

La interpretación jurídica desde la mirada del Derecho administrativo

Legal interpretation from the perspective of the administrative law

Carlos F. Balbín*

Se analizan peculiaridades del método de interpretación del Derecho Administrativo e intenta redefinir este conocimiento como base del modelo. Avanza brevemente sobre cuestiones interpretativas más complejas. Concluye en la necesidad de incorporar matices propios en el trabajo de interpretación y aplicación del Derecho Administrativo.

This paper analyzes the peculiarities of the interpretation method in Administrative Law and, purports firstly to redefine such field as the base of the model. In addition, it briefly explores the most complex interpretative issues. Finally, it claims the need to acknowledge specific features in the task of interpreting and applying Administrative Law.

Palabras clave: Derecho administrativo, interpretación.

Keywords: Administrative Law, interpretation.

I. Los desafíos interpretativos del Derecho administrativo

El objeto del presente trabajo es, en primer lugar, reflexionar sobre la interpretación y aplicación del Derecho por la Administración Pública; pues, más allá de la resolución de los casos por el juez (oscuros o no), cierto es que en muchos modelos jurídicos (en particular aquellos en que las decisiones judiciales no tienen efectos expansivos), la mayoría de los casos son resueltos por la Administración sin intervención judicial. Por tanto, el Derecho (su interpretación y aplicación), como método de resolución de conflictos es construido y aplicado básicamente por la Administración.

En segundo lugar, cabe estudiar *las estructuras de ciertos mandatos propios del Derecho administrativo*. Pues bien, ¿en qué consisten los

* Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Administrativo y Director de la Especialización y Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: cbalbin@derecho.uba.ar

Artículo recibido el 14 de octubre y aceptado el 10 de diciembre de 2015.

casos administrativos oscuros? Ciertas reglas del Derecho administrativo describen mandatos jurídicos genéricos, y en tal contexto, es complejo subsumir el hecho en el supuesto de hecho impreciso e incierto (por ejemplo, el deber del Estado de garantizar la salud o la educación).

En tercer lugar, cabe analizar cómo interpreta y argumenta la Administración. ¿Cuál es el método de interpretación de la Administración? ¿La Administración argumenta de igual modo que el juez? En particular, en el ámbito de la Administración Pública es necesario *distinguir entre interpretación del Derecho y discrecionalidad administrativa*. En efecto, el juez interpreta y aplica la ley. Y, por su lado, el Poder Ejecutivo también interpreta y aplica la ley, pero –a su vez– ejerce comúnmente poderes libres y discrecionales.

En cuarto lugar, nos proponemos indagar sobre *las técnicas hermenéuticas del Derecho a partir de los subsistemas jurídicos* (Público y Privado). Habitualmente estudiamos las técnicas en el marco de los sistemas jurídicos, pero cabe preguntarse sobre cómo interactúan los subsistemas; en particular la aplicación de los principios y reglas jurídicas del subsistema del Derecho Privado al ámbito propio del Derecho Público. A su vez, el aspecto básico y preliminar, es cómo definir las lagunas en el Derecho Administrativo.

En quinto lugar, debe incorporarse como fuente específica y peculiar del Derecho Administrativo al *precedente*. Es posible asimilar el precedente a la costumbre, pero este criterio es insuficiente y defectuoso; por tanto es necesario su desarrollo como fuente específica de nuestro conocimiento.

En sexto lugar, cabe reflexionar sobre *los principios del Derecho en el marco del Derecho Administrativo*. ¿Cuáles son los principios específicos de este conocimiento jurídico? ¿Acaso los principios cumplen un papel distinto en el Derecho Administrativo?

Por último, más allá de los matices en la interpretación del Derecho Administrativo, cierto es que se recurre a los *métodos interpretativos* comunes.

Antes de introducirnos en el análisis de estos aspectos creemos necesario repasar el concepto de Derecho Administrativo y su sentido, pues solo desde tales bases es plausible reconstruirlo por las vías interpretativas.

II. El concepto de Derecho administrativo

En este punto nos proponemos recapitular y volver sobre el concepto clásico del Derecho Administrativo (esto es, *las funciones estatales administrativas*), e intentar definiciones más precisas. Es decir, el objeto concreto y el alcance cierto de este conocimiento jurídico. Haremos algunas consideraciones que creemos relevantes y recordaremos otras definiciones conocidas entre nosotros.

