

# CAPITULO 1

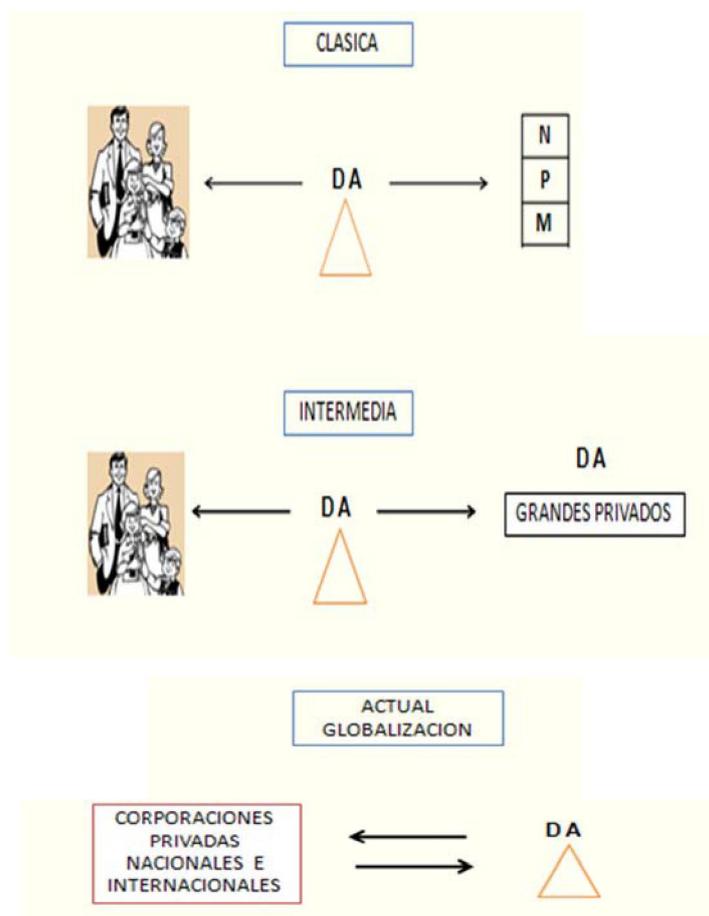
## Repensando el derecho administrativo

*Homero Máximo Bibiloni*

### Una visión más entendible del derecho administrativo en su funcionamiento

Si bien no es en nuestra materia Administrativo II donde se explicita el concepto de la Administración y del derecho administrativo, creemos que por autosuficiencia es necesario hacer unas breves consideraciones situacionales (dogmáticas, prácticas, y político institucionales).

Para ello intentemos algunas visualizaciones:



La historia nos indicó que en los inicios el Estado –en un sentido amplio-, sobre distintos supuestos y creencias, determinaba un poder no cuestionable.

Posteriormente se advierte la necesaria presencia del derecho administrativo con un sentido de protección del individuo ante el Estado, el cual puede restringirle derechos pero hasta un cierto punto.

Una nueva etapa supone un fortalecimiento del derecho administrativo en orden a regular actividades otrora públicas, que fueron traspasadas al sector privado.

Pero igualmente lo privado e individual se mantiene omnipresente, como una suerte de paradójica tolerancia de lo privado sobre el régimen público, lo cual se trasunta en normas administrativas de protección y garantía.

En nuestros tiempos de un mundo globalizado, no sólo debería suponer repensarse estas concepciones, sino advertir la fuerte necesidad de darle un sentido más social, e igualmente fortalecer la presencia pública y regulatoria ante la acción de grandes corporaciones transnacionales, que en muchos casos facturan más que los montos de los presupuestos provinciales, e imponen condiciones no siempre beneficiosas para los individuos (1), pero sí para sus balances, accionistas y directivos.

Y tal como veíamos en las gráficas siguientes estos terceros cuyo grado de sensibilidad, comprensión de los problemas, y resolución de los conflictos con sus contrapartes relacionales, está guiado por un concepto de lucro (legítimo por cierto), culmina inexorablemente orientando sus decisiones y conductas operativas en detrimento de los más débiles (usuarios, consumidores, o ciudadanos en general).

El mercado no se autorregula, no derrama, ni es generoso.

## **La administración, el mercado y lo administrativo**

Cuando hablamos del cable o internet, de los colectivos, del subte, de trenes, de comunicaciones, cadenas de comercialización de productos, gas, agua, luz como servicios públicos, el derecho administrativo está visible o invisiblemente presente.

Estas necesidades sociales no se dan por generación espontánea, o las ejecuta la propia administración o las realiza un privado pero se requiere de la presencia pública para nivelar desigualdades, o para ejercer un control para que dichas actividades se hagan conforme leyes, autorizaciones dadas, o pliegos de licitaciones que rigen la contratación de que se trate.

