
DERECHO ADMINISTRATIVO

—PARTE GENERAL—

I.S.B.N 978-958-5134-94-2
978-958-5134-95-9 (digital)

© DERECHO ADMINISTRATIVO - PARTE GENERAL, 2021

© AGUSTÍN GORDILLO, 2021

© EDITORIAL DIKÉ S.A.S., 2021

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 / e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín Colombia

BOGOTÁ D.C. LIBRERÍA

Calle 23 Sur # 27-41 Barrio Santander
Teléfono: 704 6822 Cel.: 301 242 7399
e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Teléfono: 83 02 10 54 Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

CARACAS-VENEZUELA

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19,
Caracas 1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 /
563-55-90/06-04 RIF: J-30797099-5.

PANAMÁ

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón,
Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

CORRECCIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Carlos Alberto Calderón
ius.editoresjuridicos@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

AGUSTÍN GORDILLO

**DERECHO
ADMINISTRATIVO**

—PARTE GENERAL—

PRÓLOGO DE JORGE A. SÁENZ



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Gordillo, Agustín

Derecho administrativo : parte general / Agustín Gordillo ; prólogo de Jorge A. Sáenz. -- Medellín : Editorial Diké ; Cali : Universidad Santiago de Cali, 2021.

676 p.

ISBN 978-958-5134-94-2 / 978-958-5134-95-9 (digital)

1. Derecho administrativo - Colombia 2. Función pública - Colombia I. Sáenz, Jorge A., prol. II. Título

CDD: 342.861066 ed. 23

CO-BoBN-a1082270

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

PRESIDENTE HONORARIO DEL COMITÉ EDITORIAL

Eduardo Quiceno Álvarez

DIRECTOR EDITORIAL

Sebastián Quintero Ocampo

ÍNDICE

Prólogo de JORGE A. SÁENZ.....	23
--------------------------------	----

Capítulo I

EL MÉTODO EN DERECHO

I. <i>Las cuestiones fundamentales</i>	I-1
1. La necesidad de una metodología	I-1
2. Qué es el derecho	I-3
2.1. Ciencia de problemas	I-3
2.2. Principios, no “conceptos”	I-4
2.3. Debido proceso legal y derecho soviético. Derecho natural	I-5
2.4. Los conceptos y los hechos	I-6
2.5. <i>Common law</i> y derecho continental europeo	I-8
2.6. El derecho en los tribunales internacionales.....	I-10
3. Aceptación de la incertidumbre	I-10
4. La lucha contra el poder.....	I-11
4.1. Al servicio del poder	I-11
4.2. La búsqueda del poder incondicionado	I-11
4.3. Un “derecho” legitimador del poder absoluto	I-12
5. Lenguaje, método y derecho administrativo	I-13
5.1. El lenguaje del poder incondicionado	I-13
5.2. Realidad, lenguaje e ideología.....	I-14
5.3. Las “Leyes” que no son leyes	I-15
5.4. El uso común del lenguaje	I-17
5.4.1. La textura abierta del lenguaje	I-18
5.4.2. El uso común y la libertad de estipulación	I-19
5.5. La libertad de estipulación y las palabras del derecho administrativo.....	I-20
5.6. La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico	I-21
5.6.1. Elementos a considerar para estipular las definiciones	I-22
5.6.2. Definición y clasificación.....	I-23
II. <i>El caso en derecho administrativo</i>	I-26
6. La importancia del caso en el derecho.....	I-26
6.1. La importancia de los hechos en el caso	I-27
6.2. La dificultad de determinar los hechos	I-29
6.3. Analizar la prueba que ya existe	I-30
6.4. La prueba adicional a producir	I-32
6.4.1. Los abogados.....	I-32
6.4.2. Los funcionarios o magistrados.....	I-33
6.4.3. Observaciones comunes	I-34
6.5. La apreciación de la prueba.....	I-35
6.6. El devenir del tiempo en el caso	I-36
6.7. Algunos aspectos específicos	I-38

6.7.1. El objeto del acto administrativo	I-38
6.7.2. La “causa” o sustento fáctico del acto. La motivación.....	I-38
6.7.3. La presunción de legitimidad del acto administrativo y la prueba..	I-39
6.8. La razonabilidad de todos los elementos en juego.....	I-40
6.9. Encontrar las normas aplicables al caso.....	I-40
6.10. Las vías alternativas de comportamiento.....	I-41
7. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos.....	I-45

Capítulo II

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El derecho administrativo en el Estado de policía.....	II-1
2. Su primera evolución en el nacimiento del constitucionalismo: Lentitud e imperfeción de los cambios.....	II-2
2.1. La evolución inconclusa	II-2
2.2. Los principios del pasado.....	II-5
2.2.1. La indemandabilidad del soberano	II-5
2.2.2. La irresponsabilidad del soberano	II-6
2.2.3. Los actos del príncipe	II-7
2.2.4. La doble personalidad del Estado.....	II-7
2.2.5. La “jurisdicción administrativa”	II-7
2.2.6. Poder de policía	II-9
2.2.7. Otras hipótesis en las etapas históricas.....	II-10
3. El intervencionismo en la economía y su retracción.....	II-12
3.1. Acción y regulación	II-15
3.2. Crecimiento, redistribución, preservación	II-16
3.3. Crisis, desregulación, privatización, desmonopolización	II-17
3.4. Retorno y caos	II-17
4. El derecho administrativo en el presente y en el futuro	II-19
4.1. El estado político actual de la evolución histórica.....	II-19
4.2. Nuevo impulso del derecho administrativo	II-23
4.2.1. El creciente derecho supranacional.....	II-24
4.2.2. El cambio social y la administración pública	II-25
4.2.2.1. El consenso y la adhesión	II-26
4.2.2.2. La motivación o explicación.....	II-27
4.2.2.3. La participación administrativa	II-28
5. Los órganos de control del proceso	II-29
5.1. La insuficiencia cualicuantitativa de los controles.....	II-29
5.2. Nuevos órganos y modalidades de control	II-29
5.3. El seudo sistema y los intersticios	II-40

Capítulo III

BASES POLÍTICAS, SUPRACONSTITUCIONALES Y SOCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Bases políticas	III-1
1. Libertad y autoridad en el derecho administrativo	III-1
2. Teorías estatistas del derecho administrativo	III-2
3. Orientación a seguir.....	III-2