Históricamente se ha sostenido que el Derecho Administrativo, por un lado reconoce privilegios a favor del Estado ya que este persigue el interés colectivo. Entre otros privilegios, vale recordar, el marco jurídico de los bie-

nes del dominio público, el poder regulatorio sobre el dominio privado, los caracteres del acto administrativo, las prerrogativas contractuales y las ventajas procesales.

Por el otro, el modelo establece restricciones especiales sobre el Estado. Así, por ejemplo, el trámite de las contrataciones estatales, el procedimiento para el dictado de los actos administrativos y reglamentos, y las previsiones presupuestarias. Además, las reglas establecen mandatos más rígidos y estrictos que en el Derecho Privado.

Finalmente, el modelo incorporó técnicas de control sobre el Estado¹.

Este sistema jurídico integrado por privilegios y restricciones, solo alcanza al Estado y no al resto de las personas (naturales o jurídicas), salvo excepciones. Este modelo propio es razonable porque el Estado satisface y reconoce derechos, y más en el marco de un Estado Social y Democrático.

Por último, el Derecho Administrativo también comprende el conjunto de derechos y garantías a favor de las personas en sus relaciones y situaciones jurídicas con el Estado.

La cuestión a resolver tradicionalmente, a través del análisis abstracto de los principios, reglas e instituciones y –a su vez– el estudio práctico de los casos concretos del Derecho Administrativo, es saber cuándo el equilibrio o conjunción de esos postulados (es decir, privilegios y restricciones estatales y derechos y garantías de las personas) es o no razonable.

Desde ya adelantamos que este planteo histórico deber ser remozado toda vez que el conflicto a resolver es entre derechos y no simplemente entre derechos personales y privilegios estatales.

Volvamos al concepto duro y simple del Derecho Administrativo. Podemos transcribir aquí y así repasar diferentes definiciones que creemos sumamente ilustrativas. Por ejemplo, se sostuvo que “la actividad de la administración pública origina relaciones múltiples entre ella y los administrados y esas relaciones presuponen normas jurídicas que las regulan. El conjunto de esas normas constituye el contenido del Derecho Administrativo”. Así, el Derecho Administrativo, es “el conjunto de normas de aplicación concreta a la institución y fundamento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la actividad pública”².

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA 1964.

² BIELSA 1964. Por su parte, Marienhoff dijo que el Derecho Administrativo es “el conjunto de normas y de principios del Derecho Público interno que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados”. MARIENHOFF 2003. Fiorini definió al Derecho Administrativo como “una rama del derecho público (estatal) que tiene por objeto el estudio de la actividad en la Función Administrativa estatal. La destacamos como una disciplina jurídica adscrita a una de las Funciones estatales y la extendemos al derecho de organización interna del Estado”. FIORINI 1976. Más adelante, F. Linares afirmó que por Derecho Administrativo debe entenderse “el comportamiento en interferencia intersubjetiva

En primer lugar, y en términos obvios, el Derecho Administrativo, al igual que cualquier otra rama del Derecho, es un conjunto de principios, directrices, reglas y técnicas, articulados de modo coherente y sistemático.

En segundo lugar, más allá de las definiciones –e inclusive de nuestras coincidencias o desacuerdos con estas– creemos que es posible analizar esta cuestión de modo más simple y directo.

Pues bien, ¿cuál es el objeto del Derecho Administrativo? La respuesta es, según nuestro criterio y como ya hemos dicho, que el Derecho Administrativo es *el marco jurídico de las funciones administrativas del Estado* (es decir, el conjunto de principios, directrices y reglas que regulan las funciones estatales administrativas).

Sin embargo, este criterio es insuficiente y no permite aprehender acabadamente el objeto de nuestro conocimiento. Por tanto, es necesario incorporar otros dos aspectos relevantes y complementarios, estos son: el modo de organización del Estado en el ejercicio de tales funciones, y el vínculo entre el Estado en ejercicio de esas funciones y las personas³. De todos modos, es posible afirmar que estos otros aspectos –realmente– están comprendidos dentro de las funciones administrativas y su radio expansivo.