Es decir que la igualdad legal pregonada por la Constitución no se da naturalmente en las reglas de juego de la sociedad y del mercado, sino que es una garantía exigible, y en caso de incumplimientos o situaciones de no igualdad el estado de derecho permite (a través de diversas formas de peticiones administrativas o judiciales, o con el dictado de normas) recobrar ese derecho constitucional de vieja data en nuestra historia.

Nos levantamos y al prender la luz, ducharnos, y desayunar ya hemos tomado contacto con el derecho administrativo a través de los servicios, pero aún mucho más temprano en nuestras

vidas al inscribir nuestros padres el nacimiento en formularios de los Registros de las Personas ya nos insertaron al mundo que rodea a este derecho, y luego con el otorgamiento del documento, su renovación o en la provincia en la cual podemos ser sus alumnos o docentes, o en el Municipio para reclamar porque las calles tienen baches, pero indirectamente en el resto de las relaciones prestacionales de nuestras sociedades.

Pero el mundo está cargado de desigualdades, y en los sistemas capitalistas en donde el lucro es la esencia, los límites de obtención de la misma van en detrimento siempre del mismo sujeto: el consumidor, el usuario, no importa como la propaganda pretende disfrazar los beneficios que se reciben de comer un chocolate, andar en un cierto auto, o tomar una bebida refrescante.

Y toda esa cantidad de cosas que consumimos y las formas de que ellas se produzcan es lo que se llama EL MERCADO, como una cosa anónima, inencontrable, sin cara y sin nombre, pero que en rigor tiene nombre y apellido y necesita ser regulado, controlado.

El mercado privado no se autoregula, se expande siempre, hasta el límite del estrangulamiento del ciudadano, consumidor o usuario, en un lugar dado y cuando se acaba todo se traslada a otros sitios nuevos más prósperos.

Es por ello que la barrera entre el mercado representado por grandes corporaciones es el estado nacional y soberano a través de la administración pública, las normas de derecho administrativo (reglamentos, resoluciones, disposiciones, etc.) sancionarlo o conducirlo en función del bien colectivo.

Reconocen estas marcas en su vida cotidiana: ¿hay alguna nacional?



Pues bien el derecho administrativo, en concurrencia muchas veces con el derecho privado hace de fuelle entre las actividades y productos que ellas hacen o generan y las que nosotros consumimos.

## Irradiación administrativa y exorbitancia

A nivel de imagen diríamos que se irradia a todo lo que nos rodea desde el momento mismo en que nacemos.



Las autoridades pueden obligarnos a desviar en una esquina , a retirar los vehículos de un lateral de la calle si existen mercados de frutas y verduras en las avenidas, a colocar el cartel de una calle en nuestra vivienda, a detener nuestra marcha para controlar carnet, cedula verde, impuestos, seguro, etc. de un vehículo, a que arreglemos la vereda si está rota siempre que un tercero no deba responder por ello ( sería el caso de la empresa de gas que colocó un tendido nuevo y arregló debidamente las instalaciones, etc.)



Pero este conjunto de facultades tiene como justificativo profundo, que detrás de estas atribuciones extraordinarias la Administración está persiguiendo un bien más positivo que nuestra restricción en favor del conjunto, en suma es nuestro aporte para que todo ande mejor sobre la idea de la organización que brinda la administración pública y el derecho administrativo como su armadura estratégica, pero a partir de que tales conductas se basan en una legalidad predeterminada.

Estas imágenes dan cuenta de ese diferencial de posición jerárquica por un lado, en donde la administración no es un par, y está en un escalón superior y de poder ejecutable por parte de la administración:



Hay un elemento central y propio del derecho administrativo que al ser público posee cualidades diferenciales a otros derechos de naturaleza privada en donde hay igualdad de partes. Con relación a la administración nosotros los ciudadanos no somos iguales, por cuanto por razones de necesidad social y de convivencia, la administración posee un plus sobre nosotros para que toleremos, aceptemos, ejecutemos ciertas conductas o acciones, que hasta nos pueden ser impuestas por la fuerza, siempre que la ley lo autorice.

Por ello la actividad regular de lo que entendemos por Administración se soporta sobre un piso de legalidad, que viene a funcionar como el chasis a un vehículo, es decir es el soporte o plataforma desde donde puede moverse articuladamente.

## Presunción de legalidad

Ahora bien como afortunadamente desde 1983 hemos recuperado el estado de derecho, es decir con gobiernos elegidos por el conjunto de los ciudadanos en votaciones obligatorias y secretas, es imperioso que la administración se maneja a partir de normativas que la autoricen.



