

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Rodolfo Carlos Barra
Abaco, Buenos Aires, 2002
2 tomos

I. La tesis cuatripartita. Coincidencias y disidencias con la concepción integral del mundo del Derecho *

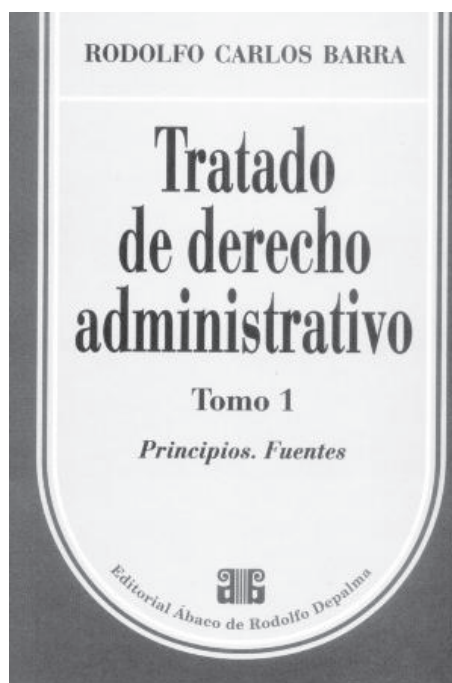
1. En 1980, el autor ** publicó su tesis doctoral bajo el título *“El Derecho Administrativo como sistema de derecho público en el marco de la justicia distributiva”*, donde quiso demostrar que el fundamento del Derecho Administrativo se encuentra en la “necesaria relación entre el concepto del bien común, en tanto que causa final del Estado; la justicia distributiva, como matriz rectora de la concreta e individualizada adjudicación social de aquel bien, y el derecho público, es decir, la rama del ordenamiento que rige a las relaciones jurídicas que tienen como finalidad substancial a tales adjudicaciones”.

“Aquella relación cuatripartita – **bien común, justicia distributiva, norma de derecho público, relación jurídica** – esboza un sistema que permite interpretar el derecho administrativo a partir de principios, de elementos y de un método propios y específicos”.

De este modo el autor quiere afirmar “la sustantividad del derecho administrativo, explicado como un sistema coherente y autosuficiente, sin perjuicio de sus indispensables elementos de conexión con el resto del ordenamiento jurídico”.

2. En su reciente *“Tratado de Derecho Administrativo”*, el Prof. **Rodolfo Carlos Barra**¹ aplica la tesis cuatripartita al estudio de esta rama del derecho, con base en la “filosofía perenne” y la interpretación tomista del derecho.

“Este trabajo – dice – propugna la sistematización y metodización del Derecho Administrativo, como rama del derecho público que garantiza el cum-



plimiento del acto justo en las relaciones de justicia distributiva y está referido a la regulación de la relación jurídica Estado(Administración Pública) – administrado”..

En el primer tomo de su *“Tratado”* estudia los siguientes temas: el gobierno, la administración pública, la función administrativa, la relación jurídica administrativa y las fuentes del derecho administrativo, en especial, los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa, los decretos ejecutivos y los reglamentos autónomos, a la luz de la reforma de la Constitución Argentina de 1994.

El segundo tomo lo dedica a estudiar la teoría y sistema de la organización pública; el órgano, las personas jurídicas estatales, entes descentralizados y órganos descentralizados y, en especial, a la organización constitucional de la Nación Argentina y de

* La concepción integral del Mundo del Derecho fue expuesta por el autor de este trabajo en *“Objeto Contenido y Método del Derecho Administrativo en la Concepción Integral del Mundo del Derecho”*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

** El Dr. Rodolfo Carlos Barra es profesor titular del Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina. Fue Juez de la Corte Suprema de la Nación. Fue Ministro de Justicia. Fue Auditor General de la Nación. Fue Convencional en la constituyente de 1994. Es autor de los siguientes libros:

«Principios de Derecho Administrativo», (1980).

«Contrato de Obra Pública», (4 tomos).

«Los Actos Administrativos Contractuales», (1989).

«El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional», (1995).

«La Protección Constitucional del Derecho a la Vida», (1996).

«Los Derechos del por nacer en el Ordenamiento Jurídico Argentino», (1997).

«Fuentes del Ordenamiento de la Integración», Buenos Aires, 1998.

¹ Barra, Rodolfo Carlos, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, tomo I, “Principios. Fuentes”, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2002, 700 págs.; tomo II, “Organización y función pública. La Iglesia”, 2003, 1019 págs.

la Iglesia Católica, con un amplio desarrollo sobre esta última (650 páginas).

En el futuro, se propone estudiar el sistema de la “hacienda pública”, con centro en el “presupuesto general de estimación de recursos y autorización de gastos”, la “regulación administrativa”, en sus principales materias, como la “policía”, la “regulación del medio ambiente”, la “regulación urbanística”, y la “regulación económica en general” y, específicamente, en sus sectores más trascendentes; el “servicio público” como uno de los principales sectores estatales de gestión del bien común y el “fomento” como otra modalidad intervencionista del estado sobre la vida social, y en el plano económico, sobre el mercado.

También se propone estudiar la “responsabilidad del Estado”, el “procedimiento recursivo” y el “proceso judicial” destinado a la solución de las controversias entre la Administración y los administrados.

3. Sostiene que la “organización” del Estado y de la Administración Pública es un elemento esencial del ordenamiento jurídico y especialmente de su subsistema, el ordenamiento administrativo ².

La organización del sector público – dice – traslada sus efectos sobre la “relación jurídica administrativa”, determinando, junto con el elemento rector o idea fuerza de la justicia distributiva, su sustantividad, siendo la “decisión administrativa” un producto de la organización y un elemento generador de efectos jurídicos.

Considera al “acto administrativo” como el corazón del régimen jurídico público, que corresponde a toda decisión y relación jurídica administrativa, asignándole también “un enorme ámbito de expresión y concreción de la decisión administrativa” a los “contratos administrativos”, en sus distintos tipos y regulaciones concretas, “todos los cuales reciben la sustantividad de derecho público que les traslada la secuencia de actos administrativos “coligados” en el procedimiento contractual, tanto genético, como de ejecución”.³

4. Coincidiendo con la concepción tomista del Estado en la cual la **causa eficiente de éste**, es la naturaleza social del hombre; la **causa formal**, el poder; la **causa material**, la población y el territorio, y la **causa final**, el bien común, Barra postula el bien común como la causa final del Estado y su razón de

ser, lo que justifica el poder del Estado, sus límites y alcances.

El bien común “consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona”, de las familias y de las asociaciones, para lograr su propia perfección.

“En consecuencia, la vida práctica de la sociedad es un entramado de relaciones de justicia. Esta virtud, al dar a cada cual –individuo, agrupación u organización– su derecho, establece una forma de orden social, el orden justo, en un clima de pacífica y libre convivencia”.

5. “**El ordenamiento jurídico** establece una organización institucionalizada para resolver pacíficamente conflictos generados por el acto injusto –la organización de los tribunales judiciales–; pero esta organización nada puede hacer en casos de injusticia estructural, como la que provocó la “cuestión social”.

El acto justo es también el que manifiesta tolerancia, no discriminación, respeto por las minorías, es decir, realización plena de la justicia en las relaciones comunitarias.

6. Para el ordenamiento –instituciones y normas– sólo interesa la exteriorización del acto. Aquello que es “íntimo”, que no se exterioriza, se encuentra protegido por el “derecho a la privacidad”, consagrada en el art. 19 de la Constitución Argentina de 1853 ⁴ (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservados a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. XI, “Protección de la honra y la dignidad”) que, a partir de 1994, forma parte de dicha Constitución.

