

Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante de derecho privado

por MIRIAM MABEL IVANEGA
2007
Revista de Administración Pública N° 323
Ediciones RAP
Id SAIJ: DACF070008

I. Introducción En los últimos tiempos, la doctrina que vincula al derecho administrativo con un régimen exorbitante -entendido como equilibrio entre prerrogativas estatales y garantías de los particulares- ha sido criticada con fundamento en la distorsión que significa entender a los derechos fundamentales como límite del ejercicio de potestades, pues aquéllos son el principio.

Específicamente, me refiero a un artículo publicado en el año 2004 (1), en el cual se enfatiza la identificación de aquella concepción con un modelo autoritario y con el desconocimiento de las garantías individuales.

Las particularidades de este enfoque lleva a retomar algunas de las principales características del régimen exorbitante y del fin que lo particulariza.

En realidad, el análisis crítico -y en cierta forma rayano con lo intolerante- expresado en dicha publicación parte del tratamiento parcial o "fraccionado" de la definición del derecho administrativo y del concepto de régimen exorbitante, apartándose del contexto dentro del cual se ha elaborado esa doctrina y de su verdadero sentido.

Ello es así, porque con el referido cuestionamiento se trata de demostrar la existencia de contradicciones e incongruencias donde no las hay, pues admitir al derecho administrativo como un sistema equilibrado entre prerrogativas y derechos no es contrario a la Constitución, ni lleva a una teoría del Estado simplista, vacía de los principios garantísticos.

II. Concepciones sobre el derecho administrativo La doctrina es conteste, en admitir que el contenido del derecho administrativo ha sufrido en las últimas décadas una transformación radical que impide identificarlo en forma absoluta con figuras o instituciones predeterminadas.

Desde la época que se lo consideraba como el derecho de la Administración hasta la actualidad, se formularon las más variadas definiciones las cuales han guardado relación con la evolución del concepto del Estado de Derecho.

En realidad, superada la doctrina germánica que excluía a la organización administrativa del conocimiento del derecho administrativo, se puso el acento en el estudio de la organización o en la función (2), aunque como ya se indicara, este derecho muestra una fuerza expansiva que se ve acompañada por el fenómeno de la internacionalización de los sistemas jurídicos.

Históricamente, la Revolución Francesa marcó el nacimiento de la poderosa Administración contemporánea y consecuentemente de este derecho, al introducir una nueva estructura del Estado síntesis de ideas, instituciones y filosofías de origen inglés, francés y austríaco (3).

A partir de esa época se identificó a la Administración Pública con el Poder Ejecutivo, y al Derecho

Administrativo con el régimen jurídico especial de aquel poder (4).

Los revolucionarios al concebir un Estado nuevo, elaboraron una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban; lo cual sumado a las circunstancias históricas de la Revolución y de los tiempos posteriores, permitieron el fortalecimiento de una Administración, sometida a una disciplina distinta, el Derecho Administrativo (5) Este hito histórico postuló una nueva estructura social y en consecuencia permitió formar un poder fuerte, activo, constante: el Poder Ejecutivo. La formación de la Administración contemporánea tuvo en la obra de Napoleón su máxima expresión, al concebir al lado de una Constitución política, una Constitución administrativa. Consumada la centralización y autonomía jurídica de la Administración, con la creación del Consejo de Estado francés, se genera una mística administrativa, propia de Francia.

Como bien ha señalado Santamaria Pastor tanto la Administración como el derecho administrativo en su configuración actual serían "irreconocibles para cualquier contemporáneo de la Revolución Francesa" (6).

Quienes continúan apoyando esta tradicional postura entienden que se trata del derecho público de la Administración Pública considerando que "es esencialmente ante todo el conjunto de cosas, de iura -potestades, derechos, facultades, deberes, obligaciones, cargas- (...) que corresponden a la Administración Pública, específicamente a ella, en su condición de Poder público de determinadas características, que la constituyen como tal" (7).

Marienhoff, por ejemplo, incluye a la Administración en la definición, comprendiendo su organización y funcionamiento pero incorpora también la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas (8).

Por su parte, Garrido Falla comprende tanto a la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los administrados, como la función administrativa de los diversos Poderes y órganos constitucionales del Estado (9) Ahora bien, la conceptualización de este derecho a partir de la identificación con la Administración Pública ha sido criticado y calificado como simplista; en virtud de que actualmente se admiten figuras jurídicas privadas que no forman parte de la Administración o entes no estatales, a los que se atribuyen potestades de poder público (10).

Entre los doctrinarios que definen a este derecho a partir de la función administrativa, Fiorini lo concibe como la "rama del derecho público (estatal) que tiene por objeto el estudio de la actividad en la función administrativa estatal" (11). Gordillo, con similar perspectiva, incorpora en la definición la protección judicial existente contra dicha función (12) - El criterio de la función administrativa, pero caracterizada- por las notas que definen el régimen exorbitante, es sostenida por Comadira. El Derecho Administrativo constituye el derecho específico de aquella función "...como tal supone dos elementos (...) la exigibilidad exterior de las normas que regulan la actividad administrativa y, en segundo lugar, la configuración de esas normas a tenor de un contenido diferente de las de derecho privado que rigen las relaciones entre los particulares" (13) Desde esa óptica, la disciplina aparece cuando el contenido de las normas y los principios que rigen la actuación de la Administración exorbita los caracteres propios del Derecho privado "esencialmente por consagrar respecto de aquélla en su relación con los particulares una situación de prerrogativa, de supremacía, esto es, de supraordinación jurídica. De Poder, suma, bien que insoslayablemente armonizado con los derechos individuales, a través de la garantía de éstos" (14).

El sentido de esta armonía o equilibrio está contenido también en los estudios de Prosper Weil, que concibe a este derecho como un arbitraje que históricamente ha variado entre el poder y la libertad, pues aspira a constituirse en instrumento de la libertad y de la garantía de la acción administrativa (15).

Los exponentes del régimen exorbitante entienden que su existencia no agota el contenido del derecho administrativo, si no se integra con el respeto de la esfera de los derechos de los particulares (16).

Por eso, el quid del sistema es el equilibrio entre poderes estatales y garantías de los administrados.

Éste ha sido el enfoque doctrinario cuya crítica motiva este trabajo, pues se ha entendido que en nuestro país no hay otra concepción posible del derecho administrativo, que no sea la que apunta a su carácter regulador de la función administrativa de garantía de los derechos individuales (17).

