*, cap. XIII.

⁸² “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *LL*, 106: 1187, Buenos Aires, 1962, reproducido en el libro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963.

⁸³ Que a pesar de ser deficitaria, se le ha obligado a ser prestamista de la administración central.

fuera cero. Ante la presión internacional, tendrá que seguir buscando soluciones amistosas que le cuesten dinero, o enfrentar el juicio en el CIADI. Al final de cuentas, hasta parte de la oposición que votó favorablemente esta expropiación, también lo hizo con la confiscación por el Congreso de los depósitos de jubilados y pensionados en manos de las AFJP, en 2008, incrementando así la responsabilidad del Estado a largo plazo y la deuda pública ya de por sí excesiva, todo para aumentar el gasto público descontrolado sin ninguna ventaja perceptible en materia de disminución de los índices de pobreza y de exclusión social, sin reducción tampoco de la deuda pública externa.

7. *El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas*⁸⁴

7.1. *Derecho público y privado*

El derecho público (penal, tributario o fiscal, constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí.⁸⁵ Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público. Ello ha llegado a ser así debido a que, generalmente, toda vez que el legislador o el juez han considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pie de la letra la legislación común. Una consecuencia de esto es que en el derecho público hay a menudo una relación de *subordinación* (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, un número de atribuciones superiores a los derechos individuales del habitante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la *coordinación*: Los sujetos se encuentran allí en un plano de más igualdad. Esa diferencia de régimen tiene en parte por raíz sociológica que por lo general tales relaciones afectan el “interés público,” (“bien común”), o el “interés privado,” individual, respectivamente. Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*; no se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las del derecho privado, ni que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo que las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares van acumulando prerrogativas y

⁸⁴ En igual sentido, más recientemente, NAVA NEGRETE, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁵ Comp. GARCÍA MAYNEZ, CARLOS, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, p. 130 y ss. Otras teorías son expuestas por VILLEGAS BASAVILBASO, t. I, p. 63 y ss. y por SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 17 y ss.; CIRNE LIMA, RUY, *Preparação à dogmática jurídica*, Porto Alegre, 1958, 2ª ed., pp. 27-41.

privilegios para el Estado. Además, algunos de los principios de tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y el control de los servicios públicos monopolizados emplea principios diversos de los del derecho común. Esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen un todo estructurado y regido por principios propios: las que empiezan siendo excepciones se tornan norma general y así las reglas del derecho privado se ven desplazadas por aquéllas. Es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios correlativos y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho privado, aunque en los últimos tiempos diversos autores consideran que el fenómeno dista de ser nítido, lo cual es cierto.⁸⁶

7.2. *Los conceptos de fuente*

Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serían aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable. Las segundas son las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras. Sin perjuicio de que tanto unas como otras pueden estar amenazadas de extinción conceptual,⁸⁷ como ocurrió con el tema de la causa que sólo pocos utilizan ya en derecho excepto los carecen de una teoría general del derecho,⁸⁸ de todas maneras constituyen un tema convencional de ineludible referencia.

Fuentes en sentido formal serían así los tratados, la Constitución, las leyes, los reglamentos; fuentes en sentido material la jurisprudencia, doctrina y costumbre. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes,⁸⁹ o agregan a los hechos como fuente formal;⁹⁰ otros tratan directamente del régimen o del ordenamiento jurídico administrativo en lugar de “fuentes.”

Esta cuestión debe vincularse con el concepto de derecho administrativo: si lo definimos como una rama del conocimiento —una disciplina; un saber— que analiza el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa en cualquiera de los tres poderes del Estado, las fuentes de la disciplina serán todas

⁸⁶ CARLOS F. BALBÍN, *Curso de derecho administrativo*, t.1, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 242-2, 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. Así puede observarse casos de inserción de regímenes propios del derecho privado dentro de instituciones típicamente administrativas: a) régimen de empleo de los agentes que prestan servicios en entes reguladores (ENRE y ENARGAS) que se rigen por la ley de contrato de trabajo; b) sociedades anónimas de propiedad del Estado cuyo régimen jurídico es la ley de sociedades comerciales 19.550. En nuestro modo de ver el segundo supuesto puede existir temporalmente, pero la tendencia nacional es incorporarlos al derecho público, como lo desarrollamos en el cap. XV.

⁸⁷ POPPER, “Acerca de las llamadas fuentes del conocimiento,” *En busca..., op cit.*, pp. 67-75.

⁸⁸ *Supra*, cap. I.

⁸⁹ BIELSA, *op. cit.*, p. 75.