7. La base del sistema jurídico es la **libertad negocial** (“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, dice el art. 1197 Código Civil Argentino). Esta es la regla de la autonomía de la voluntad, – afirma – basada en la libertad negocial. El ordenamiento jurídico actúa de manera supletoria y pone a disposición de las partes la organización estatal, permitiendo el funcionamiento del

² En el segundo tomo dedica 70 págs. al estudio de “*La organización y el ordenamiento jurídico*”, incursionando en temas propios de la ciencia de la administración, como la burocracia, y más de 100 págs. al estudio de “*Las figuras organizativas*”, analizando además de las ya señaladas, las relaciones orgánicas, la competencia, la avocación, la delegación, la sustitución, la suplencia y la intervención. También estudia la “*Organización Constitucional*” (nacional, federal y provincial) temas propios del derecho constitucional (115 págs.), y “*La Organización de la Iglesia Católica*”, tema propio del derecho canónico, que poca relación tiene con el derecho administrativo.

³ Barra es autor de la “*Teoría del Acto Coligado*” desarrollada en su libro “*Los Actos Administrativos Contractuales*” Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁴ Ver Martins, Daniel Hugo, “*Constitución y Administración*”, tomo I, segunda edición, corregida y ampliada a 1977; “*El Principio de la Libertad individual en la Constitución Nacional*”, págs. 365 y sigs., donde se estudia el fundamento filosófico del art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

mercado, sin perjuicio de ciertos actos prohibidos, por ser contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

8. “**La relación jurídica** – dice - es la realidad dada, existente, sobre la cual el legislador debe operar, ya que la realidad primaria, en el mundo de lo jurídico, está formada por las relaciones entre los sujetos, que siempre son relaciones de justicia. La norma es creada por la organización para regular, dispositiva o imperativamente, aquella relación jurídica conforme con las exigencias del bien común.”

9. “La relación de justicia conmutativa encuentra su garantía y regulación en normas de derecho privado; mientras que la relación de justicia distributiva se refleja en normas de derecho público”.

“Existe un “contenido a priori”- agrega - que determina que una u otra relación jurídica y una u otra norma a ella vinculada, pertenezcan a un sector u otro del ordenamiento normativo”. Ello “ ... no significa ni una rígida contraposición entre las **dos ramas del derecho –público y privado-** ni tampoco la imposibilidad de que las relaciones jurídicas regidas por la justicia distributiva, y por lo tanto, por el derecho público, reciban una aplicación determinada y circunscripta de derecho privado”.

10. Lo expuesto es un síntesis del pensamiento de **Barra**, extraída de esa cantera inagotable de reflexiones, ideas e información que es realmente su “Tratado”.

Lo sorprendente es que, sin que él hubiera leído mis libros y, por mi parte, sin conocer en detalle esta concepción de la Sociedad, del Estado y del Derecho, llegamos a similares conclusiones, las cuales disienten, en varios aspectos, con la concepción positivista.

II. Las Bases Filosóficas de la Tesis “Cuatripartita”.

Dichas bases son las siguientes:

1. **El derecho natural y el Estado.** “El derecho natural tiene contenido jurídico en sí mismo, pero precisa del reconocimiento estatal. Sin perjuicio de que un derecho estatal contrario al derecho natural, sea un derecho injusto, es decir, no sea derecho sino un mero acto de fuerza. La ley natural –comprensiva del derecho natural, de la ley moral y del derecho divino positivo- obliga a la persona, en la elección del bien y el rechazo del mal, en la intimidad de su conciencia, pero en las relaciones intersubjetivas, sus efectos prácticos deben ser garantizados por el Estado. La Iglesia que como veremos es sociedad perfecta al igual que el Estado, sanciona en su esfera, y en cumplimiento del mandato divino fundacional, las violaciones de la ley natural, amén de establecer su propio ordenamiento jurídico autosuficiente”.

2. **La justicia.** “De acuerdo con la definición tomista, la justicia es la virtud según la cual “uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”.

“La virtud de la justicia se da en la ocurrencia de tres condiciones: **el otro** (alteridad) como término; **lo debido** como objeto y **la igualdad** como medida”.

“La virtud de la justicia no sólo debe predicarse con relación a las conductas –reflejadas en el acto exterior, el acto justo- de los individuos, sino de las propias agrupaciones sociales y, consecuentemente, de la máxima agrupación social u órgano superior de la conducción de la vida comunitaria, que es el Estado”.

“En consecuencia, la vida práctica de la sociedad es un entramado de relaciones de justicia. Esta virtud, al dar a cada cual –individuo, agrupación u organización- su derecho, establece una forma de orden social, el *orden justo*, en un clima de pacífica y libre convivencia. Esta convivencia se altera cuando las relaciones son “de injusticia”, es decir, contradictorias con la realización del acto justo, por el desconocimiento o negación de los derechos de los otros. La víctima de la injusticia sufre un agravio físico, moral y psicológico que lo predispone, siquiera a una violencia interior contra el injusto, aunque tal sentimiento de violencia no se exteriorice en acciones prácticas, como ocurre en la mayoría de las situaciones. En este clima social no existe un verdadero orden, el orden en libertad, que no es otra cosa que el ejercicio y disfrute pacífico de los derechos de cada uno, incluso del cuerpo social. El orden impuesto por las tiranías o sistemas totalitarios –por definición injustos- es un desorden sustancial, un estado de desequilibrio que sólo logra mantenerse por la fuerza y por tanto es contrario a la paz.”

“Los casos circunstanciales de injusticia, deben ser corregidos tanto a nivel individual como general. Aquí la justicia aparece también como una aspiración, un ideal a realizar, siempre perfectible, como todo lo humano; es decir, nunca habrá en lo temporal una sociedad plenamente justa y el ideal de la justicia –como una constante y perpetua voluntad, precisamente- debe motivar permanentemente a establecer condiciones de vida colectiva e individuales más justas.

Otra situación es la que se refiere a “sociedades” establecidas a designio según un sistema injusto, con voluntad, para los que aprovechan de ello, de perduración. En este caso no existe verdadera sociedad, sino un mero agrupamiento donde predomina desordenadamente la ley del más fuerte.”

3. **Sociedad, bien común y justicia.** “En definitiva, sociedad, bien común, justicia, son casi términos equivalentes, o maneras de ver una misma realidad desde distintas perspectivas. La sociedad se especi-

fica en el bien común, existe para su realización, y este último existe para ser adjudicado en el verdadero bien individual de cada persona, en lo que a cada uno le corresponde. Sin bien común no hay sociedad y sin justicia –dar a cada uno lo suyo– no hay bien común –esta es la razón por la cual la justicia es virtud general– por ende una sociedad injusta no es una verdadera sociedad humana.”

4. La justicia general y la justicia particular. La justicia general orienta la conducta hacia el bien común y la justicia particular tiene por objeto el bien particular, pero el derecho del otro debe ser reconocido de manera que al hacerlo automática y contemporáneamente se beneficie el bien común.

Así en una misma relación jurídica la justicia particular regirá la conducta de cada parte con respecto a la otra y la justicia general ordenará esas conductas, en el conjunto de la relación, hacia el bien común.

“A causa de la primacía del bien común, aunque las conductas recíprocas de las partes se encuentren ajustadas entre sí, dichas conductas y las prestaciones que contienen serán injustas si contradicen el bien común”.

5. Normas subsidiarias y normas imperativas. Las normas positivas deben contener la justicia general (inspirarse en ella) necesariamente.