4. La división de los poderes y el derecho administrativo.....	III-3
4.1. Equilibrio teórico de los poderes	III-4
4.2. Desequilibrio real	III-5
4.3. Criterio rector a adoptarse	III-7
5. Del sistema de frenos y contrapesos a la fractura del poder como control.....	III-7
5.1. La transferencia y fractura del poder como control	III-7
5.2. Viejos órganos, nuevos procedimientos	III-8
5.3. Control del poder económico	III-8
6. Las transferencias de poder y control	III-9
6.1. Estatales	III-9
6.1.1. Autoridades independientes	III-9
6.1.2. Provincias.....	III-9
6.1.3. Ciudad de Buenos Aires.....	III-10
6.1.4. Municipios y regiones	III-11
6.1.5. Islas Malvinas	III-11
6.2. No estatales.....	III-12
6.2.1. Partidos políticos.....	III-12
6.2.2. Asociaciones de usuarios y entidades no gubernamentales en general.....	III-12
6.2.3. Acciones de interés público.....	III-12
6.2.4. Pueblos originarios	III-13
7. Otras transferencias de poder. El Poder Ejecutivo	III-14
8. El Poder Legislativo	III-15
8.1. La Comisión Bicameral Permanente	III-16
8.2. Las audiencias públicas del Senado.....	III-17
8.3. Iniciativa y consulta popular	III-17
9. El Poder Judicial	III-18
9.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	III-18
9.2. El Poder Judicial de la Nación	III-20
II. <i>Bases supraconstitucionales</i>	III-21
10. Comunidad internacional, pueblo y Estado.....	III-21
11. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad y al sometimiento a las reglas universales mínimas de derechos y garanti- as individuales	III-22
12. Los derechos individuales frente al Estado	III-22
13. Preexistencia de los derechos individuales respecto al Estado.....	III-23
14. Instituciones sustantivas de contralor.....	III-25
15. El derecho a un ambiente sano	III-26
16. Instituciones adjetivas de contralor.....	III-26
16.1. El amparo común y el amparo colectivo para la tutela del medio am- biente y los derechos de incidencia colectiva.....	III-26
16.2. <i>Hábeas data</i>	III-27
16.3. <i>Hábeas corpus</i>	III-28
16.4. Rectificación y respuesta	III-28
16.5. Iniciativa popular.....	III-28
16.6. La ley de defensa del usuario y consumidor	III-29
16.7. Observaciones comunes. La poca cantidad de jueces.....	III-29

III. <i>Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar</i>	III-30
17. Los derechos individuales en el Estado de Derecho.....	III-30
18. La vieja superación del liberalismo clásico	III-31
19. Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos individuales	III-31
20. Crisis del autoritarismo	III-32
21. Una nueva solución: El Estado de Bienestar.....	III-33
22. Estado de Derecho y Estado de Bienestar.....	III-35
23. Garantías individuales y garantías sociales.....	III-36
23.1. Acerca de la posible contradicción entre ambas	III-37
23.2. Complementariedad.....	III-38
24. La libertad en el Estado de Bienestar	III-39
25. Crisis y cambio	III-42

Capítulo IV

CONDICIONANTES ECONOMICOS Y FINANCIEROS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. CRISIS Y CAMBIO

I. <i>Los hechos, a comienzos del siglo XXI</i>	IV-1
1. El cambio y su devenir.....	IV-1
1.1. Limitaciones del análisis.....	IV-1
1.2. El <i>status quo</i>	IV-3
1.3. Génesis y desarrollo de la crisis	IV-4
2. La crisis y el cambio de fin de siglo y comienzos del nuevo milenio... ..	IV-12
II. <i>La prospectiva</i>	IV-17
3. El futuro ahora previsible	IV-17
3.1. La solución o no solución estatal de conflictos sociales.....	IV-17
3.2. La regulación internacional es creciente	IV-18
3.3. La distribución y fractura mundial del poder estatal.....	IV-19
3.4. Autoridades regulatorias independientes	IV-20
3.5. La participación	IV-20
3.6. Seguridad exterior e interior.....	IV-21
3.7. La administración y la sociedad futuras	IV-22

Capítulo V

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Su objeto es el estudio del ejercicio de la función administrativa.....	V-1
2. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa	V-3
3. El contenido de la protección judicial.....	V-4
4. Es un derecho en formación. Conjeturas y refutaciones.....	V-8
4.1. El carácter primario, en formación, etc., del ordenamiento jurídico-administrativo	V-8
4.2. Las conjeturas y refutaciones en la ciencia del derecho administrativo.....	V-9

5. No es solamente derecho interno. El derecho administrativo internacional y el derecho administrativo global o mundial	V-11
5.1. El régimen administrativo internacional	V-13
5.2. El régimen supranacional de garantías individuales	V-17
5.3. El régimen supranacional contra la corrupción	V-18
5.4. Primeras conclusiones	V-18
6. Otros criterios excluidos.....	V-18
6.1. No se refiere exclusivamente a la administración pública	V-18
6.2. No sólo estudia las relaciones de la administración pública.....	V-20
6.3. No se refiere principalmente a los servicios públicos.....	V-21
7. El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas.....	V-23
7.1. Derecho público y privado	V-23
7.2. Los conceptos de fuente	V-24
7.3. El derecho administrativo como fuente u objeto de conocimiento	V-27
8. Definición de derecho administrativo.....	V-28

Capítulo VI

FUENTES SUPRANACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. <i>Introducción</i>	VI-1
1. El rango normativo.....	VI-1
1.1. Los antecedentes	VI-1
1.2. Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI	VI-3
1.3. Continuación. Los tratados o convenciones sobre integración económica.....	VI-6
1.4. La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI	VI-7
1.4.1. El conflicto entre derecho interno y supranacional. Los crímenes de lesa humanidad	VI-7
1.4.2. Un caso paradigmático.....	VI-8
1.4.2.1. <i>Male captus, bene detentus</i>	VI-9
1.4.2.2. Otros casos	VI-10
1.4.3. La interdependencia.....	VI-11
1.5. La interpretación de los pactos de derechos humanos	VI-11
1.6. Las soluciones amistosas o transacciones internacionales.....	VI-12
1.7. El arbitraje administrativo internacional.....	VI-13
2. Distintos tipos.....	VI-13
2.1. Tratados.....	VI-13
2.1.1. Con jurisdicción supranacional, internacional o extranjera	VI-13
2.1.2. Sin otra jurisdicción —para los individuos— que la interna	VI-14
2.2. El caso de la Convención Americana de Derechos Humanos	VI-14
2.3. Convención Interamericana contra la Corrupción	VI-16
2.4. La Convención Internacional contra el Soborno Transnacional (ley 25.319).....	VI-18
2.5. Otras fuentes.....	VI-18
3. Caracteres generales	VI-19
3.1. Derecho interno	VI-20
3.2. Derogación <i>ipso jure</i>	VI-20

3.3. Aplicación legislativa y jurisdiccional.....	VI-21
3.4. Carácter supranacional	VI-22
II. <i>Los principios supranacionales</i>	VI-24
4. Normas y principios supranacionales	VI-24
4.1. La cuestión de las sanciones por incumplimiento. La invalidación nacional	VI-24
4.2. La invalidación y condena pecuniaria supranacional	VI-25
4.3. Hacia la supremacía de la Convención y normas análogas y comunitarias	VI-26
4.4. La imperatividad de las normas y principios supranacionales.....	VI-26
4.5. La aplicación directa de las normas y principios supranacionales	VI-27
5. Los principios jurídicos supranacionales en general	VI-27
6. Los principios jurídicos constitucionales y supraconstitucionales.....	VI-28
7. La defensa en juicio como principio jurídico y sus aplicaciones	VI-29
8. El principio de razonabilidad. Introducción.....	VI-30
9. El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho	VI-33
10. El principio del debido proceso como garantía adjetiva	VI-35
10.1. En materia de actos administrativos	VI-35
10.2. En materia de normas generales.....	VI-36
11. El debido proceso como garantía sustantiva	VI-37
12. Campo de aplicación.....	VI-38
13. El análisis de los hechos.....	VI-39
14. La búsqueda de la solución más razonable.....	VI-40
15. La racionalidad irracional de la burocracia	VI-41
16. Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo	VI-42