⁹⁰ JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, p. 125 y ss.; Offenburg, 1948, reimpresión de la 3ª ed., pp. 125-6.

las normas y principios que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos. Si, en cambio, se prefiriese definir al derecho administrativo como el conjunto mismo de esas reglas y principios, no resultaría coherente expresar que la ley, p. ej., sea fuente del derecho administrativo, pues ello significaría que es fuente de sí misma;⁹¹ en este concepto del derecho administrativo no se podría hablar de fuente⁹² sino “derecho administrativo objetivo,” ordenamiento o régimen jurídico administrativo, etc.⁹³

Conceptuar el derecho administrativo de una u otra manera es secundario; solamente debe cuidarse que la noción de fuente sea compatible. Si lo consideramos una rama de la ciencia del derecho, sus fuentes serán aquellas normas y principios que integran el orden jurídico positivo.⁹⁴ Todo lo que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido material, social o político, pero no en sentido jurídico formal.⁹⁵

Entre las fuentes incluimos a los principios generales del derecho, que suelen dar dificultades de interpretación en su confrontación con los textos normativos expresos, pero que están fuera de discusión: nadie admite que la arbitrariedad pueda ser causal de nulidad del derecho positivo, ni la mala fe, la desviación de poder, la desproporcionalidad, la falta de sustento fáctico suficiente, etc. Por esa razón tienen importancia, aunque no sean fuentes en sentido formal sino material, la jurisprudencia, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación y la doctrina en general, del derecho comparado incluso. Ellas ayudan a resolver el confornte entre el texto de las múltiples y cambiantes normas positivas de distinto grado jerárquico que integran el ordenamiento administrativo, con

⁹¹ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 59.

⁹² Es decir, “fuente” en el sentido de condiciones sociales, económicas, etc., de un pueblo que originan que el legislador establezca nuevas normas. Ver SARRÍA, *op. cit.*, t. I, p. 172 y ss.

⁹³ Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60. No incurrir en esta contradicción y siguen el criterio del régimen u ordenamiento administrativo, BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1993, 4^o ed., p. 15 y ss.; DROMI, *op. cit.*, 4^o ed., p. 141 y ss.; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1995, 2^o ed., p. 36; COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 57 y ss.; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 124 y ss. Mantiene el concepto de fuentes PARADA, *op. cit.*, p. 29 y ss. En la doctrina española se puede encontrar el origen y desarrollo del criterio del ordenamiento, a partir de la doctrina italiana. Una y otra forma de utilizar el vocable son admisibles, en tanto no haya contradicción en su empleo, como advertimos en el texto.

⁹⁴ Es un tema recurrente en el derecho administrativo, en el cual puede hoy considerarse pacífico que, aún sin necesidad de recurrir al derecho natural o a concepciones religiosas del derecho, es con todo posible afirmar la necesaria prevalencia de ciertos valores fundamentales por encima de las normas positivas, cualquiera sea su rango. Nos referimos al tema en los citados trabajos “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, antes publicado como *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003, e *Une Introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003, todos con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS. Esas ideas pueden verse resumidas en el cap. I del presente vol.

⁹⁵ También puede decirse, en sentido similar, que las fuentes se clasifican en “directas,” las basadas en normas jurídicas positivas e “indirectas,” las que no se basan en normas positivas. Así, MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 197.

los principios y valores⁹⁶ superiores de interpretación del orden jurídico y la experiencia universal.

Conviene por fin señalar que hoy en día las fuentes pueden ser clasificadas con provecho en fuentes supranacionales y nacionales del derecho. Mientras las segundas pueden ser modificadas por la sola voluntad nacional, las primeras dependen del consenso de las naciones y la única posibilidad del país es:

a) Sumarse al proceso, participando en el debate, suscribiendo el tratado, integrándose a las redes intergubernamentales contemporáneas, o :

b) Sustraerse a la comunidad internacional, lo cual no es siempre una opción fácilmente viable ni indolora, pues tiene no solamente claros costos diplomáticos, como verse excluido de reuniones a las que le hubiera gustado ser invitado, sino sobre todo un altísimo costo económico-financiero: Tasa de interés que el país paga, calificación de “riesgo de país,” flujo de inversiones, sanciones comerciales, pérdida de acceso a los mercados internacionales, exclusión de las redes intergubernamentales, etc.

Así y todo hay economistas que sugieren el aislacionismo, el “vivir con lo nuestro.” Pero es casi una suerte de colbertismo, renunciando incluso a exportar e importar bienes y servicios.⁹⁷ Carece a nuestro juicio totalmente de realismo en el mundo, y sus consecuencias son extremadamente caras en todo sentido imaginable.

Entre las primeras, a su vez, estarán no solamente los textos escritos (los tratados internacionales de derechos humanos; las convenciones de regulación del comercio, medio ambiente, etc.; los convenios o acuerdos de integración; las normas sobre derecho del mar, etc.) sino también los principios jurídicos generales, la jurisprudencia internacional, las opiniones consultivas de los organismos supranacionales, el derecho comparado y la doctrina, y por sobre todo, finalmente, los valores inherentes a la persona humana.