## Deshumanización en la consideración de nuestro derecho administrativo

Cuando se estudian los institutos de derecho administrativo, rápidamente se advierte de lo abstracto de los mismos. Son todas categorías conceptuales sin anclaje con la realidad y sus actores cotidianos.

Los contratos son cosas que suceden vaya saber dónde, pero no se los vincula con gasas de hospitales, edificios para escuelas, redes de gas, limpieza de edificios, el camión recolector de residuos, la luz de las calles, la pavimentación de mi cuadra, la universidad en la que estudio, etc.

Los “procedimientos” materializados en los expedientes son un conjunto de papeles que no contienen nada humano en ello, sino pases, requisitos, datos, y formas, pero quizás una prótesis para una operación dependa de esos “papeles”, o una jubilación luego de años de trabajo. Es decir que cada expediente contiene un ser humano en su interior.

Los “agentes” del régimen de empleo no son nuestros tíos/as, hermanos/as, amigos/as, conocidos/as o padres, o nosotros mismos, que quieren o no capacitarse, ascender, trabajar mejor, tener un aumento, sino sujetos impersonales, sin rostro ni humanidad.

Y así seguimos hablando desde un laboratorio jurídico que se instala en las aulas, en paralelo al mundo real que está absolutamente teñido de actividad y funciones administrativas, instituciones y regulaciones que le son propias.

De allí es que resulta necesario recuperar la noción y finalidad humana desde el aprendizaje de los diversos institutos de la materia, en el día a día de las administraciones públicas, y empezando por lo municipal pasando por lo provincial y llegando a lo nacional, amén de las regionalizaciones de todo tipo que son cada vez más crecientes.



## El derecho administrativo no es una sucesión de fotos

Las enseñanzas del derecho administrativo perfilan sus instituciones (administración, contratos, empleo, organización, servicios, acto, control etc.) de una manera absolutamente fotográfica, es decir una descripción de su historia y evolución, naturaleza jurídica, normativa previa y vigente, jurisprudencia anterior y actual, y la descripción de cómo funciona la norma, pero no la norma en una realidad dada, que centralmente es dinámica, compleja y controversial.



SER:



DEBER SER:



## Vinculaciones contextuales



El derecho administrativo está vinculado y se expande circularmente como gota de agua articulando con otras ciencias, pero en general la tradición hace que lo veamos aislado, salvo en la introducción de los libros.

En efecto, está vinculado a:

- la Sociología,
- a la Economía,
- a las Ciencias de la Administración,
- a la Ciencias Políticas,
- con las Matemáticas: Si bien es cierto, es una ciencia exacta, también lo es que tiene una relación con el derecho administrativo y que puede ser utilizada en diferentes momentos como ejemplo ley de ingresos y presupuesto de egresos de la federación.
- Con la Historia,
- Con el Derecho Constitucional y otras ramas del derecho público y privado en tanto tiene un alto grado de transversalidad.

Y así como lo hemos relacionado a otras ciencias, no podemos dejar de adelantar que este derecho que estudiamos no nació dentro de un repollo, no es neutro, incoloro inodoro e insípido, sino teñido fuertemente por lo político, básicamente por el derecho constitucional que no es sino la expresión de la máxima legalidad de quien obtiene el poder en un tiempo histórico y en una sociedad dada. Cuando en nuestro país el estado de derecho fue arrasado por dictaduras militares, 1955, 1963, 1976, en épocas más cercanas lo primero que hicieron los militares fue establecer una nueva norma fundamental, él último en 1976 lo llamaron Estatuto para la Reorganización Nacional.

## Fuentes tradicionales y actuales

Agustín Gordillo (2) lo dice muy claramente en cuanto dos niveles de fuentes sean estas formales o materiales.

Las primeras serían aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable (normas en sentido amplio conforme el clásico esquema de la pirámide normativa y la jurisprudencia), y las segundas las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras (hechos políticos manifestaciones, reclamos, etc.) (3)

Pero en el esquema de la globalización no hay país que pueda quedar fuera de ciertas normas que inciden desde el nivel supranacional en el nivel subnacional, es decir puertas adentro de cada país. Y ciertamente nuestro derecho administrativo está cargado de estas normas, que al menos en lo cotidiano no surgen como de referencia obligatoria, aunque son normas aplicables. (4)

Existe por supuesto una referencia constitucional que da pie a estas integraciones y nuevas jerarquías administrativas. (5)

- Art. 31 CN.
- 75 inc. 22
- 75 inc. 24 de donde surge la integración como estrategia asociativa para enfrentar por parte de países emergentes como el nuestro el reto en las diferencias asimétricas con otras potencias o acuerdos regionales internacionales (NAFTA; UE, etc.).