Entonces, las funciones estatales administrativas, según el criterio que proponemos, son el conjunto de potestades estatales que ejerce el Poder Ejecutivo de contenido materialmente ejecutivo, legislativo y judicial. Así, según creemos, función administrativa es un concepto subjetivo porque comprende al Poder Ejecutivo y al conjunto de sus competencias (*poderes*) y, a su vez, al nexo con las personas (*derechos subjetivos en el marco de las relaciones jurídicas*).

En este punto es importante discernir cuál es el pilar básico de este edificio dogmático. Mucho se ha escrito y repetido sobre la idea de que el Derecho Administrativo es el modelo de equilibrio entre poderes y derechos, y si bien coincidimos con este desarrollo dialéctico, creemos, sin embargo, que es necesario decir que detrás del poder y del interés público debe situarse el escaparate de los derechos y su reconocimiento. Por tanto, como ya hemos dicho, el conflicto y nudo del Derecho Administrativo es el siguiente: *derechos versus derechos*, con intermediación estatal.

Cabe aclarar, siguiendo con el análisis propuesto, que el estudio de las *funciones administrativas* comprende su contenido; al titular de estas (es decir, al Poder Ejecutivo –su modo de organización–); y los destinatarios (esto

que constituye Función Administrativa, las normas jurídicas del Derecho Público que la rigen así como los principios que conceptúan valoraciones y ciertos tipos de conducta utilizados en la interpretación de ese derecho, y por último, los hechos administrativos en cuanto parte de la referida conducta. Tenemos así que lo regido por el Derecho Administrativo es la Función Administrativa arriba definida cualquiera sea el poder que la despliegue". LINARES 1986.

³ LINARES 1986 sostiene que "la función administrativa está regida por normas no solo de derecho público sino también de derecho privado".

es, las personas titulares de los derechos en el marco de sus relaciones con el Estado). Por ello, ya hemos dicho que el Derecho Administrativo abarca los diversos aspectos de las funciones administrativas, a saber: el núcleo conceptual (funciones administrativas); el titular y su organización (el Estado); y el destinatario (las personas titulares de derechos e intereses).

Claro que el criterio que hemos expuesto nos devuelve necesariamente al interrogante originario *¿qué es función administrativa?* Ya sabemos que es una función estatal y que, a su vez, existen otras dos funciones estatales, según el principio clásico de la separación de poderes (funciones legislativas y judiciales).

Este es un paso importante en nuestro razonamiento porque si logramos definir función administrativa, entonces, habremos encontrado el objeto de nuestro conocimiento.

A su vez, creemos que la construcción de este conocimiento jurídico –igual que cualquier otro– no debe partir de los capítulos más específicos (por caso, el acto administrativo o el servicio público), sino de los principios e ideas básicas que deben atravesar e informar todo el modelo (Derecho Administrativo).

Este criterio metodológico nos permite garantizar el desarrollo sistemático y coherente del conocimiento e hilar así las distintas instituciones jurídicas. A saber: el concepto y alcance de las potestades regulatorias del Poder Ejecutivo, el modo de organización del Estado, el concepto de acto estatal, el modelo de control. Es decir, las respuestas jurídicas a construir deben ser coherentes entre sí, y solo es posible si vertebramos estos conocimientos desde sus bases y conforme ciertas guías o directrices comunes (*principios*).

Sin embargo, el objeto de función administrativa es propio del Estado Liberal de Derecho, y claramente insuficiente en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, pues en este último el Estado debe construir el orden social –según el mandato constitucional–.

En efecto, cabe preguntarse si el concepto de función administrativa es suficiente o –quizás– sea necesario recurrir a otras ideas, por caso, las finalidades que persigue el Estado (por ejemplo, la conformación del interés público o el orden social).

Pues bien, el Derecho Administrativo es el subsistema jurídico que regula la resolución de los conflictos entre derechos (*derechos vs derechos*), con intervención del Poder Ejecutivo –reconociéndole prerrogativas en su aplicación–, y recomponiendo las desigualdades preexistentes entre los titulares de aquellos⁴.