Capítulo VII

FUENTES NACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. <i>La Constitución</i>	VII-1
1. La evolución de una perspectiva secular.....	VII-1
2. El orden jurídico supraconstitucional.....	VII-1
3. Los valores y principios supremos	VII-3
II. <i>La ley</i>	VII-3
4. Ley y función legislativa	VII-3
5. Clasificación de las leyes	VII-4
5.1. Leyes locales	VII-4
5.2. Leyes nacionales	VII-5
5.3. Los decretos-leyes o así llamadas “leyes” de los gobiernos de facto	VII-6
6. Las leyes de derecho administrativo	VII-7
7. Ámbito de la ley frente a la administración.....	VII-8
7.1. La regulación legislativa de la actividad administrativa.....	VII-10
7.2. La regulación legislativa de los “actos de gobierno”	VII-11
7.3. Conclusión acerca de la sumisión de la administración a la ley.....	VII-14
8. La administración frente a la ley inconstitucional.....	VII-16
III. <i>Los reglamentos</i>	VII-17
9. Concepto y clasificación de los reglamentos.....	VII-17

9.1. Introducción.....	VII-17
9.2. Concepto.....	VII-17
9.3. Clasificación y admisibilidad.....	VII-19
10. Los reglamentos y sus problemas.....	VII-21
10.1. Problemas y contradicciones.....	VII-21
10.2. La inderogabilidad singular de los reglamentos y la irracionalidad de éstos.....	VII-21
10.3. La exacerbación reglamentaria.....	VII-21
10.4. Otras limitaciones jurídicas a la seudo facultad reglamentaria.....	VII-23
10.5. Algunas limitaciones comunes.....	VII-24
11. La inderogabilidad singular y sus alcances.....	VII-24
11.1. El principio y sus aplicaciones.....	VII-24
11.2. Aplicación en materia de concesiones y licencias.....	VII-25
11.3. La inderogabilidad singular no se aplica a las normas antijurídicas.....	VII-26
11.4. Su aplicación en distintas clases de reglamentos.....	VII-27
12. Reglamentos de necesidad y urgencia.....	VII-27
12.1. La causa habilitante.....	VII-28
12.2. El órgano habilitado.....	VII-29
12.3. La materia legislativa habilitada.....	VII-29
12.4. El procedimiento administrativo de habilitación.....	VII-30
12.5. El procedimiento legislativo de habilitación.....	VII-30
12.6. Inargüibilidad del acuerdo implícito del Congreso.....	VII-31
12.7. Nulidad insanable, insusceptible de ratificación legislativa.....	VII-32
12.8. Necesidad y efectos de la ley ratificatoria. Plazo.....	VII-32
12.9. Inexistencia de potestad de veto.....	VII-33
12.10. Otros tests de constitucionalidad.....	VII-34
12.11. Supuestos de insusceptibilidad de ratificación legislativa.....	VII-34
12.12. La inconstitucionalidad tanto del reglamento como de la ley: Video, teatro, números vivos.....	VII-34
12.13. Habilitación de la vía judicial directa.....	VII-36
13. Reglamentos delegados o de integración.....	VII-36
13.1. El principio tradicional.....	VII-36
13.2. La Constitución de 1994.....	VII-37
13.3. A quiénes se puede delegar.....	VII-40
14. Reglamentos autónomos.....	VII-41
15. Reglamento de ejecución.....	VII-42
15.1. La reglamentación no es requisito previo para cumplir la ley.....	VII-42
15.2. Se refiere a la propia administración, no a los particulares.....	VII-43
15.3. No debe invadir otras materias reglamentarias.....	VII-43
15.4. No debe alterar el espíritu de las normas legales.....	VII-44
15.5. Es facultad principalmente del Poder Ejecutivo, no de órganos dependientes.....	VII-44
15.6. No se aplica a los tratados.....	VII-45
16. Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo.....	VII-45
17. El reglamento como fuente del derecho administrativo.....	VII-45
IV. Fuentes materiales del derecho administrativo.....	VII-46
18. Jurisprudencia. Concepto y alcances.....	VII-46
18.1. Imperatividad.....	VII-46
18.2. Arbitrariedad.....	VII-47
18.3. Los principios jurídicos.....	VII-47

18.4. La pseudo doctrina de algunos fallos.....	VII-48
19. La costumbre. Concepto y admisibilidad en general	VII-49
19.1. No es fuente habilitante de deberes de los particulares	VII-49
19.2. Es fuente de derechos	VII-50
20. La doctrina	VII-50
20.1. La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	VII-51
20.2. Doctrina de la Defensoría del Pueblo de la Nación.....	VII-52
20.3. La doctrina y el derecho comparados. Sus problemas.....	VII-52

Capítulo VIII

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Introducción.....	VIII-1
2. Relaciones con el derecho privado.....	VIII-1
3. Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.....	VIII-4
4. La transformación del derecho administrativo.....	VIII-6
5. Relaciones con el derecho constitucional y supraconstitucional	VIII-7
6. Relaciones con el ambiente y el derecho de los recursos naturales	VIII-9
6.1. Tierras	VIII-10
6.2. Aguas.....	VIII-13
6.3. Aire	VIII-14
6.4. Urbanismo	VIII-14
6.5. Minas.....	VIII-14
7. Otras relaciones	VIII-16
7.1. Relaciones con el derecho penal.....	VIII-16
7.2. Relaciones con el derecho internacional.....	VIII-17
8. Las ciencias jurídicas frente a las no jurídicas.....	VIII-17
8.1. La solución técnica y la solución jurídica.....	VIII-19
8.2. Derecho administrativo y economía.....	VIII-20
8.3. Derecho administrativo y ciencia de la administración.....	VIII-21
9. Perspectivas futuras de combinación del derecho administrativo con otras ciencias: La estadística	VIII-23
10. La psicología y sociología	VIII-24
11. La matemática	VIII-25
12. Derecho y lógica simbólica	VIII-27
13. Graficación de problemas jurídicos.....	VIII-28
14. Indicadores e índices jurídicos	VIII-28
15. Procesamiento estadístico.....	VIII-29
16. Cuantificación.....	VIII-29
17. Procesamiento cartográfico.....	VIII-30
18. Almacenamiento de datos jurídicos.....	VIII-30
19. La revolución informática: <i>Analytics</i> , <i>big data</i> y predicción legal cuantitativa.....	VIII-31
20. Otras perspectivas.....	VIII-33

