

## CAPÍTULO IV

### EL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>El derecho administrativo como parte del derecho público</i> .....	IADA-IV-1
1. Derecho público y privado .....	IADA-IV-1
II. <i>Concepto de derecho administrativo</i> .....	IADA-IV-2
2. El derecho administrativo como conjunto de normas y como disciplina científica.....	IADA-IV-2
3. Es un derecho en formación .....	IADA-IV-3
4. No se refiere sólo a los servicios públicos .....	IADA-IV-3
5. No sólo estudia las relaciones externas de la administración, sino también su organización interna .....	IADA-IV-3
6. El derecho procesal administrativo no forma parte del derecho administrativo, pero sí ciertos principios de protección judicial .....	IADA-IV-4
7. Definición de derecho administrativo .....	IADA-IV-5
III. <i>Relaciones con otras ramas del derecho</i> .....	IADA-IV-6
8. Relaciones con el derecho civil .....	IADA-IV-6
9. Relaciones con el derecho constitucional.....	IADA-IV-7



## *Capítulo IV*

### **EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

#### *I. El derecho administrativo como parte del derecho público*

1. El derecho público (derecho penal, derecho tributario o fiscal, derecho constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (derecho civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, derecho comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí.<sup>1</sup> 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 ha 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 eso 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 superior 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 cierta igualdad. Esa diferencia de régimen tiene por raíz sociológica que tales relaciones afectan respectivamente el “interés público,” colectivo, o el “interés privado,” individual.

Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*; ni se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las del derecho privado; ni de que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo de que las leyes

<sup>1</sup> Comparar GARCÍA MAYNEZ, CARLOS, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, p. 130 ss. Otras teorías son expuestas por VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 63 y ss., y por SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 17 y ss.

que regir las relaciones del Estado con los particulares van acumulando una serie de prerrogativas y privilegios para el Estado, y de que 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 las entidades estatales requiere principios diversos de los del derecho común. De tal forma esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen en determinado momento un todo estructurado y regido por principios propios, ajenos al derecho común: Las que empiezan siendo excepciones se tornan principios, y así las reglas generales del derecho se ven desplazados por éstos. Al llegar a esta situación; es lógico independizar científicamente a ese conjunto de principios e instituciones correlativos y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho general: Allí nace el derecho público.

Se trata pues de una cuestión circunstancial, que depende exclusivamente de la fisonomía adoptada por el orden jurídico de un país determinado y en una época determinada.

En el caso del derecho administrativo, esos principios que son peculiares a la administración o la favorecen y son ajenos al derecho común, no constituyen propiamente un *sistema* perfectamente *coordinado*, sino más bien un complejo de regulaciones legales y principios doctrinarios o jurisprudenciales; un conglomerado asistemático y a veces, al llevarse a sus últimas consecuencias, contradictorio. Por eso se dice que es un derecho *en formación*; lo que no quita su perfecta identificación como rama del derecho público.

## II. Concepto de derecho administrativo

2. No debe confundirse al derecho administrativo en cuanto *ciencia, jurídica o disciplina científica*, y al derecho administrativo como *parte del orden jurídico positivo*, como *conjunto de normas jurídicas*.

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 leyes administrativas, principios de derecho público y reglas jurisprudenciales que integran la *normación positiva, el régimen jurídico positivo* de la función administrativa, *como en la ciencia que los estudia*.

Dado que el conjunto de leyes y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llegan a nuestro conocimiento y valoración a través del *estudio* y análisis de los mismos, y que por lo tanto nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la *disciplina* que efectúa tal investigación, debe darse preferencia al concepto de *ciencia del derecho* antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo es pues una disciplina científica, jurídica, y por ende una rama, de la ciencia del derecho. Ubicándolo en la distinción que se hace de esta última en razón del objeto, es una disciplina de derecho público.

3. Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un *sistema*, sino tan sólo un complejo o conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales. A diferencia de otras ramas del derecho, no se halla ésta completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales para configurar una institución de derecho administrativo; eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias; a arbitrariedades y despotismos de los órganos administrativos cuando los jueces carecen de personalidad para imponer la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones: Es netamente un derecho *en formación*.