⁴ BALBÍN 2011.

III. El nuevo paradigma del Derecho administrativo y su impacto sobre el trabajo de interpretación

Hemos intentado probar que los pilares que sostienen el viejo paradigma (*poder vs derechos*) deben reconstruirse. Así, los límites del poder y en particular los principios que justifican el poder estatal, deben dibujarse actualmente con otro contenido y contornos, y otro tanto sucede con los derechos.

En este punto no es posible pensar y reconstruir el Derecho Administrativo desde el campo de los derechos individuales, sino que es necesario redefinir ese pilar en términos de derechos sociales y colectivos –su alcance y su exigibilidad ante el Estado– y consecuentemente, repensar las reglas e institutos de nuestro conocimiento desde ese nuevo contenido.

¿Cómo incide ello en el desarrollo de nuestra especialidad? Por ejemplo, cuando interpretamos las reglas del procedimiento administrativo o del proceso judicial contencioso administrativo, no es igual hacerlo desde la perspectiva de los derechos individuales o si incorporamos los derechos sociales, o los nuevos derechos en el marco de estudio (por ejemplo, en particular, la composición del interés público a través del proceso judicial).

En igual sentido, cabe señalar que el Derecho Administrativo se construyó desde las actividades estatales y su expresión más común: el acto administrativo; pero no incluyó la inactividad estatal (excepto el silencio administrativo en el marco de un procedimiento administrativo concreto). A su vez, recordemos que la inactividad estatal está vinculada con sus omisiones y, en particular, con los derechos sociales que exigen prestaciones positivas del Estado. Así, es claro que el Estado incumple dichas prestaciones por medio de las omisiones.

Nos encontramos, entonces, ante varias piezas de un rompecabezas que es necesario rearmar. Esas piezas son: a) *el poder y su justificación* (es decir, el interés público); b) *sus límites*; c) *los derechos de las personas*; y d) *el equilibrio entre el poder y los derechos*.

De modo que el paradigma no es el conflicto entre *poder vs derechos*, sino *derechos vs derechos* y en este marco, claro, el campo propio del Derecho Administrativo, es decir, el estudio de la intermediación e intervención estatal.

Por ejemplo, los fundamentos del Derecho Civil son los límites de las libertades y los derechos individuales, en función del interés de los otros individuos y, quizás, el interés público. Por otro lado, *el fundamento del Derecho Administrativo es el reconocimiento activo de derechos (individuales, sociales y colectivos) y, en tal sentido, debe explicarse el poder del Estado y sus reglas especiales –interés público–*.

Sin embargo, estimamos que la creación y aceptación de un nuevo paradigma no necesariamente supone destruir las construcciones anteriores realizadas bajo el viejo, sino simplemente revisarlas y enriquecerlas desde

un nuevo posicionamiento (es decir, debemos ubicarnos desde otros pilares, quizás iguales pero más enriquecidos, y desde allí pensar, revisar y actualizar el modelo).

A su vez, la aceptación del nuevo paradigma (es decir, *derechos vs derechos*) supone repensar los principios del Derecho Administrativo según este modelo. Es decir, *el paradigma es, entonces, el equilibrio del poder entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos y, por tanto, el concepto es: derechos versus otros derechos*. Ese equilibrio entre derechos con intermediación del poder estatal es el núcleo, entonces, del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo no debe pues analizarse desde el poder y sus prerrogativas, sino desde los derechos fundamentales; y estos últimos no solo como límites de aquel, sino como justificación del propio poder. Cierto es que el objeto de nuestro conocimiento es el poder, más particularmente el ejercicio de ese poder por el Poder Ejecutivo, esto es, las funciones estatales administrativas (teoría de las funciones). Sin embargo, es plausible analizar ese objeto desde sí mismo (poder) o desde sus fundamentos (reconocimiento y expansión de los derechos) y sus proyecciones⁵.

¿Es acaso relevante este nuevo enfoque? Creemos que sí porque el poder, digamos las funciones estatales administrativas, y especialmente sus privilegios y prerrogativas, deben analizarse e interpretarse desde ese postulado. En otras palabras, ya no es posible estudiar las funciones estatales administrativas prescindiendo de los derechos fundamentales.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, es plausible caer en el error de interpretar el paradigma así: menos poder y más derechos. En tal caso, el cambio no es esencial, sino superficial. *El Estado Social de Derecho nos exige repensar el poder estatal, apoderarlo de derechos, y no simplemente recortarlo*.