Capítulo IX

LAS FUNCIONES DEL PODER

1. La división de los poderes y la libertad	IX-1
2. Soluciones y dificultades existentes	IX-3
3. Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica	IX-5
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo o sustancial)	IX-7
5. Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo.” Criterio mixto	IX-8
6. Concepto orgánico-material de función legislativa	IX-10
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional	IX-12
8. El problema de la “jurisdicción administrativa”	IX-15
9. Discrepancias terminológicas y de fondo	IX-16
10. El problema en la jurisprudencia. Introducción	IX-18
11. El recurso extraordinario no es revisión judicial suficiente y adecuada	IX-20
12. Actividad jurisdiccional de la administración y revisión judicial. Alcances del problema	IX-20
13. “Recurso” o “acción” judicial y facultades jurisdiccionales de la adminis- tración	IX-22
14. Alcance jurídico-político del problema	IX-24
15. Evolución en el derecho argentino del reconocimiento de facultades juris- diccionales a la administración	IX-26
16. El recurso extraordinario y las facultades jurisdiccionales de la adminis- tración	IX-28
16.1. Recursos rechazados	IX-29
16.2. Recursos admitidos	IX-30
16.3. Conclusiones sobre la jurisprudencia	IX-33
16.4. Una aclaración procesal	IX-34
17. El art. 109 de la Constitución nacional y la función jurisdiccional	IX-34
18. La supuesta distinción entre jurisdicción “judicial” y “administrativa”	IX-35
19. Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración	IX-37
20. Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes	IX-37
21. Resumen de las funciones del Estado	IX-39
22. Otros problemas	IX-39
22.1. La “jurisdicción voluntaria” y las leyes concretas	IX-39
22.2. Funciones de autoridades administrativas independientes	IX-40
22.3. Funciones administrativas de órganos no estatales	IX-42
22.4. Las funciones materiales del Estado	IX-43

Capítulo X

CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

I. <i>Acto, hecho, reglamento, contrato</i>	X-1
1. Conceptos clasificadores	X-1
2. Función administrativa	X-1
3. Actividad jurídica y no jurídica	X-2
4. Actos y hechos de la administración	X-2
4.1. La distinción entre acto y hecho, jurídico y no jurídico	X-2
4.2. Actos no jurídicos	X-4

4.3. Actos jurídicos.....	X-6
4.4. Hechos no jurídicos	X-6
4.5. Hechos jurídicos	X-7
5. Primera definición	X-7
6. Actos y contratos administrativos	X-7
7. Segunda definición	X-8
8. Actos unilaterales generales e individuales	X-8
9. Tercera definición	X-9
9.1. Nuestra vieja clasificación	X-9
9.2. La ulterior clasificación de MAIRAL	X-10
II. <i>Facultades regladas y discrecionales de la administración</i>	X-10
10. Introducción	X-10
11. Criterio de distinción.....	X-12
12. Aspectos que comprende la regulación.....	X-14
12.1. Regulación directa	X-14
12.2. Regulación indirecta o inversa.....	X-17
12.3. Regulación residual	X-18
12.4. Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”)	X-19
12.5. Discrecionalidad cero.....	X-21
12.6. Conclusiones	X-22
13. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales.....	X-23
14. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional.....	X-24
15. Los límites a la actividad discrecional	X-26
15.1. Razonabilidad.....	X-26
15.2. Proporcionalidad	X-28
15.3. No desviación de poder	X-29
15.4. Buena fe.....	X-30
16. Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y dis- crecional. La razonabilidad como control de ambas.....	X-31
17. La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad	X-32
18. Jurisprudencia de la Corte Suprema.....	X-33
19. Derecho subjetivo, interés legítimo, interés difuso o derecho de incidencia colectiva e interés simple	X-41

Capítulo XI

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. <i>Introducción</i>	XI-1
1. Algunas premisas	XI-1
1.1. Objeto del análisis	XI-1
1.2. El sujeto de la contratación	XI-3
1.3. La licitación pública y los pliegos	XI-4
2. La evolución del objeto contractual y su régimen jurídico	XI-7
2.1. Época primigenia	XI-7
2.2. Época intermedia, de las nacionalizaciones	XI-7
2.3. La reforma del Estado y después	XI-8
2.4. La reforma constitucional.....	XI-9
2.4.1. El art. 42.....	XI-9

2.4.2. Continuación. El art. 76	XI-9
2.4.3. El rol de los entes reguladores.....	XI-10
3. Un punto de inflexión en el desarrollo del contrato administrativo no monopólico o exclusivo	XI-10
3.1. La nacionalización de los servicios públicos concedidos.....	XI-10
3.2. El crecimiento del sector público, su contracción y nuevo crecimiento deficitario	XI-10
4. La evolución de la doctrina de los contratos de la administración	XI-12
4.1. La negación de la categoría de los contratos administrativos	XI-12
4.2. La negación del contrato civil de la administración.....	XI-12
4.3. La distinción clásica entre contratos civiles y administrativos.....	XI-13
4.4. Continuación. Los tres supuestos clásicos de contrato administrativo... ..	XI-14
4.4.1. Determinación de la ley. Crisis de legitimidad del DD 1023/01.....	XI-14
4.4.2. Voluntad de las partes	XI-15
4.4.3. El interés público de los usuarios afectados	XI-16
5. La gradación de los diversos contratos de la administración.....	XI-18
5.1. No hay sólo dos categorías de contratos de la administración.....	XI-18
5.2. La clasificación en tres categorías. En general	XI-20
5.3. Los contratos próximos al derecho común, interno o externo	XI-21
5.4. El contrato de derecho interno con relativa subordinación económica del contratista al Estado	XI-23
5.5. El contrato de derecho interno con subordinación del usuario al contratista y supremacía económica de éste	XI-23
II. <i>Los tres grandes tipos de contrato administrativo, en particular</i>	XI-24
6. La concesión o licencia de servicios públicos.....	XI-24
6.1. Necesidad de autorización legislativa	XI-25
6.2. Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios	XI-26
6.3. Control del monopolio y del abuso de posición dominante	XI-26
6.4. Reducción de ganancias excesivas	XI-27
6.5. Lesión	XI-28
6.6. Ausencia de libertad contractual	XI-29
6.7. Desigualdad jurídica de las partes.....	XI-30
6.8. Privilegio de la decisión unilateral ejecutoria.....	XI-31
6.9. Facultad sancionatoria	XI-31
6.10. Mutabilidad del contrato.....	XI-32
6.11. Efectos jurídicos frente a terceros	XI-33
6.12. Responsabilidad civil frente al usuario	XI-33
6.13. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario.....	XI-34
6.14. Inaplicabilidad de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	XI-35
6.15. Necesidad constitucional de un ente de contralor independiente	XI-35
6.16. <i>In maxima potentia, minima licentia</i>	XI-37
7. El contrato administrativo no monopólico o exclusivo	XI-37
8. El contrato “privado” de la administración	XI-40
8.1. En el derecho interno	XI-40
8.2. En el derecho externo	XI-41
8.3. El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural	XI-41
9. Conclusión	XI-43