4. Ese conjunto de normas y principios no se refieren exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*, sino que abarcan a toda la *función administrativa*, trátase o no de servicios públicos: La función pública, el “poder de policía,” 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.

Tampoco se refieren, según hemos visto previamente, a la actividad del sujeto administración, sino al objeto función administrativa, sea ella realizada por la administración o por cualquier otro órgano o persona jurídica estatal.

5. También es erróneo decir que el derecho administrativo estudia solamente las relaciones jurídicas de la administración y los administrados, o de los órganos administrativos entre sí; en efecto, el derecho administrativo estudia igualmente la *organización administrativa interna*, los medios y la forma de la actividad de la administración pública;<sup>2</sup> por ello las normas jurídicas que son objeto del estudio de esta materia no son sólo normas externas (que rigen las relaciones de la administración con los habitantes) sino también internas. (Que no trascienden en relaciones jurídicas con los administrados.) El concepto de derecho administrativo debe pues abarcar ambas circunstancias.

Se podría definir entonces que el derecho administrativo estudia la organización y la actividad administrativas;<sup>3</sup> sin embargo, puesto que la organización administrativa hace al estudio del *sujeto* que realiza la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo estudia *el ejercicio de la función administrativa*. Ello comprende necesariamente el

<sup>2</sup>ZANOBINI, *op. cit.*, p. 26 y ss. En contra, VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 75.

<sup>3</sup>Tal, en sustancia, la definición de ZANOBINI, *op. loc. cit.* Con criterio similar, SAYAGUÉS LASO define: “La parte del derecho público que regula la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa.” (*Op. cit.*, t. I, p. 21.)

estudio de *quién* ejerce esa función (luego, con qué organización, particularidades, régimen interno, etc.), *con qué* la ejerce (mediante qué personas físicas y medios materiales), *cómo* (en qué forma, con qué procedimientos, etc.), *sobre quiénes* (los administrados, otras personas jurídicas estatales), etc. No es necesario aclarar expresamente que dentro del “ejercicio de la función administrativa” se incluye el estudio del órgano que la ejerce; dicha inclusión es obvia.

6. Pero hay más. El derecho administrativo también estudia *la protección judicial existente* con respecto al ejercicio de la función administrativa. BIELSA y ANDRÉ DE LAUBADÈRE, siguiendo las orientaciones tradicionales del derecho administrativo francés, hablan del “contralor jurisdiccional de la administración,”<sup>4</sup> distinguiendo luego el contralor jurisdiccional *judicial* del contralor jurisdiccional *administrativo*.

Nosotros entendemos, con referencia específica al derecho argentino (pues en el derecho francés la distinción es más aplicable) que hablar de *jurisdicción judicial* es una redundancia (pues *judicial* significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: Los órganos que ejercen la función jurisdiccional; luego, y según ya vimos, la jurisdicción es siempre judicial), y de *jurisdicción administrativa* una contradicción (pues si hay jurisdicción no hay administración, y viceversa) o, si se aclara que es jurisdicción *sobre materia administrativa*, una impropiedad lingüística. En consecuencia, hablamos simplemente de *protección judicial*, entendiendo por tal sólo la que confieren órganos *independientes* y relativamente estables facultados para decidir controversias con fuerza de verdad legal.

El derecho administrativo no estudia sin embargo el sistema mediante el cual se realiza el contralor; en otros términos, no estudia el *procedimiento* contencioso-administrativo (la *forma* en que se hace efectiva esa protección judicial), pues eso es materia de una rama del derecho procesal. Lo que interesa no es la forma (derecho procesal) sino el contenido de la protección judicial, e interesa en virtud de que *no consiste simplemente en la aplicación del derecho de fondo por parte de los tribunales* (como así sucede en las demás ramas del derecho), pues en tal caso ninguna diferencia habría que justificase la inclusión de ese elemento en la definición del derecho administrativo y no en la de las demás materias.

La diferencia consiste en que en el derecho administrativo es peculiar que *también exista protección judicial cuando se atacan actos de la administración que no violan la ley* (por arbitrariedad, por desviación y exceso de poder: El acto ha cumplido exteriormente lo que dispone la ley, pero lo hace en forma tortuosa, artificiosa o abusiva) o que *si bien violan la ley no perjudican individualmente al recurrente*. (Cuando, pues, falta el derecho subjetivo y sólo hay un derecho reflejo.)