Santo Tomás define la ley como *“una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”*.

La justicia general puede estar contenida en la norma positiva de dos maneras: potencial y actual.

En el primer caso, en el que el bien común está comprometido sólo indirecta y mediatamente, las normas positivas son supletorias. Las partes son las “legisladoras” directas, inmediatas, de la relación jurídica, según su voluntad.

En el segundo caso, en el que el bien común está comprometido directa e inmediatamente, la presencia de la justicia general en la norma positiva es actual y necesaria, las normas positivas son imperativas.

Las normas que impiden que los ajustes de las prestaciones recíprocas contradigan el bien común, son de orden público.

6. El orden público. Siguiendo a **Llambías**⁵, **Barrera** lo define como *“el conjunto de principios inminentes- religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”*.

Sólo el Estado –agrega– es el responsable de la realización del bien común.

Corresponde a la prudencia de los gobernantes establecer cuándo una norma positiva es de orden público, teniendo en cuenta el principio de

subsidiariedad.

7. La jurisprudencia norteamericana del “compelling interest”. Se justifica la limitación por el legislador de derechos reconocidos por la Constitución Federal, cuando existe un interés sustancial, plausible, suficiente y apropiado, razonablemente proporcionado entre el bien que procura proteger y la limitación establecida.

“La corrección –guiada por la prudencia– de la acción de gobierno, consiste en utilizar esta herramienta sólo en la medida adecuada y, en caso de duda, optar por la libertad de la iniciativa privada, ya que la experiencia indica que esta es la verdadera impulsora del bien común.”

8. La incidencia de la justicia general no ya sobre las relaciones jurídicas, sino sobre las conductas de los particulares. Les impone limitaciones en interés de la seguridad, moralidad y la solidaridad públicas, habilitando a la Administración pública a actuar “de oficio”, aplicando sanciones independientemente de la voluntad de las partes.

9. La policía. Es un concepto técnico-jurídico que expresa la actividad regulatoria de la Administración, siempre en los casos en que la autorice a la verificación y sanción de oficio, utilizando aquí el término “regulación” en un sentido estrecho.

La regulación y actividad de policía encuentra su fundamento en el bien común, realizado a través de la virtud de la justicia.

Distingue la policía como “poder” y la policía como ejercicio efectivo de ese poder. El “poder” de policía, en tanto parte inherente del poder estatal, se asienta en la responsabilidad del Estado frente al bien común.

La norma de policía es de orden público.

En el ejercicio de “poder” de policía mediante medios coercitivos y coactivos se entablan relaciones jurídicas de derecho público.

10. El derecho público y el orden público. EL derecho público es el sector del ordenamiento jurídico que regula las relaciones jurídicas regidas por la virtud de la justicia distributiva, mientras que el orden pública es una cualidad que afecta a la norma (tanto de derecho público como de derecho privado), mediante la cual orienta, imperativamente, el contenido de la relación jurídica en beneficio del bien común.

11. Justicia conmutativa y justicia distributiva. Son dos especies de la justicia. La relación de parte a parte se rige por la justicia conmutativa y la relación entre la comunidad y cada una de las personas individuales es dirigida por la justicia distributiva que reparte proporcionalmente los bienes comunes.

⁵ Llambías, Jorge J., *“Tratado de Derecho Civil”*, parte general, Buenos Aires, 1964.

12. **Aplicación del derecho privado a las relaciones jurídicas del D. Público.** No existe ningún impedimento que el Estado se obligue mediante la utilización de instrumentos de derecho comercial: cheques, etc. El instrumento será regido por el Derecho Comercial, pero la relación sustantiva por el Derecho Público.

En la relación de justicia distributiva, la aplicación de normas de Derecho privado, puede tener lugar como mero acto de aplicación, instrumental, accesorio, sin desnaturalizar la esencia de la relación jurídica.

13. **No pueden existir actos privados de la Administración.** Está sólo se expresa por actos administrativos en ejercicio de la función administrativa. Tampoco pueden existir “contratos privados de la administración”.

14. **Incidencia del derecho administrativo en las relaciones jurídicas privadas.** Siguiendo a **Rivero Isern**⁶ sistematiza dichos casos en la forma siguiente:

a) Actos administrativos constitutivos de relaciones jurídico-privadas. (Ej.: aprobación del contrato privado).

b) Actos administrativos presupuestos para la válida constitución de relaciones jurídicos-privadas. (Ej.: “contratos forzosos”). Matrimonio civil.

c) Actos administrativos determinantes de elementos objetivos de las relaciones jurídico-privadas. (Ej.: precios máximos, salarios mínimos, etc.)

d) Actos administrativos productores de efectos en las relaciones jurídico privadas. (Ej.: “declaración de ruina de un edificio”).

III. La Sociedad, el Estado y el Derecho, según Barra

Las bases de su concepción son las siguientes:

1º) La sujeción a normas, por parte de los seres humanos, responde a la naturaleza social del hombre, a la alteridad – referencia al otro -, que es la base de la existencia de la sociedad.

2º) **La sociedad** puede identificarse por el conjunto de reglas de conducta por la que los hombres se vinculan, las que constituyen el complejo de relaciones humanas sometidas a reglas que orientan las conductas intersubjetivas o con efectos externos al agente.

3º) **El Estado** es una manifestación societaria a la que le compete la creación y sustento de las reglas de conducta que poseen contenido jurídico.

4º) **El Estado** se presenta como sistema jurídico en su plenitud, porque, a la vez, es creador y parte del ordenamiento jurídico – institución, es decir, el complejo organizativo y sus instituciones que producen y garantizan la eficacia de las normas, sin iden-

tificarse ni confundirse con ellas, lo que siguiendo a **Santí Romano**, lo separa de la concepción de **Kelsen**.

5º) La conjunción Estado-organización exige diferenciar a la norma del Estado, ya que la organización existe para garantizar la existencia, aplicación y el cumplimiento de la norma, a la vez que la organización sólo puede subsistir como tal en la medida que se someta a la norma.

6º) El “**Estado de Derecho**” es un modelo ideal que expresa un tipo de organización en sí misma apropiada para la realización del bien común.

7º) “Estado de Derecho”, en cuanto norma, es la garantía de los derechos humanos y en cuanto organización, conducido por personas electas por la voluntad popular (sistema democrático-representativo) garantiza que las decisiones sean tomadas luego de un proceso que supone la deliberación y la libre expresión de las minorías, con separación de poderes y la preeminencia de la Constitución, asegurada por un Poder Judicial independiente, lo que impide que la ecuación Estado – ordenamiento jurídico – Estado creador y, a la vez, elemento del ordenamiento, conduzca al totalitarismo.

8º) El Estado-organización no agota el contenido del ordenamiento, existiendo en la sociedad un complejo de ordenamientos cuya efectiva vigencia social y su calificación de “jurídicos” precisan el reconocimiento por el ordenamiento estatal, siempre sometido a la ley natural, con obligación de reconocer y garantizar los derechos naturales del hombre.

9º) El **Estado-organización** y el **Estado-norma**, es decir, el ordenamiento jurídico estatal, existe para ser garantía del pleno goce de los derechos fundamentales de que son titulares cada mujer y cada hombre “de carne y hueso”; pero, a la vez, el Estado es una persona que actúa en la vida social en relación de alteridad, para satisfacer sus propias necesidades y obtener su propio fin, cuyas relaciones están reguladas por el derecho público y particularmente por el derecho administrativo.