Capítulo XII**LOS ÓRGANOS DEL ESTADO**

1. Concepto de órgano.....	XII-1
2. El órgano y el ente al que pertenece.....	XII-2
3. El órgano y el funcionario.....	XII-2
4. La actuación del órgano.....	XII-2
5. El criterio jurisprudencial.....	XII-4
6. La competencia.....	XII-5
7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función.....	XII-9
7.1. La competencia y los “postulados de la permisión”.....	XII-10
7.2. Crítica de la asimilación de capacidad y competencia.....	XII-10
7.3. Indevida extensión de la competencia al principio de libertad.....	XII-11
7.4. Relaciones con otros principios de derecho público.....	XII-11
8. Clasificación de la competencia.....	XII-13
8.1. Competencia en razón de la materia.....	XII-13
8.2. Competencia en razón del territorio.....	XII-14
8.3. Competencia en razón del tiempo.....	XII-14
8.4. Competencia en razón del grado.....	XII-15
9. Delegación.....	XII-16
10. Admisibilidad y caracteres de la delegación.....	XII-18
10.1. Revocación de la delegación de competencia.....	XII-19
10.2. Relaciones del delegante y el delegado.....	XII-19
10.3. Responsabilidad del delegante y del delegado.....	XII-19
10.4. Contralor por el delegante.....	XII-19
10.5. La subdelegación.....	XII-20
11. La avocación.....	XII-20
11.1. Comparación general con la delegación.....	XII-21
11.2. Procedencia de la avocación.....	XII-22
11.3. Conclusiones comparativas.....	XII-23
12. La jerarquía.....	XII-24
13. Principales órganos de la administración central.....	XII-26
13.1. El Presidente de la Nación.....	XII-26
13.2. El Jefe de Gabinete.....	XII-27
13.3. Ministros y Secretarios de Estado.....	XII-28
13.4. El Procurador del Tesoro de la Nación.....	XII-29
13.5. Direcciones Generales y Nacionales.....	XII-30
14. Autoridades administrativas independientes.....	XII-32
14.1. El Defensor del Pueblo.....	XII-32
14.2. La Auditoría General de la Nación.....	XII-35
14.3. El Consejo de la Magistratura.....	XII-37
14.4. El Jurado de Enjuiciamiento.....	XII-39
14.5. El Ministerio Público.....	XII-40
14.6. Entes reguladores y de control del poder económico.....	XII-41
14.7. Banco Central de la República Argentina.....	XII-43
14.8. Una agencia independiente del control de la deuda pública externa.....	XII-44

Capítulo XIII

AGENTES PÚBLICOS

1. La antigua distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público	XIII-1
2. Crítica conceptual.....	XIII-1
3. Continuación. Crítica legal	XIII-2
4. El personal regido parcialmente por el derecho privado; o laboral.....	XIII-5
4.1. Personal obrero en las empresas del Estado. Convenciones colectivas de trabajo	XIII-6
4.2. El personal contratado de la administración pública.....	XIII-7
4.2.1. El personal contratado por el derecho privado.....	XIII-7
4.2.2. Los representantes del sector privado en cuerpos colegiados de la administración pública	XIII-10
4.2.3. El personal contratado por el derecho público.....	XIII-10
4.2.4. El personal transitorio o jornalizado	XIII-11
4.3. Observaciones comunes	XIII-11
5. Excepciones dentro del régimen de la función pública	XIII-12
6. El personal “ad honorem” y “honorario”	XIII-14
6.1. La solidaridad social y su encuadre jurídico	XIII-14
6.2. La inexistencia de designación.....	XIII-15
6.3. La colaboración gratuita prestada a través de personas jurídicas.....	XIII-16
6.4. Los casos de designación formal.....	XIII-16
6.4.1. Las hipótesis de participación o representación formal en los cuerpos administrativos	XIII-16
6.4.2. Los casos de funciones administrativas sin representación política formal	XIII-17
6.4.2.1. Funcionarios honorarios.....	XIII-18
6.4.2.2. Funcionarios <i>ad honorem</i>	XIII-18
7. Régimen jurídico de los funcionarios excluidos del servicio civil.....	XIII-21
8. El contrato de servicios de consultoría.....	XIII-21
9. “Naturaleza” de la relación de empleo público	XIII-22
10. La estabilidad del empleado público	XIII-28
10.1. En general.....	XIII-28
10.2. El personal contratado.....	XIII-31
11. La responsabilidad	XIII-32

Capítulo XIV

CLASIFICACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS

1. Centralización, desconcentración y descentralización.....	XIV-1
2. Caracteres de los entes estatales descentralizados	XIV-2
3. Entes públicos no estatales	XIV-5
4. No hay entes estatales privados	XIV-6
5. Criterio para determinar si un ente es público o privado	XIV-9
6. Criterio para determinar si un ente es estatal o no	XIV-10
7. La prevalencia del derecho público sobre el privado.....	XIV-11
8. Autonomía y autarquía	XIV-12
9. Distintos tipos de personas jurídicas estatales, públicas y privadas.....	XIV-13
10. Entidades públicas estatales.....	XIV-13

10.1. Administrativas.....	XIV-14
10.2. Comerciales o industriales	XIV-15
11. Entidades públicas no estatales.....	XIV-18
11.1. Con participación estatal	XIV-18
11.1.1. Sociedad de economía mixta, con facultades o privilegios públicos	XIV-18
11.1.2. Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria	XIV-19
11.1.3. Asociaciones dirigidas.....	XIV-20
11.1.4. Entes reguladores no estatales	XIV-21
11.2. Sin participación estatal.....	XIV-21
11.2.1. Corporaciones públicas.....	XIV-21
11.2.2. Fundaciones e instituciones públicas no estatales	XIV-22
12. Entidades privadas.....	XIV-23
12.1. Con participación estatal.....	XIV-23
12.1.1. Participación estatutaria: Sociedades privadas de economía mixta.....	XIV-23
12.1.2. Participación no estatutaria: Tenencia de acciones de sociedades privadas	XIV-24
12.2. Sin participación estatal.....	XIV-24
12.2.1. De interés público.....	XIV-24
12.2.2. De interés privado.....	XIV-25

Capítulo XV

LOS ENTES REGULADORES

1. Introducción.....	XV-1
2. El que concede no debe controlar.....	XV-4
2.1. El que concede, ¿debe prestar?	XV-5
3. Derecho a su existencia.....	XV-5
4. Independencia y estabilidad.....	XV-6
5. Intervención, avocación, revocación; recurso de alzada	XV-7
6. Facultades regulatorias	XV-8
7. La audiencia pública.....	XV-11
8. El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa	XV-12
9. Acciones y recursos contra los actos de los entes reguladores	XV-13
10. Amparo.....	XV-14
11. Problemas de la apelación en la Capital Federal.....	XV-15
11.1. ¿Es “apelación” de “jurisdicción”?.....	XV-15
11.2. ¿No existe otra jurisdicción federal que la de Buenos Aires?	XV-16
11.3. La norma legal invocada.....	XV-16
11.4. Su alcance en la propia ley	XV-17
11.5. El usuario no es sujeto pasivo del ente	XV-17
11.6. El absurdo de millones litigando en Capital.....	XV-17
12. Jurisdicción federal y/o local: <i>In brevis</i>	XV-18
12.1. En general	XV-18
12.2. Poderes implícitos federales vs. poderes reservados provinciales.....	XV-21
12.3. El concepto de “legislación” o “jurisdicción” federal.....	XV-22
12.4. La cláusula del comercio interprovincial.....	XV-23
12.5. El ente regulador como establecimiento de utilidad nacional	XV-24