7.3. *El derecho administrativo como fuente u objeto de conocimiento*

Distinguimos pues al derecho administrativo a) en cuanto *rama del conocimiento* y b) al derecho administrativo *como parte del orden jurídico positivo*, como *conjunto de normas jurídicas*.⁹⁸ Es la misma distinción que efectuamos en otro

⁹⁶ Son, por supuesto, sinónimos en derecho.

⁹⁷ Hasta se habla de volver a la nacionalización del comercio exterior, como en la antiguamente llamada década infame de 1930, luego de la caída de la democracia, pero ahora por el Congreso y aparentemente contando con los votos de algunos opositores, como ocurrió con la confiscación de las AFJP y la expropiación de Aerolíneas Argentinas. Ver DI MATEO, LUCIO, “El Gobierno analiza nacionalizar el comercio exterior de granos y carnes,” *El cronista*, sección *Economía y política*, 27 de febrero de 2009, p. 5. Por eso es que dicen que la milenaria frase china “Que vivas tiempos interesantes” es en verdad una maldición.

⁹⁸ En tal sentido de LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité de droit administratif*, t. 1, 9ª ed. actualizada por VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, París, 1984, p. 12; REVIDATTI recoge esta distinción, *Derecho administrativo*, op. cit., pp. 94-95.

lugar entre el derecho como objeto y como rama del conocimiento.⁹⁹ Es como otras palabras del derecho que tienen significaciones diversas, sólo cabe advertir cuál estamos utilizando. Así como al hablar del derecho civil podemos referirnos tanto al Código Civil y leyes complementarias, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes, así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de normas y principios constitucionales y supraconstitucionales, tratados, leyes administrativas y demás reglas que integran la *normación positiva, el régimen jurídico positivo* de la función administrativa, como en la *disciplina que los estudia*.

Dado que el conjunto de normas y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llega a nuestro conocimiento y valoración a través de su estudio y análisis y que, por lo tanto, nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, damos preferencia al concepto de rama del conocimiento antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo se define pues, en primer lugar, como una disciplina o una rama de la ciencia¹⁰⁰ del derecho. No creemos convenientes, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público,”¹⁰¹ pues hacen prevalecer el carácter normativo antes que el aspecto cognoscitivo.¹⁰² Definir al derecho administrativo como rama del conocimiento no significa que deje de usarse la segunda acepción como “conjunto de normas positivas,” pues la noción de “derecho” recibe casi siempre esa doble significación; ello no quita que al darse la definición *metodológica* deba efectuarse una opción semántica.¹⁰³ Así como nadie definiría al derecho civil como “el conjunto del Código Civil y sus leyes complementarias,” así tampoco es adecuado definir al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público.”

8. Definición de derecho administrativo

Por todo ello hemos definido al derecho administrativo como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”

Rama del derecho público: o sea, que es una rama del conocimiento o una dis-

⁹⁹ Que ya señalamos en ALEJANDRO NIETO / AGUSTÍN GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 86, nota 16.

¹⁰⁰ Al igual que la medicina, tiene algo de ciencia y algo de arte. La palabra *ciencia*, es utilizada *cum grano salis*, pues no se trata sino de una determinada rama del conocimiento humano.

¹⁰¹ Así BIELSA, *op. cit.*, t. I, p. 37; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 77; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 149; DIEZ, *op. cit.*, p. 264.

¹⁰² Siguen nuestro criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 10; DIEZ-HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 67; REVIDATTI, *op. cit.*, p. 130.

¹⁰³ Comp. similar distinción en REVIDATTI, *op. cit.*, p. 95, “una forma de concebir el derecho administrativo” como “subsistema jurídico” y una forma “de definir el Derecho Administrativo” como “disciplina que estudia ese subsistema y que es parte de la Ciencia Jurídica,” ver también pp. 128-30.

ciplina científica; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero.

Qué estudia el ejercicio de la función administrativa: debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares merced a una potestad conferida por el Estado.

Por lo tanto, el derecho administrativo estudia *toda* la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior. *También* la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional.

Estudia asimismo la actividad de los órganos y entidades administrativas independientes, tales como los entes reguladores,¹⁰⁴ el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, la SIGEN, etc., junto al derecho constitucional.

Igualmente corresponde al derecho administrativo el estudio del ejercicio de la función administrativa, cuando ésta aparece otorgada a entidades o instituciones privadas o públicas no estatales; en tales casos, con todo, la aplicación del derecho administrativo se limita a los aspectos que constituyen aplicación o ejercicio estricto de dicha función.¹⁰⁵

En tales supuestos aparece el régimen jurídico administrativo y los órganos propios de éste a través de la intervención de los entes reguladores, del Defensor del Pueblo, etc.; también los remedios jurisdiccionales otorgados a los usuarios y consumidores por los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución, que incluyen la acción de amparo y *a fortiori* la acción ordinaria (y la acción sumarísima de la ley de defensa del consumidor) para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la tutela del derecho subjetivo a un medio ambiente, la protección de los intereses económicos de los usuarios frente a los monopolios naturales o legales, el derecho a la elección y a la información, etc. También allí se produce una superposición con el derecho constitucional, después de la reforma de 1994.