Ciertamente, las definiciones acercadas son algunas de las múltiples que se elaboraron desde el siglo XVIII, las cuales, reitero, no necesariamente resultan incompatibles entre sí o excluyentes de otras instituciones o figuras, cuya relevancia ha sido especialmente considerada en las dos últimas décadas, como el de la participación de los ciudadanos y la incidencia de Tratados y Convenciones Internacionales.

En ese sentido, la reforma constitucional de 1994 permitió que la participación ciudadana cobre una especial significatividad, entre otros, por las previsiones del artículo 42 que expresamente señala: La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Los tratados internacionales también reconocen la participación ciudadana, por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 27.1. y 21.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XIII, XX y XXIV).

Es por ello que el derecho administrativo no puede estar ajeno a esta exigencia, la cual puede estar referida tanto al procedimiento administrativo como a la estructura administrativa.

Al respecto, se ha entendido que el administrado "considerado siempre como un colaborador de la autoridad administrativa, puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa, actuando, de diversos modos, durante el procedimiento administrativo (...) o bien puede hacerlo insertándose en ésta de forma circunstancial o permanente. La primera se ha dado en llamar procedimental; la segunda orgánica" (18) A partir de estos supuestos se propone construir un concepto de participación vinculando los dos modos esenciales, a los cuales éste puede reconducirse con el alcance de la tutela que reciba del ordenamiento jurídico. Así, se configuraría la participación tutelada o propiamente dicha, cuando el marco legal otorga al administrado el derecho, exigible administrativa y judicialmente, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa, sea en el procedimiento previo a emitir un acto pero sin que ello implique su integración a la estructura administrativa; sea a través de su inserción ocasional o permanente a dicha estructura.

En cambio la participación de otorgamiento discrecional se presenta cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de que el administrado colabore, por medio de los modos procedimental u orgánico, pero solo como alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa, sin que tenga ésta, más obligación que la de resolver fundadamente cuando medie una petición del particular (19).

Respecto a la influencia de las fuentes internacionales, corresponde admitir el criterio de aquellos que a la hora de definir al derecho administrativo, perciben la necesidad de incluir diversos factores como la categorización de un interés público que ya no es responsabilidad exclusiva de la Administración cobrando protagonismo el usuario y el consumidor; la primacía de los tratados internacionales y la existencia de organismos supraestatales, supranacionales e internacionales (20) Incluso, se presenta una nueva dimensión en el denominado derecho administrativo comunitario, que en el ámbito de la Unión Europea se caracteriza por tener

principios propios que emergen tanto del derecho de la Comunidad como de los derechos administrativos nacionales. Ese nuevo orden jurídico comprende desde la no discriminación y paridad de tratamiento, los principios de legalidad y de proporcionalidad hasta un aparato administrativo propio, la Comisión, órgano que constituye un complejo con diversas direcciones generales, agencias y empleados, con funciones propias y sujeta a procedimientos determinados de ejecución (21) Este breve repaso sobre las principales concepciones, da paso para analizar la posición doctrinaria objetada y verificar si el derecho administrativo como régimen exorbitante, expresa un círculo falaz incompatible con nuestra Constitución Nacional, con la protección de los derechos fundamentales y si es propia de un régimen autoritario.

A esos efectos, con el objeto de completar la noción y verificar la relación entre prerrogativas y derechos, recurriremos a los vínculos entre poder-derecho y entre vida humana individual-vida humana social.

III. Poder - Derecho El profesor español Gregorio Peces-Barba Martínez explica los modelos de relación entre el derecho y el poder, aportando interesantes elementos de juicio (22).

De todas las posiciones que otorgan supremacía a uno sobre el otro (23), acepta la denominada de coordinación o de integración que reconoce la existencia autónoma de ambos extremos de la relación, que los comunica y los considera imprescindibles respectivamente, para la comprensión del otro. "Se puede decir que el Derecho no se puede entender sin el poder, y que el poder se configura, cristaliza y se racionaliza o se frena y se limita por medio del Derecho. Esta idea de la relación supone un poder institucionalizado, es decir abierto a valores, que pretende su eficacia a través del Derecho, y que en ese sentido es hecho fundante básico del sistema jurídico, y causa última de su validez y de su eficacia. Es el punto de vista externo. El poder influye en el Derecho, es determinante, en última instancia para su producción (...) El poder organiza al Derecho y le permite mandar y el Derecho juridifica al poder organizando quién manda y cómo se manda" (24).

Aplicando este parecer al tema que nos preocupa, cabe advertir que en la relación entre prerrogativas y garantías tampoco existe un vínculo de supremacía ilegítima, ya que ambas coexisten en un marco social.

Es evidente que hay una vocación del poder a organizar la convivencia social a través de un ordenamiento jurídico, el que debe contener los valores y garantías de los hombres como manifestación del Estado de derecho.

Es por ello, que debe tenderse a una relación funcional, coherente, que haga posible la estabilización del poder sin desmedro de los derechos individuales. No existe jerarquía o superioridad "preestablecida", existe sí un equilibrio, una relación correlativa, de conexión, establecida sin formas absolutas y coordinada con el devenir social.

No en vano entonces es posible acercarnos al pensamiento de Peces-Barbas y entender que el poder comunica sus criterios o valores de moralidad pública como fundamentos de la regulación jurídica; "la moralidad que asume el poder se traslada al Derecho positivo" la moralidad de la libertad, de la igualdad, de la seguridad jurídica y de la solidaridad, son los valores del sistema jurídico que se convierten en norma básica material del ordenamiento (25).

IV. Vida individual-Vida Social Señala Fayt que no hay individuos sin sociedad ni sociedad sin individuos, siendo artificioso y falso pretender separarlos, pues lo individual y lo social "constituyen momentos de la unidad esencial de la vida humana. Vida humana individual y vida humana social, la una como vivencia, la otra como convivencia, son formas en que se manifiesta la vida humana en su totalidad" (26) Es así como sólo en la sociedad el hombre es y se realiza, pues él coexiste, vive y convive. En forma correlativa, la sociedad, no existe independientemente de los hombres, sino con y a través de ellos, que la conforman. La sociedad es vida

humana objetivada en forma de hábitos, costumbres, normas e instituciones, acumuladas a lo largo de miles de generaciones. Por eso condiciona lo subjetivo, la vida humana individual, siendo a su vez condicionada por ésta (27) Entre el hombre y el grupo social del que forma parte, hay presente un vínculo insoluble que los une y que se manifiesta, con dos perspectivas: que el individuo satisfaga las necesidades inherentes a su naturaleza; y que el grupo permita que las realice.