12.6. La norma constitucional actual: Art. 75 inc. 30.....	XV-25
12.7. La ley es la que fija la jurisdicción federal.....	XV-26
12.8. Permanencia del problema jurisdiccional.....	XV-27
13. <i>In extenso</i> : El comercio interprovincial.....	XV-28
13.1. Prohibición de aduanas interiores.....	XV-29
13.2. Tarifas, derechos, etc., de tránsito.....	XV-30
13.3. Su aplicación sobre el “peaje eléctrico”.....	XV-31
13.4. La navegación.....	XV-31
13.5. Las represas hidroeléctricas como lagos navegables.....	XV-32
13.6. Otras comunicaciones.....	XV-33
13.7. De nuevo sobre los establecimientos de utilidad nacional.....	XV-33
13.8. No hace falta el dominio, sino el fin.....	XV-34
13.9. No alcanza el dominio sin el fin.....	XV-35
13.10. La “Nación” comprende los entes autárquicos nacionales.....	XV-35
13.11. Lugares adyacentes.....	XV-36
13.12. Las normas constitucionales.....	XV-36
13.13. Derecho comparado.....	XV-37
13.14. Base legislativa de la jurisdicción federal.....	XV-38
13.15. Cuestión litigiosa permanente.....	XV-39
13.16. Navegación, comercio, establecimiento.....	XV-39
13.17. El caso del sistema eléctrico.....	XV-40
13.18. Algunos interrogantes.....	XV-40
14. <i>¿Quis custodies custodiat?</i>	XV-41
14.1. Introducción.....	XV-41
14.2. El Defensor del Pueblo nacional.....	XV-41
14.3. La Auditoría General de la Nación.....	XV-43
14.4. La Sindicatura General de la Nación.....	XV-43
14.5. Conclusiones preliminares.....	XV-44
15. Responsabilidad del ente regulador.....	XV-44
15.1. El derecho sustantivo.....	XV-44
15.2. La cuestión procesal.....	XV-46

PRÓLOGO

Jorge A. Sáenz

I

Quisiera que el privilegio que significa prologar este Tratado se transformara en una confidencia compartida con los lectores acerca de su autor, sus valores, sus objetivos, sus conductas, su metodología científica y la importancia de sus ideas para el desarrollo de las instituciones democráticas y el progreso social en la Argentina. Creo estar en condiciones para hacerlo. Soy un testigo privilegiado de la vida, la obra y la evolución del pensamiento de Agustín Gordillo. Más de cuatro décadas de diálogos y discusiones, de tarea docente en común en los claustros de las universidades públicas de Buenos Aires y de La Plata, y hasta haber compartido el “no estar” en la Universidad, cuando ambos fuimos expulsados (título honorífico si los hay) por la última dictadura militar de nuestros cargos de profesores titulares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a los cuales retornamos en 1985 –concurso público de antecedentes y oposición mediante– son, creo, títulos suficientes para opinar.

Lo primero que quiero decirles a los lectores es que Agustín Gordillo es un ser humano ejemplar, un gran científico, un gran profesor y un gran ciudadano. Trataré de explicar con claridad por qué lo afirmo tan enfáticamente.

Antes que nada, Agustín Gordillo ha demostrado ser, a través de estos cuarenta años, además de un maestro reconocido, un ser humano ejemplar. Y esta condición, que es la primordial, no viene dada con las dotes intelect-

tuales que por designio natural o divino lo distinguen, sino que depende de elecciones de conducta que no son fáciles en una historia académica como la nuestra, que no ha estado exenta de venganzas, injusticias y egoísmo, muchas veces alentados por los vientos de fronda del sectarismo y la mala política. La ejemplaridad se verifica, en el caso de un teórico brillante como Gordillo, cuando se puede constatar, a lo largo de esos cuarenta años, una coherencia entre la doctrina y la conducta. No hay desviaciones en la conducta pública o privada de Agustín Gordillo que pueda hacer decir a alguien que en los hechos haya desmentido lo que predicó acerca de la tolerancia con las ideas y las personas, la generosidad que debe tenerse en el aliento de las vocaciones docentes y científicas o que haya declinado la defensa de los derechos humanos y el imperio de la juridicidad.

Esta densidad humana en la calidad de Gordillo, que celebran y de la que están orgullosos sus amigos, sus colegas, sus alumnos y su familia, se encuentra ahora potenciada por los impulsos, sugerencias e ideas que incansablemente propone a las generaciones más jóvenes, transmitiéndoles con el ejemplo la importancia de preservar aquella unidad entre las ideas y las actitudes, que es invaluable para su formación.

También, y no es lo menos importante, debo señalar que ha trabajado y actuado con humildad y con respeto por los demás. Nunca le escuché a Agustín Gordillo en estos cuarenta años referirse despectivamente a algún colega o autor. Nunca lo observé en ninguna combinación espúrea para ganar una posición o para evitar que alguno la lograra. Las discrepancias las mantuvo en el plano de las ideas, y las expuso con franqueza y con fundamentos. No recurrió a la “espiral de silencio”, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones académicas o profesionales, públicas o privadas. Esta nunca fue una característica en la actuación de Gordillo, que por el contrario, lo repito, se ha comportado como un ser humano ejemplar uniendo su doctrina y su conducta, lo que me place testimoniar aquí.

Agustín Gordillo es además un gran científico. Ha sabido explicar por qué se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que toda verdad es provisoria, que toda afirmación está sujeta a discusión y refutación y que

sólo ese proceso asegura el progreso de la ciencia. Emprende en su obra una cruzada intelectual contra el ídolo de la certidumbre, fundado en las tesis de Popper y en la teoría del lenguaje que domina sólidamente, y esta estructura metodológica, transformada en convicción científica, aplicada con rigurosidad, hace que su actitud de tolerancia, pasó de lo que pudo ser en principio una elección moral a fundarse, además, en una tesis científica precisamente sobre la ciencia misma.

La asunción de esta tesis no es ajena, desde luego, a la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder. No debe perderse de vista, en este sentido, que el autoritarismo y el ejercicio del poder en el plano de la ciencia se manifiesta a través del dogmatismo, considerando equivocado (y a veces, como dije, hasta enemigo) a quien no piense como nosotros, desconociendo que la refutación y el error también integran la ciencia porque inevitablemente forman parte del camino de su progreso.

Esta categoría de gran científico del derecho, que lo ubica definitivamente entre los grandes juristas que ha producido América Latina y lo distingue como uno de los mejores del mundo, porque su obra es perfectamente equiparable a la de los autores europeos de mayor renombre, no ha impedido que Agustín sea, a la vez, un gran profesor. No encerró a sus lectores y discípulos en una catedral gótica de citas y catálogos de teorías e informaciones, a pesar de contar con la erudición suficiente para hacerlo. Creo que esto afortunadamente pasó porque Gordillo ha accedido a la categoría mayor de profesor, que es la de maestro. Así como cuando somos ayudantes decimos más de lo que sabemos citando de segunda mano a autores y fallos que no leímos, y sólo cuando llegamos a ser profesores decimos nada más que lo que sabemos, ganándonos el derecho a confesar lo que no sabemos, cuando se llega a maestro se dice sólo lo indispensable y necesario para la circunstancia. Se llega a dominar en ese momento de la madurez científica e intelectual el arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento completo de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o meramente decorativo. Gordillo ha llegado a esa etapa de su desarrollo docente y así es reconocido internacionalmente.