10) “El Estado expresa la plenitud del ordenamiento jurídico, pero, como vimos, no lo agota, ya que además del cuasiordenamiento jurídico internacional –donde el Estado (nacional) se autoobliga- o supranacional –en el que existen órganos superiores con un también cuasi poder de coacción sobre sus miembros, el ordenamiento se encuentra además integrado por normas protectoras de derechos que se consideran propios de la naturaleza humana y que el ordenamiento sólo puede reconocer, pero no crear.”

“Estos **derechos humanos** existen fuera del ordenamiento, dado que lo preceden, aunque se ejercen en su seno, en la medida que todo el sistema jurídico, para ser reconocido tal, debe estar al servi-

⁶ Ribero Isern, Enrique, “*El Derecho Administrativo y la relación entre particulares*”, Sevilla, 1969.

cio de su protección y efectiva vigencia, conforme las circunstancias históricas vayan identificándolos y señalando la necesidad de su protección a través de distintos institutos jurídicos esparcidos por todas las ramas del mismo ordenamiento. Dicho reconocimiento se expresa habitualmente en las constituciones de los Estados, por lo que el derecho constitucional es la rama del ordenamiento normativo que fundamenta el autosometimiento del complejo sistémico “ordenamiento jurídico” a los derechos humanos, amén de organizar la estructura superior del Estado para garantizar la vigencia política de tal sometimiento.

11) **El concepto de derecho**, en cuanto ordenamiento jurídico, exige tres elementos constitutivos: **la sociedad**, como base fáctica de la cual emana el derecho; **el orden**, como fin al que el derecho tiende y **la organización**, como medio para realizar el orden.

Todo grupo social organizado – agrega – es una **institución**, con lo cual vincula la doctrina del ordenamiento jurídico de **Romano**, con la concepción institucionalista de **Hauriou**.

12) **El sistema social** se encuentra fundado sobre una pluralidad de ordenamientos jurídicos, a los que el ordenamiento jurídico estatal les confiere la unidad; incluso existe una pluralidad de ordenamientos dentro del propio sistema estatal, tanto dentro de los límites nacionales, especialmente en el caso de los regímenes federales, como también en el concierto internacional, donde el “derecho internacional público” comprende la relación entre el ordenamiento internacional con los distintos ordenamientos nacionales y entre los ordenamientos supranacionales de la integración con los ordenamientos nacionales integrados.

13) El ordenamiento es también **relación jurídica**, ya que la sociedad que lo fundamenta denota un conjunto de relaciones intersubjetivas que adquieren dimensión jurídica cuando, en su consideración unitaria, se institucionalizan orgánicamente.

En consecuencia, -concluye- el ordenamiento es un sistema, compuesto por la idea rectora de una cierta concepción del orden, el desarrollo de una organización y sus instituciones, que generan normas destinadas a regir determinadas relaciones jurídicas.

14) “Para identificar a la **relación jurídica regida por el derecho administrativo** debemos tener en cuenta cuál es la idea rectora de orden o de justicia que debe primar en una determinada relación intersubjetiva; cuál es la organización institucionalizada que en ella se encuentra comprometida; cuál debe ser la estructura de la norma que regirá tal rela-

ción jurídica, estructura que siempre deberá estar adecuada a la idea de orden o justicia y a la organización comprometida.”

15) “La relación del hombre con la sociedad y con su órgano máximo, el Estado, se da a través de una estructura piramidal o escalonada en la que cada escalón significa un orden de necesidades personales y la agrupación social que las satisface. Esta sociabilidad, como dice **Platón**, no tiene por fin solamente defenderse del medio hostil, sino sobre todo permitir una vida virtuosa y feliz. El Estado es, entonces, sociedad natural, por cuanto emana de la misma naturaleza del hombre, quien lo requiere en orden a lograr su propia perfección. Es también sociedad perfecta en lo temporal, en la medida en que agota las apetencias sociales del hombre, pero para los católicos, la Iglesia, sociedad perfecta en su esfera, satisface el hecho de salvación del ser humano, conduciéndolo a la obtención del bien eterno.

16) **El principio de subsidiariedad**. La competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias– no pueda o no deba desarrollarse.

17) **El derecho administrativo**. “Es la rama del derecho público que regula la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados y en su propia organización y estructura interna”.

18) **La actividad administrativa**. Es aquella actividad «concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediata de fines de interés general».

19) **La conducción política o gobierno**. Se expresa y se ejerce a través de la administración, la legislación y la jurisdicción. El gobierno en cualquiera de las tres ramas es una acción de impulso direccionado –por los valores inspiradores de la concepción política– de las tres actividades antes citadas.

El gobierno superior de los asuntos del Estado se expresa a través de “**actos de gobierno**” y “**actos institucionales**”.

IV. La Concepción integral del Mundo del Derecho

1. Siguiendo a **Reale**, autor de la Teoría tridimensional del Derecho, sostuvimos⁷ “que el Derecho no está constituido solamente por normas, sino que es “*una integración normativa de los hechos según valores*”, agregando: “*a través de las organizaciones sociales que lo crean*”.

⁷ Martins, Daniel Hugo, “Objeto Contenido y Método del Derecho Administrativo en la Concepción Integral del Mundo del Derecho”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, págs. 13 y 14.

Expresé que la dimensión tridimensional del Derecho (determinadas valoraciones de los hechos sociales culminan en una integración de naturaleza normativa) debía completársela con una cuarta dimensión: la organización humana que la hace posible.

“A partir de ésta visión dinámica del sistema jurídico –dijimos– integrado por múltiples ordenamientos y organizaciones, actuando con una mayor o menor autonomía, pero siempre bajo el contralor estatal, federal o internacional, hemos intentado resumir estas ideas en la forma siguiente: CONCIBO EL DERECHO COMO UNA ESTRUCTURA SOCIAL HUMANA, BASADO EN UN SISTEMA NORMATIVO, ORGÁNICO E INSTITUCIONAL, INSPIRADO EN LA JUSTICIA, QUE ORIENTA LA CONDUCTA DE LOS HOMBRES EN SUS RELACIONES INTERSUBJETIVAS Y COMO INTEGRANTES DE LAS DIVERSAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS EN SUS RELACIONES RECÍPROCAS, PREVIENIENDO Y RESOLVIENDO SITUACIONES CONFLICTUALES CON EL FIN ÚLTIMO DE QUE CADA SER HUMANO DESARROLLE PLENAMENTE SU PERSONALIDAD FÍSICA Y ESPIRITUAL EN CONVIVENCIA PACÍFICA”.

2. Asimismo afirmamos ⁸ **“El mundo del derecho tiene su razón de ser y su finalidad última en la tutela de la persona humana.** El hombre, ser biológico y espiritual, necesita relacionarse con los demás hombres para satisfacer sus necesidades de carácter biológico, económico, social, cultural, político y religioso.

“Para satisfacer esas necesidades –como vimos– funda la familia, el municipio, la sociedad comercial, las asociaciones deportivas, artísticas y recreativas, el sindicato, los partidos políticos, la iglesia, etc.

“Todas ellas son organizaciones sociales que tienen sus propias reglas de organización y funcionamiento, sus administradores y funcionarios, sus dirigentes y afiliados, con sus derechos y obligaciones y sus sistemas de solución de controversias y de disciplina frente a los desarreglos de conducta.

“Estas organizaciones y sus respectivos ordenamientos jurídicos son reconocidos por el Estado, siempre que no violen determinadas reglas de garantía establecidas por razones de interés general.

“También se regula el poder del Estado, su organización y funcionamiento y las relaciones con otros Estados y organismos internacionales.