Es necesario contestar las siguientes interrogantes: *¿Cómo debe intermediar el Estado? ¿Qué directrices debe utilizar el Estado con el objeto de resolver el conflicto?* El Derecho Administrativo exige que el Estado intermedia entre derechos, pero no solo en términos de igualdad (postulado propio del Derecho Privado), sino básicamente de conformidad con los postulados de la justicia igualitaria⁶.

⁵ "El Derecho Administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no solo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto". Schmidt-Assmann 2003.

⁶ J. Rawls, entre los autores liberales igualitarios, destaca que existe un contrato hipotético y que los bienes primarios de carácter social –bienes materiales, oportunidades– son aquellos que deben distribuirse en términos igualitarios. Por su parte, los bienes naturales –talentos y capacidades– no deben ser redistribuidos, sin perjuicio del desapoderamiento de sus frutos porque nadie puede ser favorecido o perjudicado por hechos que sean moralmente irrelevantes. Téngase presente que el Estado debe garantizar la igualdad entre las personas y solo es posible

Por eso, en términos de justicia igualitaria es preciso que el Estado intermedie (y particularmente desarrolle y aplique el Derecho Administrativo como instrumento central) con el objetivo básico de recomponer las desigualdades estructurales⁷.

Pues bien, ¿cómo impacta este nuevo paradigma en el trabajo de interpretación y aplicación del derecho por el operador (Administración o juez)?

En primer lugar, es necesario señalar que el Derecho Administrativo –igual que cualquier otro subsistema jurídico– no consiste simplemente en la aplicación de las reglas y principios, sino que también comprende el ejercicio del poder regulatorio y, luego, su aplicación conforme las reglas hermenéuticas.

Por tanto, el Legislador cuando regule sobre Derecho Administrativo debe hacerlo en los términos de *derechos versus derechos*. En otras palabras, es necesario distinguir entre dos planos, a saber: a) el nivel regulatorio (creación de los principios y reglas del Derecho Administrativo); y b) el nivel de aplicación de ese bloque normativo (trátase de la aplicación por el Poder Ejecutivo o, en su caso, por el juez contencioso).

En segundo lugar, debe señalarse que el Poder Ejecutivo (y, en su caso, eventualmente el juez contencioso) cuando interprete y aplique las normas del Derecho Administrativo debe hacerlo, según las circunstancias del caso, ponderando derechos⁸.

IV. Las cuestiones interpretativas

1. Los casos difíciles en el Derecho administrativo

Sin perjuicio del estudio y análisis de la Teoría del Derecho, creemos necesario volver sobre ciertos conceptos en el marco del Derecho Administrativo por dos razones fundamentales.

si se distribuyen de modo igualitario los bienes primarios. Sin embargo este escenario de igualdad no es absoluto sino relativo porque el reparto desigual es válido con la condición de que favorezca a los más desfavorecidos en sus situaciones originarias. Por ejemplo, los más capaces pueden obtener más beneficios siempre que utilicen tales capacidades a favor de las personas más desfavorecidas. R. Dworkin luego va a incorporar entre los bienes o recursos primarios a aquellos de contenido natural. En síntesis, el Estado debe asegurar que las personas decidan libremente y sin condicionamientos sobre su propio proyecto existencial, más allá de las circunstancias externas. Así “tanto los liberales más igualitarios como los más conservadores coinciden en una primera aproximación a este punto: ambos grupos reconocen como obvia la existencia de esta lotería de la naturaleza –estos azares que provocan que las vidas de algunos sean mucho más afortunadas que las de otros–. Ellos disienten, en cambio, a la hora de considerar el modo en que una sociedad justa debe responder ante tales circunstancias. Para los libertarios, no corresponde que la sociedad intervenga para intentar remediar o suprimir circunstancias como las mencionadas”. GARGARELLA 1999.

⁷ BALBÍN 2011.