De esta forma, se presentan de un lado las facultades del individuo y, del otro las del gobierno y a su vez, "correlativamente, por una parte, el deber de éste de respetar esas facultades individuales permitiendo al hombre el ejercicio sin trabas de su actividad física, intelectual y moral, e impidiendo que alguien atente contra éste; y, por la otra, el deber del individuo de respetar las facultades del gobierno sometiéndose a las decisiones que en materia de justicia, policía o guerra tome en salvaguardia de la sociedad" (28).

En síntesis, el poder y el derecho y la vida individual y social se concretan en vínculos que han de traducir una tensión cuya magnitud y resolución dependerá de la valoración de los intereses en juego y de los mecanismos que el Estado de Derecho reconozca.

Ese es el marco, dentro del cual cabe entender al régimen exorbitante.

V. El régimen exorbitante El derecho administrativo no puede concebirse fuera del Estado de Derecho, pues existe una perfecta simbiosis.

Bien puede sostenerse que esta unión preexiste a cualquier definición, pues se lo defina como derecho de la Administración, de la función administrativa o de ésta caracterizada por la exorbitancia y el equilibrio entre las potestades estatales y las garantías individuales, nunca podría apartarse del contenido de aquél.

No todo Estado es un Estado de derecho. Éste es un modelo que surgió y se construyó como una conquista lenta y gradual de los individuos y sectores sociales frente a los poderes absolutistas y despóticos. Fue una respuesta a demandas de distinto carácter, que partieron de la búsqueda de la seguridad personal y de sus bienes hasta llegar a la exigencia de garantías y protección para otras manifestaciones de la libertad (29).

Lo cierto es que Derecho y Administración se encuentran tan compenetrados que no puede hablarse de uno sin referirse al otro (30).

Si bien no existe un tipo positivo, fijo y preciso del Estado de Derecho que sirva de parangón a los diversos ordenamientos jurídicos para determinar si su actuación se ajusta a esa especie de Estado. Por ello para identificarlo - y sin que ello agote su contenido- es apropiado acudir a las ideas de: 1) división de poderes y control recíproco de los poderes constitucionales, 2) el imperio de la ley y el principio de juridicidad primacía de la ley y 3) reconocimiento de derechos y garantías individuales como límite el poder estatal (31).

La división de poderes alcanza dos significados: el esfuerzo de racionalización de toda organización política estatal, y la respuesta a la finalidad de evitar la concentración excesiva del poder en forma absoluta o personal.

Una de las consecuencias de este principio es el control judicial de la Administración, que respetando las competencias de los poderes asegure una tutela judicial efectiva a los particulares.

La propia evolución del Estado de Derecho, junto a la labor de la jurisprudencia, permitió que los criterios restrictivos sobre el reconocimiento de funciones peculiares y exclusivas de los órganos constitucionales que impedían, por ejemplo, un control sobre el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, se pasara a un enfoque integrador en el cual ese control era posible a partir de la aplicación de principios jurídicos fundamentales de derecho (32).

El Estado sometido al Derecho lo es también a la jurisdicción, al control judicial de su actividad (33), aun en el caso de que ésta consista en el ejercicio de una potestad discrecional.

Es el control del Poder Judicial, el que permite asegurar la efectiva realización del contenido del Estado de Derecho.

El imperio de la soberanía de la ley, permite que ésta legitime al poder y convierta al Estado en autoridad jurídica (34). "La existencia de un Estado de derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales, producto de un régimen donde el derecho preexiste a la actuación del Estado y la actividad de éste se subordina al ordenamiento jurídico" (35) Si no reconociera su sumisión al derecho que lo organiza dejaría de ser tal para convertirse en un fenómeno de fuerza.

Parejo Alfonso señala con precisión que es un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto, pues con su aplicación se garantiza la acción de los poderes conforme al diseño constitucional; por ello su vínculo estrecho con el principio de división de poderes (36).

En ese contexto, el principio de legalidad excede la ley en sentido formal para comprender la sujeción a: los principios generales del derecho, la Constitución nacional, los tratados internacionales conforme al [artículo 75](#) de la CN, la ley en sentido formal, los actos unilaterales y bilaterales.

De ahí que con mayor precisión, se lo haya denominado principio de juridicidad en tanto locución que, por su carácter genérico, describe mejor el fenómeno que se intenta aprehender. "La juridicidad nuclea (...) todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos y, eventualmente ciertos contratos administrativos" (37).

El reconocimiento de derechos y libertades comprende las garantías jurídicas (penales, procesales, etc.) la efectiva realización material de exigencias políticas y éticas, públicas y privadas que se especifican como derechos económicos, sociales, culturales, etc. constituyen la base para la real dignidad y progresiva igualdad entre los seres humanos (38).

Entrena Cuesta señala que en realidad lo que caracteriza a este tipo de Estado, es el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de medios idóneos para su defensa. Su definición deriva de esa particularidad: la tutela de esos derechos se realiza mediante el sometimiento de la Administración a la ley (39).

En conclusión, quedan desvirtuados los criterios que pretenden oponer el denominado régimen exorbitante con el contenido propio del Estado de Derecho. Es éste el que exige el mentado equilibrio: el derecho administrativo sólo puede concebirse a partir de ese contenido axiológico.

Por ello, la exorbitancia no debe entenderse en forma aislada o abstracta, como si constituyera un fin en sí mismo, pues lo que se exorbita, (se excede) es al derecho privado. Tal es su significado.

Lo expuesto, muestra el sentido exacto que cabe imprimir a la cuestión planteada.

Veamos como se estructura dicho régimen.

a. Las prerrogativas estatales La doctrina ha diferenciado entre prerrogativa y poder, identificando a este último como causal formal del Estado.

Desde esta perspectiva, el poder es un principio ordenador de la sociedad, de carácter político, que se realiza mediante medios jurídicos y materiales. Las prerrogativas de la Administración son justamente uno de esos medios técnicos para aplicar el poder, que en cuanto característica del régimen exorbitante es un instrumento eficaz para realizar y distribuir el bien común (40).

Otro término que se suele utilizar en forma indistinta es el de potestad. Las doctrinas italiana y española aceptan este concepto como figura jurídica, diferenciándola del derecho subjetivo.

Potestad y derecho subjetivo son especies del género poderes jurídicos, es decir facultades de querer y de obrar conferidas a los sujetos por el ordenamiento. Se distinguen en que mientras el derecho subjetivo encuentra su origen en una relación jurídica concreta y recae sobre un objeto cierto y determinado, la potestad deriva directamente del ordenamiento jurídico y tiene un carácter genérico (41).