“Pero todas esas organizaciones y ordenamientos jurídicos tienen una finalidad fundamental: la tute-

la de la persona humana, para que pueda vivir en libertad, paz y justicia, junto a los demás seres humanos, de modo que le permita a cada uno desarrollar su personalidad plenamente, en armonía con los demás.

“Ser persona es una cualidad propia de los seres humanos. No la tienen los demás animales, seres irracionales.

“El poseer cuerpo y alma, inteligencia y voluntad, libre albedrío y conciencia moral y poder expresarse mediante el lenguaje, le da a los seres humanos una superioridad sobre los que carecen de razón, de donde deriva su dignidad ⁹.

“La vida del hombre no es un mero existir, trasciende su naturaleza biológica por el conocimiento y el amor. Ningún ser humano puede ser privado de su vida; vivir es un bien inherente a su calidad de persona, a su dignidad personal ¹⁰.

“Del mismo modo, la integridad de la persona debe ser preservada tanto física, psíquica como moralmente, no pudiendo ser objeto de lesiones, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes ¹¹.

“Dotado de conciencia y voluntad, la libertad es esencial a la persona humana. Salvo que lo prohíba la ley por necesidades del bien común, nada le está prohibido hacer o decir, salvo que lesione derechos de tercero o las buenas costumbres. Tampoco nadie puede mandarle que haga o diga lo que la ley no manda hacer.

“La libertad de expresión de pensamiento es una necesidad espiritual de la persona, que no puede ser limitada, salvo que atente contra el honor de los demás o perjudique el bien común.

“Ser respetado por los demás, en su imagen e intimidad, no ser escarnecido ni humillado, son derechos sin los cuales no se concibe la dignidad inherente a la condición de persona ¹².

“Por ello, a toda persona (cualquiera sea su raza, religión, creencias, opiniones o condición social) debe reconocérsele el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor.

“También el derecho a la seguridad, a vivir sin temor. No ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, propia y de su familia, garantizándole la inviolabilidad de su domicilio, de sus documentos y correspondencia.

“El derecho a trabajar, gozar y disponer de sus bienes, son asimismo derechos inherentes a la naturaleza humana. Lo mismo que la libertad de contratar.”

⁸ Ob. cit., págs. 46 a 48.

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“La dignidad de la persona humana”*, Madrid, 1993.

¹⁰ RECASENS SICHES, Luis, *“Tratado General de Filosofía del Derecho”*, México, 1965, pág. 559.

¹¹ LANZIANO, Washington, *“Derechos Humanos”*, Montevideo, 1998.

V. Coincidencias y diferencias entre la concepción integral de mundo del derecho y las ideas de Barra sobre la Sociedad, el Estado y el Derecho.

1. En nuestro libro coincidimos con Barra en que la ciencia del Derecho no debe estudiar solamente las normas, sino las organizaciones que crean y aplican dichas normas, y las relaciones jurídicas intersubjetivas que se traban en el seno de la sociedad, así como las relaciones de las organizaciones entre sí y con las personas¹³.

“Afirmamos que la Ciencia del Derecho debe estudiar no solamente las normas jurídicas que surgen del Derecho positivo presente, sino la actividad permanente, incesante, de regulación de la conducta intersubjetiva, mediante la actividad negocial, constituyente, legislativa, ejecutiva, jurisdiccional, gubernativa y administrativa; la creación, organización, funcionamiento y actividad de las personas jurídicas; el juzgamiento de las conductas y la aplicación de las sanciones, así como los demás elementos que forman parte del mundo del Derecho.

2. Compartimos con Barra que el Estado es, a la vez, organización – institución y ordenamiento jurídico, que crea o reconoce y al que se somete, incluso a normas creadas por organismos supra-estatales (Derecho de la Integración, Derecho Internacional).

3. Estamos de acuerdo en destacar la importancia de la organización en la formación, interpretación y aplicación del Derecho¹⁴ y aplicar la teoría general de sistemas al mundo del derecho¹⁵.

4. Participamos de la tesis de la pluralidad de ordenamientos jurídicos y que todos ellos tienen su razón de ser y su finalidad en la tutela de la persona humana¹⁶: titular de derechos que son inherentes a la naturaleza humana (Constitución art. 72).

5. Coincidimos en las nociones de “Estado de Derecho” y “libertad negocial”, así como sostenemos el principio de subsidiariedad y que al Estado sólo debe interesarle el acto externo de las personas, respetando y protegiendo su intimidad¹⁷.

6. También coincidimos en que el ordenamiento jurídico establece una organización institucionalizada para prevenir y resolver pacíficamente los conflictos de intereses¹⁸.

7. Compartimos la utilidad de la distinción entre Derecho Público y Derecho privado, aunque

Barra sostiene que las normas de derecho privado son las que garantizan una relación intersubjetiva de justicia conmutativa, en cambio las normas de derecho público garantizan relaciones de justicia distributiva, aceptando que las relaciones jurídicas regidas por la justicia distributiva puedan ser reguladas en ciertos aspectos, muy circunscriptos, por el derecho privado.

8. Nuestra discrepancia: Creemos innecesario fundar las sociedad, el estado y el derecho en una concepción filosófica –sin perjuicio de respetar sus convicciones-, cuando puede llegarse a las mismas conclusiones sin adherir a la concepción tomista.

9. No puede compartirse su afirmación de que “en definitiva, sociedad, bien común, justicia, son casi términos equivalentes o maneras de ver una misma realidad desde distintas perspectivas”. En las propias definiciones que establece el autor de sociedad, de bien común y de justicia, se establecen diferencias sustanciales.

10. *Disentimos con la afirmación de que la sociedad se encuentra ordenada mediante el poder político del Estado, orden que la conduce al bien común.*

La realidad nos demuestra que solamente en los estado de derecho es posible que el poder político del Estado establezca normas, inspiradas en la justicia, que de ser obedecidas, pueden conducir al logro del bien común, aunque éste no siempre puede lograrse. En las dictaduras y estado totalitarios, las sociedades no están ordenadas hacia el bien común. Quiero decir que el bien común no es un logro automático, sino una aspiración, como la estrella polar que guía a los navegantes.

VI. El Derecho Administrativo como régimen de derecho público, según Barra.

1. Afirma que el Derecho público es el sector del ordenamiento normativo que rige las relaciones jurídicas en las que el Estado –único responsable de la realización del bien común temporal- es sujeto pasivo o deudor de la distribución de ese bien común, de acuerdo con las exigencias de la justicia distributiva.

2. El derecho público –agrega- admite ser dividido en subespecies jurídicas, cada una de ellas con autonomía científica y normativa, apropiadas al tipo y contenido de la relación jurídica que vincula al Es-

¹² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El Derecho al honor también existe”, publicado en “Héctor Gros Espiell Amicorum liber/Persona Humana y derecho Internacional”, vol. I, Bruylant, Bruselas, 1997 y en “Estudios sobre Derechos Humanos”, Ind. Gráf. Nuevo Siglo Ltda, Montevideo, 1999, págs. 61 y sigs.

¹³ MARTINS, Daniel Hugo, Ob. cit. pág. 46, 49 y 91.

¹⁴ Ob. cit., pág. 61.

¹⁵ Ob. cit. pág. 63.

¹⁶ Ob. cit. págs. 36 y 46.

¹⁷ Ob. cit. págs. 70, 88 y 326.

¹⁸ Ob. cit. pág. 50.

tado con sus súbditos. Así, el **derecho constitucional, el penal y el procesal** (en relación entre el juez y las partes del proceso); lo mismo sucede con el **derecho administrativo**.