Alcanzando temas relativos a derechos humanos, crimen, corrupción, lavado, aspectos vinculados al tráfico de drogas, y en algo donde el derecho administrativo participa activamente es en los acuerdos de financiamiento externo con obras, servicios y provisiones incluidas, y los tratados de inversiones recíprocas en donde acudiendo al CIADI (6) las ex concesionarias o prestatarios de servicios públicos reclamaron derechos contra el país.

## Concepto de nuestro objeto

Alguna definición de las muchas que tiene el derecho administrativo puede ser esta:

“La rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”. (7)

Y en función de ella trataremos de ubicar lo central de los conceptos en la mirada del ciudadano.

Es derecho público.

Regula lo relativo a la administración pública sea nacional, provincial o municipal.

Con lo cual es un derecho local en relación a esos niveles de administraciones públicas.

- Se ocupa igualmente de aquellas tareas o actividades que sin ser sentencias o dictado de leyes se cumplen en el seno del Poder judicial o Legislativo, las que se conocen como funciones administrativas que son iguales a las que suceden en los ámbitos ejecutivos (empleo, contratos, control, procedimientos, etc.) es decir no hay diferencias entre contratar la compra de resmas de papel en la justicia, en la legislatura o en el Municipio con independencia de las tareas que la Constitución les haya asignado.
- Estudia todo lo relativo al sistema jurídico a partir del cual la administración se organiza para cumplir los cometidos públicos que la Constitución pone en cabeza del Poder Ejecutivo.
- No hay forma de lograr resultados o concretar actividades si no tenemos algún tipo de organización, pues bien la administración pública tal como veremos en el capítulo 2 es una organización compleja.
- Regula la relación de todos nosotros los ciudadanos con esas administraciones nacionales, provinciales o municipales con los cuales nos vinculamos: como contribuyentes, como usuarios de los servicios públicos, como alumnos en sus escuelas o universidades, como pacientes cuando vamos a sus hospitales, cuando transitamos por las calles y plazas de nuestras ciudades, cuando pedimos autorizaciones o hacemos expedientes para poder habilitar un comercio, cuando reclamamos por prevención y seguridad a las fuerzas del orden, etc.
- En la regulación de la vida social, alcanza también a las personas jurídicas en su interacción con la propia administración y en las vinculaciones que estas establecen con nosotros, los simples ciudadanos – personas de a pie -: v. gr. la autorización y la calidad de los productos alimenticios, la instalación y funcionamiento de celulares, la prestación de telefonía e internet por cable, la regulación para instalar industrias, poner bancos, es decir todo lo que rodea a la sociedad en la que vivimos pasa por algún nivel de relacionamiento con una porción de Administración Nacional, Provincial o Municipal en las variadas formas en que ellas se muestran.

## Referencias

(1) Ver estos videos sobre usuarios. El cortometraje español "036" que parodia la burocracia administrativa triunfa en la Red <http://www.youtube.com/watch?v=UZ5zJpC8GKo>

La Venganza del usuario

[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=nTXtI1v8EMY](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=nTXtI1v8EMY)

Usuarios indignados [http://www.youtube.com/watch?v=YO\\_yrGcAuiM](http://www.youtube.com/watch?v=YO_yrGcAuiM)

(2) [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo5/01/01-capitulo5.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf)

(3) Marchas docentes por las paritarias que no se resolvían, el retroceso jurisprudencial y político ante el fallo de la Corte del 2x1 aún para crímenes de lesa humanidad ", Luis Muiña

(Expte "BIGNONE, Benito A. y otros /recurso extraordinario" atento las multitudinarias marchas que generó dicho fallo.

(4) Ampliar en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVI.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf) Male captus, bene detentus - gordillo.com

(5) 1 2.- La relevancia de los tratados incorporados a la CN en su art. 75 inc. 22°

2.1.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2.2.- La Declaración Universal de los Derechos del Humanos.

2.3.- La Convención Americana de los Derechos Humanos (Ley 23.054).

2.4.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Ley 23.313).

2.5.- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley 23.313).

2.6.- La Convención la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Dec. Ley 6286/56).

2.7.- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 17.722).

2.8.- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179).

2.9.- La Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (Ley 23.338).

2.10.- La Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849).

2.11.- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley 24.820)

2.12.- Tratado del MERCOSUR (Ley 24.109)

(6) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.  
<https://icsid.worldbank.org/sp>

(7) <http://www.gordillo.com/index.php>