Trevijano Fos señala que la potestad es una facultad de actuación otorgada por una norma jurídica, que apodera y habilita a la Administración, por eso toda la acción administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido en forma previa por la ley, y por ella delimitado y construido. Es un título de esa acción (42).

De ello se deriva que frente a la potestad nadie está en una situación de deber u obligación, sino en una abstracta sujeción que vincula a soportar efectos jurídicos que surgen del ejercicio de la potestad y una eventual incidencia en la propia esfera jurídica. Los que están sometidos a la sujeción potestativa no son personas determinadas sino el conjunto de ciudadanos (43).

Por ser derivación de un status legal y no tener origen negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables.

Estas características han llevado a que también una parte de la doctrina haya utilizado indistintamente, potestad y prerrogativa.

Cassagne, por ejemplo, señala que los poderes o prerrogativas para cumplir con el bien común se denominan en lenguaje técnico "potestades" distinguiendo entre éstas las reglamentarias, sancionadora, ejecutiva y jurisdiccional (44).

Dentro de las prerrogativas, se distinguen las sustanciales propias de la Administración y las procesales (45).

Las primeras son: la presunción de legitimidad de los actos administrativos; su ejecutoriedad; la revocación por razones de ilegitimidad; por oportunidad, mérito o conveniencia; el régimen privilegiado de los contratos y bienes.

Se reconocen como prerrogativas procesales al agotamiento de la instancia administrativa previa a la demanda judicial; los plazos breves de caducidad para accionar judicialmente contra el Estado; el mayor plazo para cumplir con ciertas cargas procesales; la incomparecencia personal de determinados funcionarios en el juicio contencioso administrativo; los efectos declarativos de las sentencias; el régimen especial de ejecución de las sentencias condenatorias a dar sumas de dinero; la posibilidad de demandar la invalidez de sus actos.

Ahora bien, cualquiera fuese el criterio doctrinario respecto a la identificación entre prerrogativa, poder y potestad, lo cierto es que la referencia a ello y al régimen exorbitante destaca un efecto perturbador, como bien lo señala María José Rodríguez. Sin embargo, esos vocablos "aluden a una situación que existe de hecho y de derecho, esto es legitimada por la necesidad social y recogida y normada por el derecho" (46).

Las prerrogativas implican autoridad estatal y según lo señala Fiorini no todas las manifestaciones de ésta

tienen carácter autoritario (47) Aquéllas han sufrido, necesariamente, una modificación en su concepción y ejercicio, pues el poder ya no es absoluto, pero eso no quiere decir que no existan.

Para reforzar este razonamiento, volvamos sobre las enseñanzas del ilustre administrativista Fiorini que cuando se refiere a la revocabilidad de los actos administrativos señala que "la legalidad ha hecho desaparecer la arbitrariedad, pues ha limitado el uso encubierto y arbitrario por ser de exigencia necesaria para las funciones del poder administrador (...) El acto administrativo concreto no extingue la potestad y función de que la Administración tiene sobre los intereses públicos contenidos en el acto administrativo; por el contrario, deberá preocuparse de que su cumplimiento sea eficaz, permanente y mantenga viva la satisfacción de la colectividad. La vocación de existencia que tiene el acto se encuentra condicionada a la movilidad continua del interés público.... La revocabilidad no puede ser una permanente espada de Damocles sobre los derechos y situaciones subjetivas de los particulares, pues el equilibrio y ponderación igualitaria son antecedentes necesarios para restablecer el orden, la armonía y también resarcimiento económico" (48).

En definitiva, este claro y contundente razonamiento es totalmente aplicable a la concepción que venimos sosteniendo: la prerrogativa es propia de la actividad estatal y su límite es la juridicidad. No determina todo el alcance del derecho administrativo, pero es sí un elemento innegable de su definición.

Y esto es así, porque las prerrogativas que encuentran su legitimación en el Estado de derecho, se justifican a partir del interés público y del respeto de los derechos y garantías individuales.

Éstos no podrían ser ejercidos, aun estando reconocidos expresamente, si el Estado no los respetara y los hiciera respetar. Y para hacerlo cuenta con potestades en el marco del régimen exorbitante, limitadas por el ordenamiento jurídico.

La prerrogativa es jurídica porque encuentra su límite y organización en el derecho mismo (49).

b. Las garantías del particular Como se sostuvo, admitir el régimen exorbitante es fruto de la vigencia de la juridicidad que permite la coexistencia de las libertades, la defensa, la igualdad y las potestades administrativas.

Es absurdo vincular esa doctrina a enfoques supuestamente contrarios a los derechos y garantías de los particulares. Su sustento no empece ni es opuesto al artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 -con jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- que requiere que los Estados partes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por ella. Es indudable que se tratan de obligaciones que limitan la autoridad del Estado para imponer restricciones sobre los derechos protegidos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo reciente, recuerda la operatividad de los tratados de derechos humanos y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de esos derechos (50).

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado que el ejercicio de la autoridad pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado y que el aparato estatal tiene la obligación de garantizarlos y de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de aquellos (51).

Es decir, el ejercicio de las potestades estatales para limitar los derechos, no puede afectarlos de tal forma que los anule; por eso se exige el equilibrio en la interpretación de facultades y derechos de forma tal que las limitaciones se ciñan estrictamente a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta

el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.(52) Las restricciones de los derechos "deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse" (53).

La Comisión Interamericana ha opinado que para establecer si las medidas se ajustan a lo dispuesto en la Convención, deben cumplir con tres condiciones específicas: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2 de la Convención y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos.

La cultura de los derechos humanos y el lenguaje que la significa, no permite encontrar una definición unívoca. Derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos fundamentales son algunas de las nociones que parecen aproximarse a una idea común. Desde un principio, el término "derecho humano" expresa por lo menos dos cosas diferentes: una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna y un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica (54).

Correlativamente a las prerrogativas, se reconoce la división entre garantías sustanciales y procesales. Las primeras son: la juridicidad, la propiedad, la igualdad, la razonabilidad en la actuación administrativa y de sus funcionarios. Las procesales: el informalismo a su favor, el debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo.

c. El equilibrio Las potestades, los límites jurídicos y el reconocimiento de garantías, se unen y se equilibran para formar un conjunto coherente y compatible con la Constitución Nacional.

Equilibrio es armonía, medida, sensatez, estabilidad y prudencia.