⁸ Si el conflicto entre derechos no es palmario (es decir, claro o visible), pues entonces el Poder Ejecutivo o el juez deben aplicar la regla preexistente que ciertamente se presupone que ya resolvió dicho conflicto en términos igualitarios, de allí su presunción de validez.

Por un lado, el Derecho Administrativo, igual que cualquier otro conocimiento jurídico, no consiste en una repetición de textos –legales o judiciales–, sino especialmente en su interpretación. Es decir, en primer lugar, se debe seleccionar cuál es el material jurídico relevante y, en segundo lugar, darle sentido y aplicarlo en la solución de casos. En otras palabras, *aplicar el derecho supone –como paso previo y necesario– interpretarlo*. Por tanto, el juez, pero también la Administración (esto es, el Poder Ejecutivo), deben interpretar el derecho.

Por el otro, la interpretación del Derecho Administrativo nos exige modular y profundizar ciertas reglas y técnicas de interpretación –es decir, las pautas hermenéuticas– por las características propias de este Derecho. Pero, ¿cuáles son estas características?

Según nuestro criterio, las siguientes: a) la existencia de dos subsistemas en nuestro ordenamiento jurídico (público/privado). Nótese que comúnmente la interpretación en términos clásicos gira alrededor del derecho privado. Las reglas y las técnicas, e incluso los ejemplos, son propios del derecho privado (o en su caso, Penal) y, como ya hemos señalado, el Derecho Administrativo tiene caracteres propios que nos exigen repensar las reglas y técnicas hermenéuticas en el campo específico de nuestro conocimiento. Así, por caso, el Derecho Público, a veces y ante ciertas indeterminaciones, se integra con el Derecho Privado; y b) el *principio de clausura* del modelo de Derecho Público.

Vale recordar que en el derecho privado “todo lo que no está prohibido, está permitido”, de conformidad con el art. 19, Constitución Nacional de Argentina (en adelante CN), y –a su vez– el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Sin embargo, en el campo de nuestro conocimiento el principio es más complejo. Así, respecto del Estado, *todo lo que no está permitido, está prohibido*; y, en relación con las personas que interactúan con el aquel –igual que en el derecho privado–, *todo lo que no está prohibido, está permitido*.

Es decir, el postulado básico es prohibitivo (respecto de la actividad estatal) y, a su vez, permisivo (en relación con las personas). Entonces, en el derecho privado se ha dicho, actualmente con controversia, que ciertas inconsistencias se resuelven por aplicación del principio de clausura (*todo lo que no está prohibido, está permitido*); pero ello no es posible en el Derecho Público porque aquí los postulados son otros (prohibición y permisión, según el actor de que se trate).

Pues bien, más allá del alcance de las competencias estatales y del ejercicio de los derechos que solo exigen abstenciones del Estado, el caso quizás más complejo es el siguiente: *el deber estatal de hacer versus el derecho del particular* (verbigracia, el deber de reparar los daños causados por el Estado o de proveer medicamentos ante el ejercicio del derecho respectivo).

En efecto, es necesario reflexionar sobre la estructura de las reglas anómalas sobre deberes estatales genéricos, cuya exigencia nace del ejercicio de los derechos de las personas. Estos constituyen los casos administrativos oscuros. Aquí, debemos recurrir a los principios con el objeto de definir las reglas y su contenido.

Así, los postulados en el Derecho Público son los siguientes: *prohibición* y *permisión*, según el actor de que se trate; y –además– el uso de principios especiales en las relaciones de deberes de prestación (obligaciones estatales de hacer) y derechos positivos (cuyo contenido es exigir prestaciones).

En síntesis, el Derecho Público –en tono diferente del derecho privado– debe resolver otros obstáculos, a saber: el *doble derecho* y el postulado de cierre del modelo.

Finalmente, creemos importante remarcar que los intérpretes del Derecho no solo trabajan básicamente con el derecho privado o, en su caso, Penal, sino además con la figura del juez (en su rol de intérprete último del Derecho); pero ciertamente la Administración (léase el Poder Ejecutivo) ejerce un papel fundamental porque debe interpretar el derecho y luego, obviamente, aplicarlo. Es más, en muchos casos esas interpretaciones y decisiones no son revisadas por el Poder Judicial en razón de los vericuetos propios del modelo. Por tanto, debemos preguntarnos cómo razona el Poder Ejecutivo.