<sup>4</sup> BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 39 y ss., y también en su *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1960, 3ª ed., p. 1 y ss.; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed., p. 12.

Nada de eso sucede en el derecho común (por regla general), y por ello en tal caso la protección judicial no agrega nada nueva al mismo; en el derecho administrativo en cambio, la protección judicial modifica sustancialmente el derecho de fondo, en cuanto *permite anular actos que no violan la ley y permite accionar a quien no tiene un derecho subjetivo*. En eso consiste la “protección judicial;” en los “recursos contencioso-administrativos,” y es lo único que forma parte de esta materia. Todo lo demás (requisitos de la demanda y la contestación, régimen de la prueba, términos, régimen de la sentencia, etc.) pertenece al “Derecho Procesal Administrativo.”

7. Definimos así al Derecho Administrativo como “la rama de la ciencia del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”

a) *Rama de la ciencia del derecho público*: Como tal, los problemas que estudia los analiza a la luz de las normas y principios jurídicos. Dichas normas y principios forman un conglomerado algo inconexo e incoherente.

b) *Que estudia el ejercicio de la función administrativa*:

1º) Función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Luego, el derecho administrativo estudia *toda* la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder central y además la actividad del Congreso que no sea legislativa, y de órganos independientes que no sea jurisdiccional.

2º) Puesto que estudia el ejercicio de la función, no comprende solamente el análisis de la *actividad* administrativa (servicios públicos, contratos administrativos, responsabilidad del Estado, actos administrativos), sino también del que la ejerce (organización administrativa), y de los medios a través de los cuales la ejerce (en particular, el personal que utiliza —servidores públicos— y los bienes materiales que emplea o regula —dominio público y bienes administrativos en general.<sup>5</sup>

c) *Y la protección judicial existente contra ésta*: La protección judicial se estudia no porque implique una idea de “justicia” —pues ella también existe con referencia a las demás materias—, ni porque en el derecho administrativo haya una relación de desigualdad —lo que no sería sino un aspecto de lo anterior—, sino porque constituye un elemento integrante del derecho de fondo. Pero lo que se estudia es el contenido de esa protección (es decir, el contenido de los recursos judiciales que sirven para entablar contienda con la administración —de allí lo de “contencioso-administrativo”), y no el procedimiento mediante el cual ella se

<sup>5</sup> LABAUDÈRE, *op. loc. cit.*

hace efectiva. Ese contenido consiste en que no sólo los actos administrativos que violan derechos subjetivos pueden ser impugnados, y en que no sólo pueden ser declarados antijurídicos los actos de la Administración que violan un límite legal directo o expreso, sino también los que representan una arbitrariedad, o un fin ajeno al contemplado por la ley, o un abuso.

### *III. Relaciones con otras ramas del derecho*

8. Las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado en general y con el derecho civil en particular se desarrollan alrededor de tres órdenes de ideas: 1º Existen ciertos principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho civil y también en el derecho administrativo; no se trata de que el derecho administrativo los haya tomado del derecho civil, sino tan sólo de que el derecho civil fue uno de los primeros en apropiárselos (así, los elementos esenciales de los hechos y actos jurídicos, los contratos, la responsabilidad, etc.); 2º hay disposiciones de derecho administrativo que están contenidas en el Código Civil. (Éste determina cuáles son los bienes del dominio público, habla de expropiación, del arrendamiento de bienes públicos; dice que ciertas cuestiones son ajenas a él y se regirán por el derecho administrativo: La reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público; etc.) Tales disposiciones no son, pues, del derecho civil, y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas; 3º en cuanto a las reglas propiamente de derecho privado, su aplicación en el campo del derecho administrativo era muy frecuente en los orígenes de éste, pero ha ido decreciendo paulatinamente a medida que adquiría más autonomía.<sup>6</sup> Por regla general el derecho administrativo, cuando toma principios del derecho común, no los mantiene con sus caracteres iniciales, y por ello aparecen sea deformados (responsabilidad indirecta del Estado, derechos reales), sea “publicizados” (obligaciones, extinción de las obligaciones, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.), de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios de derecho civil. Ya el Código Civil mismo establece con referencia a la regulación de un problema determinado de derecho administrativo (el arrendamiento de bienes estatales, art. 1502) que será juzgado “por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código;” esto es un principio extensivo a todo caso de aplicación analógica del derecho común: Sus normas se aplican sólo en *subsidio*, y por lo tanto vienen a *integrarse* con las disposiciones de derecho público preexistentes, debiendo así *conformarse* y adecuarse a: 1º “Las disposiciones del derecho administrativo,” y