Esta característica de Agustín Gordillo es valorada fundamentalmente por sus alumnos de pregrado y posgrado, que adquieren en sus cursos un

sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican, una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no sólo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Lo que llevo dicho sería incompleto si no dijera que Agustín Gordillo no sólo es un gran ser humano, un gran científico y un gran profesor, sino también que es un gran ciudadano. Y lo es porque ha elaborado una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales de los habitantes, marcando a fuego a las teorías jurídicas y dentro del derecho administrativo a varias que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, mas allá de la buena fe de sus autores.

Esta síntesis necesariamente breve de la personalidad de Gordillo, que por esa calidad de testigo privilegiado de su trayectoria que tengo, por el largo camino que recorrimos juntos, y en nombre de los acuerdos y desacuerdos que tuvimos y de las dudas y encrucijadas a las que nos enfrentamos, creí que podía y debía compartirla con ustedes, que están por acometer la aventura intelectual de discutir, acordar o discrepar con los innumerables argumentos y enfoques novedosos que el Tratado les pondrá por delante.

II

He dicho algo sobre la calidad científica del trabajo de Gordillo. Quisiera tomar un solo ejemplo, de los tantos que van a encontrar en las páginas de su obra: el tratamiento del concepto acerca de la función administrativa. Gordillo se ocupó en sus primeros aportes teóricos de delimitar metodológicamente el objeto de su ciencia, a partir de que le había adjudicado al Derecho Administrativo la finalidad de estudiar “el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”. Lo que quisiera comentar brevemente, a los fines limitados de esta introducción, son tres aspectos de esa elaboración doctrinaria, en tanto definen rasgos típicos de su estilo científico: el primero se refiere

a la perspectiva utilizada para estudiar la cuestión, el segundo al procedimiento de confrontación del resultado de la investigación teórica con la realidad política nacional, y el tercero la vinculación de estos dos pasos con un tercero, que contiene sus propuestas sobre la instauración de prácticas democráticas en la Argentina, con directa incidencia sobre el ejercicio de la función administrativa.

Respecto de la primera cuestión, debo destacar que el proceso de análisis sobre la función administrativa, si bien está centrado en una perspectiva normativa, no está limitado a ella. En sus obras tempranas está claro que el problema de las funciones del Estado, como empírica e históricamente las conocía en ese momento, con cometidos prestacionales y protectores legitimados por la eficacia, constituían una realidad más compleja que la tratada por la doctrina corriente, lo que motivó, creo, que no limitara su abordaje al de la perspectiva de la pureza positivista heredada de los fructíferos embates kantianos y neokantianos contra el cameralismo y sus sucesores.

Por el contrario, advirtió desde entonces, en una tendencia que se acentuó en su obra posterior, que el derecho es una ciencia que opera sobre un sector de la realidad y que no puede conocerse en profundidad ni pretenderse un cambio de esa realidad que sirva a la justicia, si la reflexión teórica se limita al plano del análisis normativo. Es notable cómo desde sus primeros trabajos considera al derecho como una disciplina humanística que no separa sino que integra las normas con los hechos históricos sobre la que opera y con los juicios valorativos que en la interacción de una y otra van construyendo la práctica social. Este permanente juego dialéctico entre los planos del ser, del deber ser y de la crítica axiológica, lo lleva a insistir en la necesidad de que la formación del jurista y su propia investigación científica estén apoyadas en el conocimiento de la economía, la filosofía, la sociología y la historia, que deben iluminar indefectiblemente la tarea de aplicación e interpretación del derecho a las situaciones concretas, y estar presentes para poder valorar en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso.

En esa línea, realizó la crítica de las tesis que eran de recibo en ese momento, sobre si la función administrativa es una actividad o es la organización que la desempeña o es un residuo. Agustín se alejó de esa

discusión secular aunque no la rehuyó, planteando su propia posición, que ha demostrado a través del tiempo ser de una gran utilidad ordenadora y a mi juicio superior a muchas formulaciones europeas clásicas, donde la discusión, luego de muchos años se abandonó, al reputarse inviable la definición objetiva de administración (el fin de la polémica por agotamiento ha sido certificada nada menos que por el gran Giannini).

La definición que propone, como la verán desarrollada en el Tratado, es, dentro de su criterio científico que explica previamente, más bien de tipo estipulativo, es decir no intenta ser una verdad dogmática ni describir la esencia de la administración. Es producto de la investigación acerca de qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual por parte del derecho. De tal manera, la definición resulta más nítida, más clara y más útil, ya que al partir de otro criterio que el subyacente en las definiciones dogmáticas clásicas de la función administrativa, nos coloca en una perspectiva diferente y explícita, y que, la compartamos o no, nos permite decidir críticamente, como lectores, si la lista de características que justifican que la palabra definida pueda aplicarse a un sector de la realidad es útil o conveniente para el desarrollo teórico de la ciencia.

El segundo aspecto que quería destacar es que Gordillo no aísla a esta reflexión teórica dentro de un sistema conceptual abstracto. Por el contrario, la confronta con la realidad, como es característica de toda su obra, que no limita sus aportes a la consideración de la legitimidad formal de las instituciones, tomándolas sólo como distribuidoras de funciones, sino que comprometidamente se expide sobre la legitimidad sustantiva del Estado, examinando en qué medida ese Estado y esa administración ponen en acto (o no), a través del ejercicio concreto de la función administrativa, antes conceptualizada, valores, ideas y proyectos colectivos, para saber a que tipo de práctica social sirven. No debe olvidarse, aún cuando no desarrollo por razones obvias este aspecto con la extensión que merece, la importancia que desde el punto de vista de las libertades públicas tiene la impugnación largamente argumentada que hizo Gordillo de las pretendidas funciones legislativas o jurisdiccionales de órganos pertenecientes a la organización administrativa.

En este orden de ideas, ubicó a la función administrativa, en la medida que comprende a la totalidad de las actividades del Poder Ejecutivo (además, pero secundariamente, de las de los otros poderes que no sean

materialmente su función principal) en una posición subordinada a la legislación y a la jurisdicción, dentro del equilibrio teórico de los poderes diseñado por la Constitución. No obstante, verificó en la realidad el desequilibrio real, consistente en que los poderes legislativo y judicial están en los hechos subordinados al ejecutivo. Hace más de treinta años Gordillo explicaba que ello se debía a la necesidad política de los legisladores de contar con cargos públicos para atender a su clientela y sus corruptelas, nombramientos que sólo el Poder Ejecutivo podía proporcionar, además de señalar agudamente que el liderazgo político del presidente anulaba también la función de control del Poder Legislativo y aún la del Poder Judicial, cuando aplica con excesiva benevolencia el *self restraint* y los diversos criterios limitativos de su atribución de juzgar la actividad de los otros poderes.

Este aguerrido juicio de Gordillo no recibió la adecuada atención en la discusión académica, que prefirió quedarse en el nivel de las definiciones pretendidamente descriptivas de un orden institucional que no existía. La historia subsiguiente fue ciertamente nefasta: de la distorsión del sistema constitucional se pasó a su desconocimiento total con la instalación de las dictaduras de 1966 y 1976. Y como tampoco se tomaron en cuenta esas lúcidas críticas después de 1983, es que hoy vivimos bajo una situación de quiebra difícilmente remediable del sistema de división de poderes, que compromete seriamente el futuro de la democracia representativa.