Al analizar el ejercicio de la función administrativa, se estudia no sólo la actividad administrativa en sí misma, sino también quién la ejerce (organización administrativa, agentes públicos, entidades estatales, etc.), qué formas reviste (actos administrativos, reglamentos, contratos, etc.), el procedimiento que utiliza, de qué medios se sirve (dominio público y privado del Estado), en qué atribuciones se fundamenta (facultades regladas y discrecionales de la administración, etc.) y qué controles y límites tiene (recursos administrativos y judiciales, otros

¹⁰⁴ *Infra*, cap. XV.

¹⁰⁵ Ampliar *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. I, § 11 y 12. Para una explicación analítica del concepto y alcances de las funciones del poder, ver *infra*, cap. IX.

órganos y medios de control, responsabilidad del Estado, sus agentes y concesionarios o licenciarios, etc.).

Por fin, en esta época en que la administración concede o da licencia para el ejercicio de importantes actividades monopólicas que antes eran servicios públicos prestados por el Estado, el derecho administrativo estudia también la protección del usuario o administrado frente a dicho poder económico concedido o licenciado por el Estado.

Y la protección judicial existente contra ésta: una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho, consiste en que este último considera esencial la protección judicial del particular frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo. Ese control se ha visto notablemente mejorado con la definitiva aceptación del amparo colectivo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Halibi*, febrero de 2009.

También importa destacar que nuestro sistema de control constitucional difuso por todos los jueces permite una mayor participación ciudadana en el debate de los asuntos públicos, tan esencial a una vida democrática. No imitemos otros modelos, éste es el adecuado para nosotros, por la enorme cantidad de infracciones constitucionales que se cometen.

Ello no obsta a la necesaria existencia de muchos otros órganos y procedimientos de control, que comentamos en diversas partes de esta obra. Hacemos aquí meramente la remisión, pues la hipótesis originaria de MONTESQUIEU, que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, hasta que encuentra límites,¹⁰⁶ ya no se refiere meramente a la tripartición de poderes que él observara en Estados Unidos en la época de la constitución de 1776, aunque para nosotros el control judicial sigue siendo el más importante. Hay que sumarle, desde luego, el control social y de la opinión pública, de la prensa independiente, etc., sobre el funcionamiento del sistema judicial como mecanismo fundamental de control del poder político en un sistema democrático.

También ocurre que después de la reforma constitucional ha aumentado notablemente el número de órganos independientes tanto dentro del Poder Judicial como del Poder Legislativo o de la misma administración pública, sino también los controles internacionales que son cada vez más importantes en el mundo globalizado contemporáneo y todo indica seguirán aumentando en cantidad y calidad.

Están los mecanismos internacionales formales como el CIADI o la jurisdicción extranjera para determinados asuntos, pero están también los infinitos meca-

¹⁰⁶ Como lo explicamos en el cap. IX, "Las funciones del poder."

nismos informales o en red a que ya hemos hecho mención en este cap. y que se tratan en otras partes de esta misma obra, o en arts. separados.

Su estudio es tan indispensable como el de la jurisprudencia de nuestros propios tribunales, y en algún caso pueden llegar a producir resultados al justificable antes que los mecanismos de justicia interna: Uno de los argumentos, precisamente, que ha permitido a los demandantes serles permitido demandar al país ante el CIADI sin necesidad de agotar el procedimiento judicial interno aún cuando está exigido por el tratado bilateral de que se trate; es que el costo y la duración de nuestros juicios en el orden interno¹⁰⁷ son ya materia de público y notorio conocimiento.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Para ejemplo, la responsabilidad del Estado. Ver “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 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, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

¹⁰⁸ Ver caps. II, III, XII y XV y nuestros ya citados *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit.; *La Administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001; *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...,” *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, 3: 230; *Revista de Direito Público*, 75: 75, San Pablo, 1985; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 105: 16. “Tribunales administrativos internacionales,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 803-806; “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?” *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios; “Experiencias comparadas en la justicia administrativa,” en el libro de la Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos, *Memoria del Tercer Congreso Internacional de Justicia Administrativa. Modernización y actualización de la justicia administrativa*, Ixtapan de la Sal, Estado de México, Abril 2005, pp. 39-56; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*. “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” *LL*, 2003-E, 1495; *Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo*, año 3, n° 3, San José, 2003, pp. 37-8; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *VIII Encuentro de Asesores Letrados, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10. “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.”