2. La distinción entre interpretación y discrecionalidad en el ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo

En este punto, es necesario distinguir entre la interpretación jurídica y el ejercicio de las potestades discrecionales. Así, el ejercicio de potestades con libertad o arbitrio supone que el ordenamiento jurídico le permite al órgano que debe aplicar las normas ante los casos concretos, elegir entre dos o más caminos posibles y jurídicamente correctos.

En verdad, el órgano de aplicación debe primero, interpretar las normas y luego, como segundo paso, aplicarlas (solo en este contexto, es posible que pueda optar entre dos o más soluciones posibles).

Creemos que interpretar es aplicar el ordenamiento en un caso singular, según criterios predeterminados, más allá de sus aspectos subjetivos. Es decir, el operador debe interpretar la ley y solo puede hacerse de cierto modo. Entonces, ¿cuál es este modo? El método hermenéutico que prevé el propio orden jurídico. De modo que el intérprete no puede decidir libremente cómo interpretar las normas, sin perjuicio de que es posible que coexistan interpretaciones divergentes, e incluso contradictorias. ¿En tal caso, cuál de las interpretaciones es correcta? Según el modelo jurídico es la solución que siguen los jueces.

Luego de que el operador interprete el ordenamiento puede ocurrir que este reconozca ese margen de arbitrio. En el marco de la discrecionalidad,

cualquiera de las soluciones posibles es jurídicamente correcta y, consecuentemente, válida.

Veámoslo con mayor detalle. En primer lugar, el operador jurídico debe constatar si el hecho –es decir, el antecedente– existe o no. Ello está vinculado directamente con las pruebas del caso. Así, las pruebas deben interpretarse conforme las reglas específicas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, las reglas de la sana crítica), y no de modo discrecional. El intérprete no puede optar por unas y rechazar otras en términos igualmente válidos, sino que debe hacerlo según las reglas precisas y específicas.

En segundo lugar, el operador debe interpretar o valorar ese hecho, según el ordenamiento jurídico. Es decir, en ambos pasos el operador debe respetar las reglas hermenéuticas.

El proceso de interpretación debe hacerse según las pautas que prevé el ordenamiento jurídico, y no con arbitrio o libertad. Pensemos que –al fin y al cabo– el juez dice qué es el derecho (esto es, cómo debe interpretarse el orden jurídico con carácter definitivo). Es decir, según el modelo jurídico solo existe un criterio interpretativo en términos de valor (solución legalmente válida).

Distinto es el caso de las potestades discrecionales, porque aquí el operador no debe solo interpretar el derecho sino elegir entre dos o más opciones posibles siempre –claro– dentro del marco jurídico.

Entonces, en principio, el Ejecutivo cuando aplica el derecho debe realizar los siguientes pasos:

- a) Constatar el hecho, es decir su existencia y alcance (interpretación).
- b) Encuadrarlo en el marco jurídico –subsumir el hecho en el derecho– (interpretación).
- c) Aplicar el derecho (ejercicio reglado o discrecional).
- d) Por último, resolver cómo ejercer sus facultades (ejercicio reglado o discrecional)⁹.

3. La peculiaridad de las técnicas hermenéuticas en el contexto de los subsistemas jurídicos

Aquí, debemos reparar en el debate sobre el *derecho único* (un solo sistema jurídico) o el *doble derecho* (dos subsistemas jurídicos), y cómo esto incide en el proceso de construcción del modelo hermenéutico.

Hemos dicho que en nuestro ordenamiento jurídico existe un *doble derecho* compuesto por un lado por el derecho privado y, por el otro, por el Derecho Público.

⁹ BALBÍN 2011.

Este modelo de *doble derecho* (subsistemas) tiene, entre nosotros, dos consecuencias jurídicas relevantes. Por un lado, el derecho privado se apoya en ciertos principios y reglas; y el Derecho Público por su parte, se construye desde otros pilares y con otras directrices. Por el otro, y según nuestro marco constitucional de distribución territorial de poder, el derecho privado es regulado por el Estado Federal (salvo las reglas procesales), y el Derecho Administrativo por el Estado Federal y los Estados Provinciales en sus respectivas jurisdicciones.