Ha señalado Gordillo que "el derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad" (55) En ese sentido, con eximia claridad explicó dicho profesor que la historia registraba primero el despotismo estatal sobre los individuos, luego la reacción de éstos con la exacerbación de los derechos individuales, para posteriormente mostrar el anhelo "el equilibrio razonado de los dos elementos esenciales del mundo contemporáneo libre: individuo y sociedad, individuo y Estado".

Y permítaseme transcribir las expresiones que grafican su pensamiento "...ese equilibrio que se anhela y busca es harto escurridizo e imprecisable: lo que para unos representa solución de la tensión -en cuanto ellos no están involucrados en la misma- es para otros una sumisión o un atropello (...) Es necesario a su vez por lo tanto buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizarán las tensiones y contraposiciones del individuo y el Estado. Y ese equilibrio primario es equilibrio espiritual y político, es sensibilidad jurídica y humana; es preocupación constante por llenar no sólo formal sino también sustancialmente los requerimientos de la justicia"(56) (lo remarcado nos pertenece) Lo transcripto, es un claro enfoque acerca de la necesidad del equilibrio que supone el poder y la libertad, como lógica derivación del principio de que no existen derechos absolutos y que la restricción a su ejercicio se establece en pos del interés de la comunidad.

En síntesis, el contenido de ese equilibrio es la esencia del estudio del derecho administrativo.

Se equilibra, para permitir el efectivo ejercicio y goce de los derechos fundamentales del hombre. Lo que sucede es que, como señala Alberto Sánchez el camino del equilibrio es el más difícil y espinoso, pues requiere consenso y empatía, renunciamentos y grandeza de espíritu, abandonar la soberbia de querer imponer siempre

el propio criterio (57).

d. El bien común en el régimen exorbitante y en la definición del derecho administrativo. Reflexiones finales.

a. Con el régimen exorbitante, no se propugna una Administración con absoluta e incontrolable discreción para decidir sobre los medios e instrumentos necesarios para lograr y proteger el "bien común".

"Todo Estado es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien, puesto que los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece ser buenos (...) el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política" (58) Para el mundo jurídico y político, el bien común ofrece diversos significados (59): a) la causa final del Estado, b) el ámbito y la medida de la actuación estatal, c) el fundamento de la existencia de la autoridad pública y fuente de legitimidad de las potestades estatales, d) el objeto y cometido de la actuación del gobierno y de los poderes públicos, e) el ideal y proyecto políticos al que son convocados los integrantes de una comunidad política, f) el fin de la ley y causa final del derecho, g) uno de los términos de las relaciones de la justicia legal y de la distributiva, h) un componente esencial de la motivación de los actos administrativos y de la fundamentación de las sentencias, i) el valor jurídico síntesis, j) un elemento clave y necesario de la teoría jurídica, k) un principio jurídico.

Una precisa y certera definición de esta locución es la que enseñara Su Santidad Juan XXIII en la Encíclica *Mater et Magister*: bien común es "el conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección" (60) Por lo tanto, este bien se traduce no sólo en el bienestar general comunitario, sino que alcanza a cada uno de los individuos que concretan su realización espiritual. Es por ende, una idea que permite legitimar el poder público.

Si se considera este enfoque, no tendría un carácter cuantitativo (que lo identificaría con el interés general) sino que cualitativo, dado que "son las condiciones que deben darse para el desarrollo individual y social de la persona y comprende tanto los bienes materiales como espirituales. A diferencia del interés general -en su concepción clásica de suma de intereses colectivos coincidentes- el valor del bien común se configura a partir de su cariz ético y no simplemente estadístico" (61) Sin perjuicio de esta diferencia -entre interés público y bien común- lo cierto es que la doctrina utiliza ambos términos en forma equivalente, a partir de la idea de que ese interés constituye el "bienestar general" mencionado en el preámbulo de la Constitución, el cual debe ser entendido -conforme lo señalara la Corte Suprema- como el "bien común" de la filosofía clásica (62) La noción de bienestar general encuentra su correlato en el interés público, el cual es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos y el resultado de un interés que surge de la existencia de la vida en comunidad, en el cual los individuos pueden reconocer, también, un interés propio y directo.

El artículo 32.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia de ciertas limitaciones inherentes a los derechos de todas las personas que resultan del convivir en una sociedad, indicando que no puede invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.

Como lo ha señalado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cabe entender el bien común dentro del contexto de la Convención Americana como "un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos (...) de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real (...) Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones estrictamente

ceñidas a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"(63) El vínculo entre el bien común con el reconocimiento y goce de los derechos humanos, surge de una visión integradora, en la medida que la autoridad pública -en su carácter de custodia y promotora del bien común- debe hacer efectiva la vigencia de aquéllos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reforzado esa idea y caracterizado los límites a través del pensamiento de John Locke: "aunque los hombres, al entrar en sociedad renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenía en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (64).

Desde este enfoque, los derechos fundamentales -no obstante estar constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos- "pueden ser considerados en toda su unidad, como elemento que caracteriza la forma de Estado, desde el momento en que pertenecen a los valores superiores sobre los que se funda la Constitución de un determinado país"(65).

Estos derechos son consecuencia -y por ende protegen- de la dignidad y existencia del ser humano, por lo que su violación no solo afecta al individuo sino a la sociedad en su conjunto (66).

En forma consecuente, se ha sostenido que el reconocimiento expreso -y la protección efectiva- de derechos y garantías; la categorización de un interés público que ya no es responsabilidad exclusiva de la Administración cobrando protagonismo el usuario y el consumidor; la primacía de los tratados internacionales y la existencia de organismos supraestatales, supranacionales e internacionales son algunos de los factores que marcan un escollo a la hora de definir al derecho administrativo (67) Estamos en presencia de una interacción entre derechos individuales e interés general, entre garantías y potestades; ámbito en el cual el Estado no puede instituirse como el único responsable de determinar el bien común, pero sí en su principal intérprete y realizador a partir de las necesidades y la participación de los particulares y de organizaciones comunitarias.

Rodríguez Arana-Muñoz ha indicado que "hoy por hoy la Administración no es la titular del interés público, sino que se define en una acción dinámica entre Poder público y agentes sociales. Sí es fundamental escuchar a la gente..."(68) Por eso, entender que el régimen exorbitante es limitativo de la intervención del ciudadano es otra falacia; es su participación uno de los medios que coadyuvan a que el Estado -y dentro de éste la Administración Pública- permita el respeto y la defensa de sus derechos.

b. Es indudable el cambio significativo que las instituciones del derecho administrativo están sufriendo, como consecuencia de la interpretación de los intereses generales adecuada a la efectividad de los derechos fundamentales como tarea suprema del Estado (69).