Inclusive no puede soslayarse que la relativización intensiva del sometimiento de la Administración a las órdenes judiciales, se vincula en la Argentina a tales vicisitudes, que jalonaron, a lo largo de varias décadas, la liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder entre el Legislativo y el Ejecutivo, que puede verificarse a través de la validación de los decretos-leyes (tesis de la continuidad), la utilización indiscriminada de la delegación legislativa (con legitimación por parte de la justicia, ratificación legislativa en bloque posreforma constitucional de 1994 y uso actual de su artículo 76) y de los decretos de necesidad y urgencia (legitimados *ad nauseam* por la Corte) y la limitación de la función del Congreso a aprobar los proyectos preparados y originados por el Poder Ejecutivo,

muchas veces bajo una presión inadmisibles y la amenaza anticipada del ejercicio de la facultad de veto.

Y, por otro lado, en la constatación del dato de que el desarrollo del Estado implicó, además, la multiplicación normativa de origen administrativo, signo externo del cambio de su racionalidad interna. El resultado fue que la tajante distinción entre ley y acto de la administración aparece como superada, no por la teoría sino por la realidad, con la resultante de que el Ejecutivo, como poder tecnificado, pasa a ocupar el lugar decisivo, no solo en la función de elaboración legislativa, sino en todo el proceso normativo. Es, como quedó dicho, el programador de la actividad parlamentaria y emisor *per se* de normas generales en todos los ámbitos. Ello derivó en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de hecho que tiene hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el “interés general”, frente a lo cual la reserva de los derechos del ciudadano quedó en la “administración de justicia”, en la que, según los criterios administrativos, ha devenido la verdadera naturaleza del “Poder Judicial” de la Constitución. Este desequilibrio flagrante de la organización constitucional de los poderes ha quebrantando de manera grave y difícilmente remediable el sistema mismo de la democracia representativa, lo que vuelve más valioso que nunca atender a las críticas y propuestas de Gordillo para remediarlo.

A ello va dirigido el último aspecto que quería destacar. La definición de la función administrativa y la insistencia en su posición subordinada respecto de la legislación y la justicia, integra una visión de las condiciones de lo que se conoce como estado de derecho y más particularmente como estado social de derecho. Gordillo atendió vigorosamente este problema destacando la falta de contradicción entre el estado de derecho clásico, en tanto defensor de los derechos individuales, y el estado de bienestar, como interventor activo para lograr la “libertad de la necesidad”. Ahora bien, pronunciarse sobre si en la Argentina contamos con un estado social de derecho, atendiendo a la práctica social respecto de la extensión y modalidades de ejercicio de la función administrativa, implica la adopción de criterios acerca de qué notas definitorias se convenga en considerar relevantes para definirlo y el punto en que se acuerde dejar de hacer distinciones, sobre todo después que el estado, de ser el gran demiurgo de la historia, pasó a ser el gran demonio de la historia.

En términos muy generales, a casi todas las etapas históricas del Estado argentino se las ha calificado frecuentemente como “de derecho” recurriendo para ello al expediente de definir sin confrontar con la realidad, con un enfoque formalista y tecnocrático de la estructura de los poderes públicos, que afirma la vigencia general del principio de legalidad, apareciendo sus violaciones como meras anormalidades contingentes que encontrarán su remedio a través de los recursos administrativos y judiciales, aún con sus imperfecciones. De tal manera, si entre las instancias de la “idea del estado de derecho” y la “concreción histórica” de ese tipo de estado, nos limitamos a considerar relevante sólo a la primera, ello nos proporcionará necesariamente una versión incompleta y acaso engañosa de la cuestión que se está examinando, ya que esa perspectiva impide que se tomen en cuenta los vicios estructurales que impiden el goce efectivo de los derechos y libertades de los ciudadanos, o sea la negación de los requisitos mínimos para que aquel tipo de estado se configure.

Por tal razón cobra una importancia decisiva en la metodología de nuestra materia esta característica de la obra de Gordillo, consistente en la confrontación de la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión, que no son inocentes desde el punto de vista de la valoración, toda vez que debe analizarse si son pertinentes los rasgos que se seleccionan cuando se agrupa un caso dentro de cierta categoría. La discusión sobre estos criterios de inclusión recibe de Gordillo un impulso más que decidido y nos invita a todos a participar en ella, al considerar que el Estado no es un dato dado sino una construcción, el producto y la expresión de una cultura y sus contradicciones, siendo el papel del intelectual elaborar teoría acerca de su funcionamiento y de su articulación con la sociedad civil, haciéndolo portador de proyectos colectivos que aseguren y que garanticen la integridad y la cohesión social.

En este orden, quiero destacar que Gordillo, verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (*lato sensu*), que problematizan su inclusión en la categorías de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa, volcó buena parte de su esfuerzo teórico en examinar las nuevas condiciones de ejercicio de las funciones estatales, básicamente la administrativa, a través de la participación de los ciudadanos en el espacio público, como actores eficaces en la

formación de la voluntad general, colocándose en la línea más avanzada respecto de la concepción de la democracia.

Desde este punto de vista, la caracterización del estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser “condicional” en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones. Entre ellas quiero citar la abundante producción de Agustín acerca de la participación activa de la sociedad civil como requisito indispensable de la democratización, el estado de bienestar y su crisis, la exigencia de un principio fuerte de igualdad, la libertad positiva, los derechos económicos y sociales, las precondiciones sociales de la libertad, la extensión de la legitimación procesal para activar las decisiones jurisdiccionales, las reformas judiciales, la descentralización, la imperatividad de las normas internacionales, los medios para combatir la corrupción, la reivindicación del equilibrio constitucional de poderes, la impugnación a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia y el control estricto sobre las concesiones de servicios públicos, entre otros. Lo que implica volver de la realidad a las ideas para corregir la gravísima distorsión de su realización histórica concreta. En especial, y para terminar, quiero recordar con gran reconocimiento sus trabajos desde hace treinta años acerca de la participación de los usuarios en las empresas de servicios públicos, la generalización del procedimiento de audiencias públicas y la defensa de los derechos de incidencia colectiva, aspectos que hoy están en el centro de la escena.

Los temas que he enumerado son tal vez los centrales del debate actual acerca de la reformulación del estado democrático de derecho. Gordillo los inserta, coordina y relaciona con los tópicos clásicos del Derecho Administrativo, cuyo tratamiento corriente excede largamente, porque estamos en presencia de un jurista completo e integrador, que domina el Derecho a secas, más allá de especializaciones acotadas artificialmente, cada vez más insostenibles. Es por esta característica del autor, precisamente, que ha podido acometer con tanta fortuna el desarrollo de un Tratado completo sobre la materia, que a partir de ahora quedará a merced de vuestras inteligencias críticas. Podría asegurar sólo una cosa: aunque no estén de acuerdo con una sola de las reflexiones teóricas de Gordillo, el pasaje por la discusión de sus argumentos no será una operación cultural estéril, sino, por contrario, extremadamente enriquecedora.

Así como en el teatro isabelino el prólogo estaba a cargo del actor que adelantaba el tema del drama, quise advertirles en estas páginas previas, lo inevitablemente arduo que resultará el trabajo intelectual de dialogar con Gordillo, mediante la lectura del Tratado, interacción que, a través de los acuerdos y refutaciones que surjan, promoverá sin duda alguna el progreso de nuestra ciencia.