“En tal sentido –concluye–, en una primera y superficial aproximación, puede afirmarse que *el derecho administrativo es la rama del derecho público que regula la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados y en su propia organización y estructuración interna*.”

“Por simple identificación de vocablos, es fácil aceptar que la actividad característica de la Administración Pública (con las salvedades que más adelante se expondrán) es, precisamente administrar.”

3. La Administración Pública. Funcionalmente –dice– administrar indica una actividad de gobierno de mando o dirección y también de distribución o suministro de alguna cosa o servicio, generalmente para bien de un tercero. Materialmente, administrar es una actividad de organización de bienes disponibles, tanto materiales como inmateriales (ej. personal). En sentir genérico y vulgar, administrar es gestionar bienes propios o ajenos. El Estado (Administración) gestiona sus propios bienes para la realización del bien común. La Administración estatal se refiere tanto a la disposición de los medios para obtener un resultado como a la ordenada y justa distribución del bien común a sus destinatarios (“administrados”).

4. La Administración es organización. Afirma que el elemento “organización” es esencial en el sistema de la institución estatal, compartiendo la opinión de **Hauriou, Romano y Mosher – Cimmino –** “Dado que el elemento “organización” es esencial para calificar a la actividad administrativa, el mismo debe ser también considerado como calificador de la relación jurídica derecho administrativo, en definitiva, *un elemento de la misma relación jurídica. Así, la relación jurídica administrativa expresa la actividad jurídica de la organización de las Administraciones Públicas*, según lo veremos en detalle en el próximo volumen”.

5. La Administración como organización y como actividad.

Como organización: es el conjunto de personas y de órganos que se estructuran centralizada o descentralizadamente, en el complejo orgánico del Poder Ejecutivo.

Como actividad estatal: es aquella “*actividad concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediatamente de fines de interés general*”, aunque, a veces, no es concreta, ni espontánea.

6. Para el Derecho Administrativo –afirma– la ciencia de la Administración es una herramienta

imprescindible para la correcta interpretación de las instituciones administrativas.

7. Estudia tres criterios para considerar la actividad administrativa a los efectos del Derecho Administrativo: 1º) Subjetivo; 2º) Objetivo; 3º) Mixto.

El 1º, son órganos estructurados jerárquicamente que actúan dentro del Ejecutivo para el cumplimiento de sus fines. Ello excluye los actos con contenido administrativo del Poder Judicial y Legislativo

El 2º, se refiere al contenido de la actividad, no importando el sujeto; aunque no explica por qué los actos materialmente legislativos (como los reglamentos) y los actos jurisdiccionales se estudian en Derecho Administrativo.

La 3ª, define la función administrativa como la que realizan los órganos administrativos y también los órganos legislativos y jurisdiccionales, pero excluyendo de ella los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.

8. Distingue entre **actividad y función administrativa**. La “actividad” es la relación de la voluntad estatal con la norma jurídica, sea que le de nacimiento; la aplique a situaciones particulares y concretas o resuelva conflictos intersubjetivos, es decir, actividad legislativa, ejecutiva o administrativa y jurisdiccional, actividades connaturales del Estado. Históricamente, las tres eran desempeñadas por un solo órgano; luego se crearon otros dos, asignándole parte de la actividad estatal.

Cada uno de los tres órganos realiza su actividad según un procedimiento específico (jerárquico en el Poder Ejecutivo, deliberante en el Poder Legislativo y debido proceso en el Poder Judicial).

La competencia fijada por la Constitución es un elemento indispensable para distinguir los tres órganos estatales.

Del compuesto del órgano, competencia y procedimiento –concluye– surge la función.

9. Define la **función** como “*la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido*”.

“De esta manera, cada órgano debe ajustarse a su propia *función*, aunque, dentro de lo admitido por ésta, realice materialmente las tres *actividades*.”

Desde la perspectiva indicada, entonces, la *función es un concepto exclusivamente jurídico*, de base principalmente constitucional, y que se determina por la atribución de competencia que la Constitución le acuerda al órgano por ella también creado, para ser ejercida conforme con un procedimiento característico y determinante.”

10. Concluye afirmando que el Derecho Administrativo es el régimen jurídico que regula la actua-

ción de la Administración Pública, mejor de la función administrativa, que es más que la actividad materialmente administrativa.

11. Concibe al Derecho Administrativo como *“la rama del derecho público que regula el ejercicio externo e interno de la función administrativa o ejecutiva, es decir, la asignada por la Constitución nacional al órgano por ella creado para ejercerla y que denomina “Poder Ejecutivo”*.

El ejercicio externo de la función ejecutiva. También podemos denominarla función administrativa por cuanto el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias con el auxilio de la Administración Pública, se realiza mediante las relaciones jurídicas entre Administración y administrados, regidos por la justicia distributiva.

El ejercicio interno de la función administrativa. Se refleja en normas relativas a la organización interna, al servicio del funcionariado público y la actividad interorgánica e interadministrativa, con vista a hacer más apto el complejo organizativo de la administración pública en sus relaciones jurídicas con los administrados.

El Derecho Administrativo también será aplicable a la actividad materialmente legislativa o jurisdiccional de la Administración Pública.

12. Estudiando **la función presidencial en la Argentina**, sostiene que la función administrativa es insuficiente para explicar la totalidad de las funciones y actividades atribuidas al Presidente, “Jefe supremo de la nación”, “Jefe del gobierno y responsable de la Administración General del país” (art. 99 inc. 1º), que comprende actividades materialmente legislativas y de conducción superior del Estado.

La función presidencial es materia propia del derecho Constitucional, sin perjuicio que ciertas actividades sean estudiadas por el Derecho Administrativo.

13. **El caso “Nicosia”.** La Corte Suprema de la Nación sostuvo que el juicio político es de naturaleza política, propio de la función legislativa y, por tanto, no justiciable, no obstante, la actividad materialmente jurisdiccional que realiza. El fondo no puede ser considerado por la CSN, pero sí si el procedimiento se ajustó a la Constitución. En el caso, si se respetó el derecho de defensa.

14. La tesis del **régimen “exorbitante” del derecho privado.** Aplicada en especial para distinguir entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración –afirma-, ha sido superada al sostener que el Derecho Administrativo tiene un sistema propio y típico. El criterio sólo es útil para significar la distinción entre D. Público y D. Privado. La característica no reside en que es exorbitante, sino en que es una norma específica del D. Público.

15. Sostiene que dicha tesis puede servir como “modelo” de identificación del D. Administrativo. El régimen exorbitante –dice- es la aplicación al D. Administrativo de las exigencias y las reglas de la virtud de la justicia distributiva.

El modelo tiene una estructura interna característica (la regla de la equivalencia proporcional de las prestaciones), una sola posibilidad de aplicación (en las relaciones jurídicas en que el Estado sea parte) y una razón teleológica (la distribución del bien común).

El régimen exorbitante es el modelo del D. Administrativo, expresión conceptual de un sistema cuya idea directriz es la justicia administrativa.

El D. Administrativo es un sistema específico de derecho público (régimen jurídico exorbitante) que conduce al cumplimiento de las exigencias de la virtud de la justicia distributiva en el ejercicio interno y externo de la función administrativa.

16. El régimen exorbitante se integra con prerrogativas de poder a favor de la Administración Pública y garantías a favor de los administrados.

El beneficiario del bien común –afirma- es la persona individual, por lo que es el sujeto activo de la relación de justicia distributiva. Las prerrogativas y las garantías están vinculadas por un equilibrio funcional, inspirado en la virtud de la justicia distributiva, “idea directriz” del sistema.