"Permanencia, contemporaneidad y prospectiva del Derecho Administrativo, notas concurrentes configuradoras de esta disciplina jurídica porque propias son de su protagonista y sujeto de sus afanes: el hombre, individuo y el hombre con referencia social" (70) Pues bien, existe el firme convencimiento de que el Estado no es el único protagonista del interés general, aunque sí el más calificado (71), y que la participación del ciudadano es fundamental en ello.

Así, las prerrogativas estatales deben configurarse y ejercerse respetando la visión integral y pluralista que impone el actual Estado de Derecho, pues solo de esta forma se podrá responder en forma legítima y efectiva a

las necesidades sociales.

c. Por último, no puedo soslayar de considerar ciertas apreciaciones contenidas en el artículo a que se hizo referencia al comienzo de este trabajo (72) en relación a la existencia de estudiosos del derecho administrativo argentino, porque "los doctrinarios son pocos" y a la expresión "Falta escuela"; ambas expresiones vinculadas con una posible "confusión propia de la ausencia de adhesión auténtica a principios básicos elaborados con alcance de doctrina".

No coincido con esas calificaciones: hay escuelas y prestigiosos catedráticos cuyos invalorable aportes científicos han permitido el desarrollo del derecho administrativo argentino.

Hay escuela cuando existe un profesor que guía y enseña más allá del mero formalismo, en un plano de discusión, estudio y aceptación de las diferencias.

Es cierto que no hay un solo tipo o modelo de profesor, pues la realidad presenta todos los matices imaginables. Pero sin lugar a dudas, el denominador común de todos, debe ser el de la autoridad pedagógica para enseñar a partir de la virtud del ejemplo.

Porque es indudable que la verdadera escuela es aquella que se desarrolla en un plano de intercambio entre el profesor y los discípulos; una interrelación que torna recíproco el aprendizaje y la enseñanza, pues "el maestro aprende de su discípulo cuando le enseña" produciéndose "una fuerza transformadora del conocimiento" (73) Puedo aseverar entonces -porque formo parte de una de ellas, la del profesor Julio Rodolfo Comadira (74)- que en nuestro país se han formado escuelas con discípulos que comparten las enseñanzas y estilos de un maestro y que, en el ámbito universitario, permiten el debate y las críticas enriquecedoras del estudio analítico y conciente. En definitiva, agradezcamos las diferencias que hoy nos traen temas y criterios como los expuestos; pues en la medida que se desarrollen dentro del marco de la excelencia y la tolerancia académica, darán impulso a esta disciplina en armonía con el bien de la comunidad y las garantías individuales.

Notas al pie:

1) En ese sentido, nos referimos al artículo de la profesora D'Argenio Inés A., "Un enfoque erróneo en la concepción del derecho administrativo" publicado en RDA 48, p. 309.

2) Ver García de Enterría, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 2000, T. I; Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, 12º edic., IEP, Madrid, 1994, T.I; García Trevijano-Fos, José A., Tratado de Derecho Administrativo, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1967, T.II .; Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000 T.I.; Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, FDA, Buenos Aires 1998.

3) Gianini, Massimo Severo, Derecho administrativo, Colección estudios de MAP, V. I., Madrid, 1991. p. 51.

4) En realidad, Francia se aparta del principio de división de poderes concebido por Montesquieu. Prosper Weil señala que los comienzos revolucionarios partieron de la idea de un poder ejecutivo libre de los otros poderes, dado el recelo hacia los antiguos Parlamentos judiciales considerados reductos cerrados de la nobleza. Con temor a que se revitalizara la idea de un gobierno de los jueces y su predominio por sobre la Administración, obligó a la conformación de un poder administrativo poderoso y autónomo, siendo el Poder Ejecutivo el beneficiario de ese sistema. Se llega entonces, a la separación de Justicia y Administración, no en el sentido de independencia judicial, sino con el criterio de impedir que el Poder Judicial juzgue a la Administración. La prohibición a los tribunales de conocer los litigios en los cuales estuviera interesada ésta, tendía a impedir que la

justicia obstaculizara la actividad administrativa. Ahora bien, al encontrarse la Administración sustraída de los tribunales judiciales, en la resolución de los asuntos contenciosos (que hasta la creación del Consejo de Estado, estuvo a cargo de los consejos de prefectura) no resultó posible la aplicación de las normas del Código Civil, situación que originó la conformación de reglas propias por parte del Consejo de Estado francés aplicó a los casos sometidos a su conocimiento. Así, la jurisdicción precedió al derecho de forma tal que sin aquélla, éste no hubiese nacido. En 1872 se concede a ese organismo la justicia delegada, lo que significó el sometimiento de la Administración al control de una auténtica jurisdicción, creándose paralelamente el Tribunal de Conflictos compuesto por miembros del Consejo de Estado del Tribunal de Casación. Ver Ivanega, Miriam M., Principios de la Administración Pública, Abaco, Buenos Aires, febrero 2005, p.52 y ss.

5) García de Enterría Eduardo, Revolución francesa y administración contemporánea, Civitas, Madrid, 1998,p. 41.

6) Santamaria Pastor Juan A., Principios de derecho administrativo, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, Vol. 1 p.45 7) Martínez López-Muñiz José L., Introducción al derecho administrativo, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, p. 124.

8) Para Marienhoff forma parte de un derecho público interno, admitiendo que la distinción entre éste y el derecho privado es incierta e imprecisa, no obstante entender que prevalece el criterio que funda la distinción en la naturaleza de las respectivas normas de "subordinación" en el derecho público, de coordinación en el derecho privado. Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, T.I. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 151.

9) Garrido Falla, Fernando, Tratado...op.cit., T.I.

10) Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, p. 110 y ss.

11) Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, T.I, p. 34.

12) Gordillo Agustin, Tratado de Derecho Administrativo, T.I, 4ta. edición, FDA, Buenos Aires 1997, V-29. Este profesor recuerda que debe incluirse en la función administrativa toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y judicial excluidos los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales respectivamente, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares en virtud de una potestad conferida por el Estado.

13) Comadira, Julio R., El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público" en Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones RAP; mayo 2004, p. 17 y ss.

14) Comadira, Julio R., El derecho administrativo...op. cit., p. 18.. Ver también Cassagne Juan Carlos, Derecho....op.cit., Barra Rodolfo, Tratado de derecho administrativo, T.I. Abaco, Buenos Aires, 2002 15) Weil Prosper, Derecho Administrativo, Madrid, 1986 p. 51 y ss.