<sup>6</sup> Comparar: ZANOBINI, *op. cit.*, p. 32 y ss.



2º) “las que le sean peculiares.” (Esto último se refiere a normas que contemplen específicamente el caso de que se trate.)

9. De todas las ramas del derecho público, ninguna está más estrechamente ligada al derecho administrativo que el derecho constitucional; cada capítulo de derecho administrativo, se ha dicho, está encabezado por una introducción de derecho constitucional. “Ningún derecho está más subordinado y conformado a las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo,” y por ello, “el derecho administrativo tiene el carácter o la fisonomía del *derecho constitucional* de cada Estado.”<sup>7</sup> En efecto, la Constitución crea la separación de poderes (o no) y establece los límites del poder estatal en los derechos individuales: Dentro de esos lineamientos habrá de desenvolverse el derecho administrativo.

Constitución y administración se influyen recíprocamente; pero mientras que la influencia de la primera sobre la segunda es *de sistema*, la de la administración sobre ella es de *eficacia*.<sup>8</sup> La Constitución es una *estructura*, es el ordenamiento fundamental del Estado; la *administración* es un órgano jurídico de ese Estado, y la *función administrativa* es una actividad que se realiza dentro del marco y las directivas básicas fijadas por aquella estructura. En la Constitución predomina lo estático, en la función administrativa lo dinámico; en la primera hay estructuración y establecimiento de límites, en la segunda hay expresión de actividad concreta y choque contra los límites prefijados.

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

1º) Hay principios generales de derecho que si bien se hallan más fuertemente protegidos por encontrarse en la Constitución, no son exclusivos del derecho constitucional. (La igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y conciencia, el que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, etc.)

2º) Hay disposiciones de *derecho administrativo* que están contenidas en la Constitución. (Las referentes a la expropiación, a la imposición, la prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, al régimen carcelario, al servicio militar obligatorio, a la libertad de navegación de los ríos interiores, etc.)

3º) En cuanto a las que se consideran de derecho constitucional (creación y organización de los tres Poderes; facultades de los mismos; derechos individuales), su aplicación en derecho administrativo es necesaria, ineludible, y éste aparece como una prolongación de aquél; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas.

<sup>7</sup> BIELSA, *Compendio, op. cit.*, p. 7.

<sup>8</sup> VON STEIN, LORENZ, *La scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897, p. 3; BIELSA, *op. loc. cit.*; GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 1.

En este último aspecto, hay varias cuestiones de enorme trascendencia para la orientación que ha de asumir el derecho administrativo; *a)* si la Constitución ha establecido un Estado de Derecho, lo que se contesta averiguando si la Constitución constituye un *orden jurídico* pleno y autónomo, al cual esté *sometido* el Estado en absolutamente todas sus manifestaciones, de forma que no sea que el Estado “tenga” una Constitución, sino que “esté” en una Constitución (*supra*, cap. II, n° 2 al 10);

*b)* Si los derechos individuales concedidos por la Constitución a los habitantes son auténticos *derechos subjetivos* frente al Estado como “poder.” (*Supra*, cap. II, n° 11 y 12.)

*c)* Si la violación del *fin* y la *valoración* o el *espíritu* de una norma constitucional da lugar a la inconstitucionalidad del acto estatal respectivo.<sup>9</sup>

<sup>9</sup>V. nuestro artículo “Los actos de gobierno,” en *Boletín de Derecho Administrativo*, n° 1, Buenos Aires, 1960, p. 25 y ss., p. 36; e *infra*, cap. V, n° 3.