17. **Poder, prerrogativa y potestad.** El poder es la causa formal del Estado, el bien común, la causa final. La sociedad se encuentra ordenada mediante el poder político del Estado, orden que la conduce al bien común. El poder estatal es un principio político que se realiza a través de medios jurídicos y materiales.

Las prerrogativas son uno de los medios de ejercer el poder, es el instrumento técnico (jurídico) por la que se ejerce el poder o potestad.

La potestad es el modo concreto de ejercer el poder: ordenar, reglamentar, juzgar, condenar, sancionar, etc.

18. Enumera las **principales prerrogativas presentes en la relación jurídica administrativa:**

- a) La presunción de legitimidad de sus actos.
- b) El principio de ejecutoriedad o de “decisión unilateral y ejecutora”.
- c) El principio de actuación coactiva. El fundamento de la imperatividad se encuentra en la primacía del bien común sobre el bien particular y el papel del Estado como realizador de la justicia distributiva.
- d) Régimen privilegiado de sus bienes tanto del dominio público como privado del Estado.
- e) Régimen procesal privilegiado.
- f) Régimen contractual privilegiado.

19. Estudia **las siguientes garantías a favor del administrado:**

- a) Exigencias del debido proceso legal.
- b) Sumisión al principio de igualdad. Es distinto de la no discriminación arbitraria.
- c) La estricta vinculación a la ley.
- d) La intangibilidad de la remuneración del administrador.
- e) La obligación de motivar el acto administrativo.

VII. El sistema de las fuentes del Derecho Administrativo

1. Barra sostiene que el tema pertenece a la teoría general del Derecho, pero ciertas circunstancias especiales que atañen a la Administración Pública, tales como la preeminencia de la regulación constitucional, el valor de los principios generales, la importancia del precedente o la naturaleza y efectos normativos de las decisiones de la Administración, aún las de contenido particular y concreto, obligan a su consideración. Máxime después de la reforma constitucional de 1994 y del fortalecimiento del papel institucional del Presidente de la Nación, que puede emitir decretos ejecutivos, decretos de necesidad y urgencia, decretos en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso, etc.

Es necesario explicar el lugar o ubicación jerárquica dentro del ordenamiento que le corresponde a las normas creadas por el Presidente de la Nación y por la Administración Pública con respecto a las normas creadas por otros organismos estatales, especialmente el Congreso.

2. Cuando se alude a las “fuentes del derecho” – dice Barra- se está haciendo referencia a dos realidades distintas pero sistemáticamente vinculadas: la *fuerza material*, que contiene y exterioriza a la norma, esto es, *el sector del ordenamiento en donde se ubican los distintos tipos de normas*, tanto dispositivas como imperativas, y la *fuerza formal u orgánica*, es decir, *el sector del ordenamiento en donde se ubican los distintos órganos que crean las normas* de que se trate excluyendo, para el análisis que aquí interesa, a los órganos de creación no estatales que dan vida a normas también no estatales, como los privados y sus convenciones, siempre que estén receptadas por el derecho estatal, como ocurre con el art. 1197 de nuestro Código Civil.

3. **Los principios de jerarquía y competencia de las fuentes** –agrega- permiten vincular como sistema a las normas, con sus órganos de creación, lo que permite convertir al ordenamiento en un todo coherente e inteligible.

El principio de jerarquía –aclara- vincula a las normas –previamente nominadas para permitir su diferenciación (constitución, ley, tratado, reglamento, etc.)- en una relación vertical de superioridad-in-

ferioridad en cuanto a la validez de sus contenidos y efectos, de modo que, en su “fuerza activa”, la norma definida como superior predomina sobre la inferior y, en su “fuerza pasiva”, la norma inferior es inválida o inaplicable –según las casos y los sistemas jurídicos- cuando contradice a la norma superior.”

“El principio de competencia es complementario del anterior, distribuyendo las materias que se les atribuyen a los órganos estatales creadores de las normas; con respecto a los privados (sociedad), la distribución de competencias entre aquellos y el Estado debe regirse por el principio de subsidiariedad, como vimos supra en el cap. II, 11, 12 y 13.”

“A la vez, el principio de competencia vincula la clase o categoría de norma con el órgano de producción que les corresponde, con lo cual también establece una atribución de competencia material en el contenido de las normas. De manera no absoluta, como veremos, el principio de competencia impide que una norma de jerarquía superior predomine sobre una norma de jerarquía inferior en el *ámbito de competencia exclusivo de esta última*, o, lo que es lo mismo, en el ámbito exclusivo de esta *última*, o, lo que es lo mismo, en el ámbito exclusivo de la competencia del órgano creador de la norma inferior. Es decir, este principio impide que, más allá de su relación jerárquica, el contenido de determinada categoría de normas invada los ámbitos de competencia propios de otra categoría, sin que aquí interese, en principio, la cualidad jerárquica de la norma invasora.”

4. Barra clasifica las fuentes materiales en normas fundamentales, primarias y secundarias.

Las normas fundamentales son aquellas que expresan la concepción política-ideológica de una determinada comunidad organizada del Estado... En nuestro ordenamiento las normas fundamentales son la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Las normas primarias serían autosuficientes ya que no dependen de otras normas (las leyes, los tratados), en cambio las normas secundarias son dependientes de las primarias (los decretos delegados, los decretos ejecutivos, los reglamentos autónomos, los actos administrativos, los contratos administrativos y los actos y reglamentos administrativos emanados del Poder Legislativo y del Poder Judicial).

5. Señala que los derechos humanos y sus garantías tienen preeminencia sobre todo el ordenamiento jurídico, incluso sobre la misma constitución, porque “nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”(Art. 33 de la Constitución Argentina) y “son inherentes al ser humano o derivan de la forma democrática representativa del gobierno” (Pacto de San José de Costa Rica).

6. La Constitución tiene preeminencia dentro del ordenamiento normativo interno, al igual que las convenciones o tratados internacionales sobre derechos humanos que, a partir de 1994, forman parte de ella. “Los demás tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (Const. Arg. art. 75 num. 22), pero los celebrados con potencias extranjeras para afianzar la paz y el comercio, deben estar en conformidad “con los principios de derecho público establecidos en ésta Constitución”. Entre dichos principios cita al sistema representativo republicano y federal, a la división de poderes, al sistema democrático partidista, a la soberanía popular y al sufragio universal.

7. Barra analiza exhaustivamente, dedicándole más de 300 páginas, a las siguientes fuentes del derecho: la ley; la participación del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo (veto, promulgación, reglamento); los decretos de necesidad y urgencia; los decretos de delegación legislativa; los decretos ejecutivos; normas emanadas de la administración pública (generales y abstractas –reglamentos autónomos–; particulares y concretas –acto administrativo–); instrucciones, circulares y reglamentos internos; actos institucionales, políticos o de gobierno.

También estudia el precedente administrativo y la doctrina de los actos propios, el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, los límites de la discrecionalidad y su control.

VIII. Coincidencias y diferencias entre la concepción integral del mundo del derecho y las ideas de Barra sobre el derecho Administrativo y sus fuentes.

1. En nuestro libro “*Objeto Contenido y Método del Derecho Administrativo...*”, sostenemos la distinción entre “gobierno” y “administración”¹⁹ y que la Ciencia de la Administración nos ayuda a comprender la Administración Pública²⁰.