16) Ver en ese sentido, Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, Abeledo Perrot, T.I., p. 118.

17) Ver nota 1.

18) Comadira, Julio R. El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas) Rev. Jur. El Derecho, Supl. Derecho Administrativo, p. 1/11.

19) Comadira, Julio R., El principio...op. y p. cit..

20) Salomoni, Jorge L., Interés Público y Emergencia...op. cit. Este profesor señala que "resulta necesario revisar los postulados sobre los que se construyó el derecho administrativo decimonónico, sobre todo, lo atinente a la relación jurídica emergente de tal ordenamiento. Ello implicará necesariamente, la reconstrucción del sistema de derecho de los particulares, de la sociedad y del de las potestades estatales." 21) Cassese, Sabino, Derecho Administrativo Comunitario y Derechos Administrativos nacionales en Revista Actualidad en el Derecho Público, Nº 7, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires 1998, p. 20.

22) Peces-Barba Martínez, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 323 y ss.

23) Con eximia claridad, analiza dicho profesor las escuelas y criterios elaborados a través de la historia: 1) El enfoque que concibe la supremacía del poder sobre el Derecho, es decir el gobierno de los hombres sobre el gobierno de las leyes, se plasma en el ideal platónico del filósofo-rey, en los ideales jurídicos imperiales en Roma, que expresa Ulpiano en el Digesto, en la legitimidad del monarca absoluto de origen divino -en virtud de la cual el rey hace la ley, en la conocida expresión de Jacobo I de Inglaterra- o en las posiciones del Estado totalitario, para el cual el Derecho es solo un instrumento a su servicio. Esta idea se refleja, en la posición del Derecho justo, de la teoría de la justicia, en criterios positivistas ideológicos, a partir de los cuales el poder es el creador de la moralidad y de lo que decida considerar como derechos fundamentales. 2) Opuesta a la anterior, refleja la supremacía del Derecho sobre el poder. Éste es el núcleo esencial de las concepciones iusnaturalistas, especialmente para el iusnaturalismo clásico aristotélico tomista, que entiende que el Derecho positivo producto del Poder está subordinado a su conformidad con el Derecho natural: por ende éste se encuentra por encima del poder. 3) En el extremo de los dos anteriores, se postula la identificación entre Derecho y poder. La supremacía del poder sobre el Derecho lleva a la disolución de éste o su consideración como un apéndice o un simple instrumento de ese poder. Aquí la identificación es una supremacía encubierta del poder sobre el Derecho, pues éste sólo es una técnica identificable con el aparato del Estado -concebido como cauce para el ejercicio de la fuerza- Se sitúan aquí a los autores de la razón de Estado, desde Maquiavelo en adelante. Por su parte, la supremacía del Derecho sobre el poder lleva en su planteamiento a la consideración exclusiva de éste como realidad jurídica. Es la posición del formalismo kelseniano. 4) Un cuarto criterio separa el poder del Derecho, no los analiza en función de la superioridad, sino en la hipótesis teórica en la que ambos conceptos actúan por separado en la vida social sin contacto, pero sin que se disuelvan el uno en el otro. 5) El último enfoque, aquí comentado es entendido como "el modelo de relación mas adecuado para esta dialéctica que relaciona a la moralidad con el Derecho, en los derechos fundamentales, a través del Poder", op. y p. cit.

24) Peces-Barbas Martinez, Gregorio, Curso...op. cit.

25) Peces-Barbas Martinez, Gregorio, Curso...op.cit., p. 331 y ss.

26) Fayt Carlos S., Los Derechos Humanos y el Poder Mediático, Político y Económico. Su Mundialización en el Siglo XXI, Edit. La Ley, Buenos Aires, p. 31 y ss.

27) Fayt Carlos S., Los Derechos Humanos, ..op. cit., p. 38 y ss.

28) Fayt Carlos S., Los Derechos Humanos..op. y p. cit.

29) Díaz, Elías, Estado de Derecho, en Filosofía política II. Teoría del Estado, Edit. Trotta, Madrid, 1996, p. 63.

30) Cassese, Sabino, op. cit., p. 53.

- 31) Ver también sobre ello Martín Mateo Ramón, El horizonte de la descentralización, Colección Estudios de Administración Local, IEAL, Madrid, 1969, p. 35.
- 32) Para la evolución de la jurisprudencia ver entre otros a Coviello Pedro J.J., El control judicial de la discrecionalidad administrativa en Control de la Administración Pública (administrativo, legislativo y judicial) Ediciones RAP, p.627 y Sacristán Estela, El requisito de proporcionalidad ante la tutela judicial, Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, N° 40 Buenos Aires, 2002, p. 407.
- 33) Lepenies, Irmgard, Controles en la Provincia de Santa Fe, en Control de la Administración Pública (administrativo, legislativo y judicial) Ediciones RAP, p. 627.
- 34) El artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 señala que "la ley es la expresión de la voluntad general" 35) Fallos 312:1686 (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio). La CFA de Mar del Plata en "Fisco Nacional (AFIP) c/ Ronicevi Sociedad en Comandita por Acciones s/ ejecución fiscal" fallo del 15/08/2002 sobre la inconstitucionalidad de la ley 25239 y las facultades de la AFIP para ordenar medidas cautelares sostuvo que "El Estado de Derecho, obliga al respeto de los principios fundamentales tales como el "debido proceso", y la "tutela judicial efectiva", postulado que presupone, primigeniamente, un juzgador imparcial e independiente 36) Parejo Alfonso, Luciano, Las bases constitucionales del derecho administrativo, en Manual de Derecho Administrativo, Ariel, Barcelona, 1990.
- 37) Comadira, Julio R. Derecho Administrativo, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 133. Criterio éste que ha sido recogido expresamente por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes: 248:364 (punto II.2.8, último párrafo). La Cámara Nacional Civil, Sala G sostuvo "El principio de legalidad resulta un aspecto del "principio de juridicidad". Aquel concepto es consecuencia de la juridicidad que tiene como objeto asegurar la justicia de todos los actos de la administración, por supuesto que también en el ámbito contractual donde queda evidenciada la igualdad, sin que esta pueda ser enervada por supuestas "prerrogativas" estatales que apuntan a no pagar lo que es debido en función del cumplimiento de la contraria; queda en claro que actitudes de este tipo lesionan principios de orden superior, como la propiedad que tiene raigambre constitucional. Por lo demás, la invocación a la voluntad de no pagar por parte de un órgano superior, no puede dejar sin efecto lo dispuesto en la disposición específica dictada por un órgano inferior con competencia para ello." "Oxigenoterapia Norte S.A.C.I.F.I.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Cobro de Sumas de Dinero" del 25/08/1999.
- 38) Díaz Elías, Estado de Derecho..., op. cit., p. 66 39) Entrena Cuesta Rafael, Curso de derecho administrativo, Edit Tecnos, 3ra. edición Madrid, 1970, p. 33 40) Barra, Rodolfo, Principios de derecho administrativo p. 156 y ss.
- 41) García de Enterría Eduardo en Curso de derecho administrativo, Civitas, Madrid, 2000, p. 441.
- 42) Villar Palasi José L. y Villar Ezcurra José L., Principios de Derecho Administrativo T.II, UCM, Madrid, 1993, p. 17, García de Enterría Eduardo en Curso ...op. cit., p. 441/442. Ver también De Esteban, Jorge y Gonzalez-Trevijano, Pedro J., Curso de derecho constitucional español I, Edit. UCM, Madrid, 1992, p. 93 y ss.
- 43) García de Enterría Eduardo en Curso de derecho administrativo.....op. cit., p. 443.
- 44) Cassagne Juan C., Derecho...op.cit., p. 116/117 45) Sigo en este sentido al profesor Julio R. Comadira, El acto administrativo, La Ley, Buenos Aires, enero 2005, p.13.
- 46) Rodríguez María José, El acto administrativo tributario, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 60.
- 47) Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo, Edit. Abeledo Perrot, 2da. Edición actualizada, reimpresión.

Buenos Aires, 1976, p. 25.

48) Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo...op. cit., p. 356 y ss.

49) Peces-Barbas Martínez, Gregorio, Curso...op. y p. cit.

50) Causa "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad", voto del Dr- Ricardo L. Lorenzetti y Fallos 318:524.

51) Opinión Consultiva Corte Interamericana DH - OC-6/86.

52) En ese sentido ver la Opinión Consultiva Corte Interamericana DH - OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67 CIDH.

53) Opinión Consultiva Corte Interamericana DH - OC-5/85. Ver también Comisión Interamericana in re "Sra. X v. Argentina" del 15 de octubre de 1996.

54) Peces-Barba Martínez Gregorio, Curso de derechos fundamentales, Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid...p. 21 y ss. y Muguerza Javier y otros, El Fundamento de los derechos humanos, Edit. Debate, Madrid, 1989.

55) Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1974 T.I, p.III-1.

56) Gordillo Agustín, Tratado...op. cit., p. III-2 57) Sánchez Alberto, Acerca de los cuestionamientos al derecho administrativo como régimen exorbitante RDA 50, Lexis Nexis, p. 869 58) Aristóteles, La política, libro primero, capítulo I, op. cit., p. 21. Ver el análisis que realiza sobre el tema Rodolfo Barra en su Tratado de derecho administrativo, Edit. Ábaco., Buenos Aires, 2002, T. I op. cit., p. 22 59) Alfonso Santiago (h) Bien común y derecho constitucional, Edit. Depalma, Buenos Aires, 2002 60) Papa Juan XXIII, "Mater et Magistra". Martha Zilli de Miranda -en comentario a las decisiones judiciales recaídas en las causas "Asociación Benghalensis y otro c/ministerio de Salud y Acción Social -Estado nacional s/amparo 16.986" y "S/N c/ Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ amparo ley 16986- señala que el bien común es "línea directriz de la política democrática que se concreta en la relación de libertad individual con la integración del individuo en la sociedad"en "La solidaridad social en dos fallos del fuero contencioso administrativo" Rev. ED Supl. Derecho administrativo del 21/08/98 61) Coviello, Pedro J.J. Una introducción iusnaturalista al derecho administrativo, Prudentia Iuris, Nº 56, Buenos Aires, 2002, p. 11 y ss.

62) Comadira Julio R., Derecho Administrativo...op. cit., p. 124 (nota 376). Acerca de la identificación entre orden público, interés público y bien común ver el caso Avico Oscar c/de la Pesa, en Fallos 172:21.

63) Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67 64) Causa "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad" voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, considerando 17 65) Rolla Giancarlo, La Administración en el Estado democrático de Derecho, en Cuadernos de Derecho Público, Septiembre-Diciembre 2002 66) Perez Luño señala que la dignidad humana supone "el valor básico fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicar y satisfacer las necesidad de la persona en la esfera moral" Perez Luño Antonio E. "Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución", Edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 49 y ss. Comparto las reflexiones de Zilli de Miranda en torno a que "(...) el Estado puede y debe actuar en función de su insoslayable cometido, atendiendo a los principales criterios de organización social en una democracia: igualdad de oportunidades materiales, justicia social, solidaridad y subsidiariedad", en "La solidaridad social...op.cit.,p.16 67) Salomoni Jorge L., Interés Público y Emergencia...op. cit.. Este profesor señala que "resulta necesario revisar los postulados sobre los que se construyó el derecho administrativo

decimonónico, sobre todo, lo atinente a la relación jurídica emergente de tal ordenamiento. Ello implicará necesariamente, la reconstrucción del sistema de derecho de los particulares, de la sociedad y del de las potestades estatales." 68) Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 88.

69) Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *Los derechos fundamentales en el estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional*, en *Anuario de Derecho Administrativo*, año 2003, T.X, p. 60.

70) Brito, Mariano R., *derecho Administrativo: su permanencia -contemporaneidad-prospectiva-* Universidad de Montevideo, R.O. del Uruguay, 2004, p. 21.

71) *Ibidem*.

72) Me refiero al artículo mencionado en nota 1 que en página 323 alude a una confusión presente en estudiosos el derecho administrativo argentino (que, por supuesto, sostienen un enfoque opuesto al criterio sustentado por la autora), pues se excluye a los doctrinarios que son pocos.

73) Steiner George *Lecciones de los maestros*, Edic. Siruela-FCE, 2005. Ver también el artículo periodístico *La traición del buen alumno*, *Suplemento de Cultura*, 3 de abril 2005- 74) Tengo el honor de ser discípula del profesor Julio Rodolfo Comadira. He tenido oportunidad de ser su alumna en la Maestría en derecho administrativo de la Universidad Austral, haber participado y colaborado con él, en diversas actividades académicas e integrar su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde hace más de siete años. La dedicación, el estudio, la aceptación de las disidencias en un marco académico de estudio analítico y profundo y la ética, son particularidades de la Escuela que forma Profesor Comadira.