2. Coincidimos en que el derecho administrativo es la rama del derecho público que regula la actividad y la organización y la estructura interna de la Administración Pública y sus relaciones con las personas físicas y jurídicas²¹.

3. Concordamos en que la actividad administrativa es aquella actividad “concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediata de fines de interés general”, como lo expresara **García Trevijano Fos**, en 1974. Pero, consideramos que esa definición es incompleta.

Como señalamos en nuestro libro, en el Río de la Plata, con anterioridad, en 1950, **Villegas Basavilvaso** define la Administración Pública como “una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley” (tomo I, pág. 43) y **Sayagués Laso**, en 1953, define la función administrativa “como la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos –que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición- y operaciones materiales”.

Dicha definición fue compartida por **Diez y Marienhoff**. El 1º, en 1961, diciendo “la Administración es la actividad funcional, concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al orden jurídico” (“El acto administrativo”, pág. 41) y el 2º expresando: “Es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran” (“Tratado”, tomo I, pág. 60).

Por nuestra parte, compartimos la caracterización que de la administración pública realiza **Sayagués Laso**.

4. Coincidimos con la distinción entre actividad y función estatal.

En nuestra lejana tesis sobre el estatuto del funcionario²², recordábamos que el procesalista **Rossi**²³ entendía por función a la destinación de un órgano a cumplir cierta actividad y que **De la Bigne de Villeneuve**²⁴, entendía por funciones formales las diversas actividades ejercidas respectivamente por las tres clases de órganos del Estado, en la forma que le es propia a cada uno de ellos.

Señalábamos también, que **Villegas Basavilvaso**²⁵ definía a la función pública como “una actividad que el ordenamiento jurídico –constitucional y legal- reserva a los órganos –institución- y que se manifiesta por la voluntad de los órganos –individuos-”.

Por nuestra parte, definíamos la función pública como aquella actividad jurídica y material, que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder ético soberano, con el objeto de lograr el fin del Estado.

5. Coincidimos con **Barra** en la importancia que tiene que los órganos del Estado se ajusten a los procedimientos preestablecidos para expresar su voluntad.

¹⁹ Ob. cit. págs. 282 y sigs.

²⁰ Ob. cit., págs. 127 y 129.

²¹ Ob. cit., págs. 326 y sigs.

²² MARTINS, Daniel Hugo, “Estatuto del Funcionario”, Montevideo, 1965, pág. 29.

²³ ROSSI, Lanciotto, “La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica”, Roma, 1924.

²⁴ DE LA BIGNE DE VILLENEUBE, Marcel, “L’activité étatique”, Paris, 1954, pág. 2.

²⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1951, t. III, pág. 223.

6. No compartimos que el Derecho Administrativo se aplique sólo al Poder Ejecutivo, como afirma **Barra**²⁶, entendemos que el Derecho Administrativo se aplica a todos los órganos del Estado que realicen función administrativa. En ese sentido sostuvimos²⁷ que “dentro de los Estados existen órganos pertenecientes al Poder Ejecutivo. Legislativo y Judicial, o que forman parte de personas públicas estatales o no estatales, que realizan actividades propias de toda “administración interna” (**proveer los medios humanos y recursos materiales y financieros; dirigir el personal y controlar el cumplimiento eficaz de sus tareas; inventariar y conservar los bienes inmuebles, mobiliario, maquinaria y demás útiles; recaudar los medios financieros, contabilizarlos y controlar su aplicación, de acuerdo a los presupuestos de sueldos, gastos e inversiones que se adopten, responsabilizando a los funcionarios que lo incumplan), siguiendo los procedimientos establecidos en ordenamientos jurídicos especiales.**”

“Dentro de los Estados existen órganos centralizados o descentralizados del Poder Ejecutivo, o formando parte de personas públicas estatales o no estatales, que llevan a la práctica los cometidos que se les han asignado por la Constitución o la ley, **mediante actos regla (reglamentos), actos subjetivos, actos condición y operaciones técnicas y materiales, según las atribuciones y de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución y en las leyes, los tratados internacionales, los principios generales de derecho y las directivas de los órganos de Gobierno. (Entre esos cometidos están el cumplimiento de los tratados y obligaciones emergentes de las organizaciones internacionales, la defensa nacional, la conservación del orden y la tranquilidad, las relaciones exteriores, el contralor de las actividades privadas, la prestación de servicios públicos, el fomento económico, social y cultural).**”

7. Tampoco compartimos que no puedan existir actos privados ni contratos privados de la Administración. Sostenemos que todas las empresas públicas estatales, industriales y comerciales, celebran contratos regidos por el derecho privado (civil y comercial), al igual que el Estado y demás personas públicas estatales (Ej. Compraventa inmuebles, arrendamientos, permuta), aunque la decisión por la cual se elige el co-contratante de la Administración se rija

por el Derecho Administrativo (órgano competente, voluntad lícita, procedimiento pre-establecido).

8. En cuanto a las fuentes del derecho, sostuvimos²⁸ que de la interpretación gramatical, lógico-sistemática y teleológica de los textos de la Constitución Uruguaya se deduce un orden jerárquico entre las diversas fuentes:

“1° Los Principios generales de derecho. (Constitución art. 72 y 332)

“2° La Constitución. (Const. Art. 329 y 330)

“3° Las Leyes, los tratados internacionales (art. 85, nums. 1, 3 y 7), los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (art. 206 y 273) y los reglamentos autónomos (art. 62 y 63).

“4° Los reglamentos de ejecución de la ley (art. 168, num. 4).

“5° Los actos administrativos de todo órgano estatal (art. 309), entre ellos las resoluciones del Poder Ejecutivo (art. 168, num. 25).

“6° Los contratos (arts. 124, 213, 276, 291 y 301).

“7° Las sentencias de los órganos del Poder Judicial, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Electoral.

“8° Las ordenanzas y dictámenes del Tribunal de Cuentas (art. 211).”

9. Llama la atención que **Barra** no estudia los “Principios Generales del Derecho” como fuente del Derecho Administrativo, existiendo, en la Argentina, exposiciones tan completas y convincentes, como las de **Marienhoff**²⁹ y **Cassagne**³⁰. También **Dromi** y **Gordillo** los consideran fuentes del Derecho Administrativo³¹.

En nuestro país, **Barbé Pérez, Real y Cajarville**, han expresado, con brillo y profundidad, las razones por las que deben ser considerados fuentes del derecho³².

10. Sin desconocer la importante contribución que **Barra** ha hecho a la teoría general del derecho y a los derechos constitucional y administrativo, es sorprendente que no cite a ninguno de los tratadistas franceses, ni clásicos ni modernos; de los italianos, sólo cite a **Alessi** y a **Gianinni**; de los españoles, sólo a **Alvarez Gendín, García de Enterria y Fernández, García Trevijano Fos, González Navarro y Parada**; de Latinoamérica, sólo algunos tratadistas argentinos y al chileno **Soto Kloss**..

Daniel Hugo Martins

²⁶ Ob. cit., tomo I, pág. 251.

²⁷ MARTINS, Daniel Hugo, “Objeto...”, *Ob. Cit.*, pág. 327.

²⁸ Ob. cit., págs. 349 y ss.

²⁹ MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, 1965, págs. 266 y ss.

³⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, “Los Principios generales del derecho en el derecho administrativo”, Anales, Buenos Aires, 1987.

³¹ Véase nuestra “Reseña de la Actual Doctrina Administrativista Iberoamericana”, que realizamos en el libro colectivo “Los Principios generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado”, Montevideo, 2ª ed., 2005.

³² Ver el libro colectivo citado en la llamada precedente.