Por tanto, y en sentido contrario, el modelo único permite construir un solo Derecho, sin perjuicio de ciertos matices propios y menores del Derecho Administrativo y, a su vez, el tronco común es regulado por el Estado Central, sin perjuicio del poder de los Estados locales de dictar los detalles o complemento.

Ciertamente nuestro Derecho ha sido cultor de este criterio de distinción (subsistemas) desde los programas de estudio de las universidades, las regulaciones normativas, los fallos judiciales y las opiniones de los juristas.

Es posible sostener –en términos superficiales– que el Derecho Público se debe atar al Estado (sus actividades, sus funciones, sus estructuras y el factor humano) y, a su vez, debe irradiarse en las relaciones de este con las personas. Por su parte, el derecho privado recae sobre los particulares y las situaciones entre estos.

Sin embargo, es simple advertir que el Estado se rige en ciertos casos por el derecho privado, sin renunciar enteramente a los principios del Derecho Público; por ejemplo, ciertos contratos celebrados por el Estado cuyo objeto es regulado por el derecho privado y que llamaremos Derecho Administrativo Privado. De modo que el Derecho Administrativo Privado contiene reglas del Derecho Privado, pero está rodeado de directrices y básicamente principios del Derecho Público (derechos fundamentales; postulado competencial; y principios de igualdad y proporcionalidad, entre otros). A su vez, los particulares se rigen por el Derecho Privado y, a veces, en parte por el Derecho Público en sus relaciones (entre otros, es el caso de los concesionarios y usuarios de los servicios públicos)¹⁰.

En síntesis, el subsistema de que se trate se integra con ciertos eslabones del otro subsistema, sin desdibujar su identidad.

El conflicto entre el Derecho Público/Privado es permanente, dinámico y complejo. Quizás uno de los capítulos en donde es posible advertir con mayor nitidez las rispideces y dificultades en el entrelazamiento de los dos subsistemas es en las formas de intervención del Estado, en las actividades comerciales e industriales. Es decir, las empresas del Estado. Aquí vale recordar en términos paradigmáticos que, en ciertos casos, el legislador dice que las empresas públicas se rigen por los principios y las reglas del derecho privado

¹⁰ SCHMIDT-ASSMANN 2003.

y que no debe aplicárseles –en ningún caso– los principios ni las reglas del Derecho Público. Este relato normativo nos muestra claramente el conflicto casi permanente e irresoluble entre los dos subsistemas.

Conviene aclarar también que tales subsistemas constituyen bloques normativos con cierta autonomía (principios, reglas y criterios hermenéuticos propios) y, por tanto, la aplicación de uno desplaza al otro¹¹.

Sin embargo, también es importante advertir que los subsistemas interactúan integrándose por vía interpretativa. En particular, el bloque del Derecho Público se nutre en parte del derecho privado, a través de técnicas hermenéuticas diversas (aplicación subsidiaria o analógica). De todos modos, cierto es que el derecho privado no recurre a las reglas del Derecho Público con el objeto de integrarse por las vías interpretativas. Es decir, el Derecho Público aplica derecho privado (uno de los casos más emblemáticos es la construcción de la teoría dogmática de la responsabilidad estatal desde el Código Civil); pero, sin embargo, el derecho privado no recurre a las reglas del Derecho Público, por ejemplo, en caso de lagunas.

Quizás, en términos simples pero didácticos, es plausible recrear en el plano teórico tres modelos sobre el esquema Derecho Público/Privado sin dejar de advertir que los sistemas jurídicos son más complejos. Sin embargo, más que enredarnos en los vericuetos de los sistemas jurídicos, nos proponemos aquí privilegiar el debate sobre las ideas.

Primer modelo: dos bloques o subsistemas (Derecho Público por un lado, y derecho privado por el otro; por supuesto, ambos anclados en el Derecho Constitucional).

Segundo modelo: un solo bloque (Derecho común).

Tercer modelo: una base común (preferentemente de derecho privado y de desarrollo por debajo de la Constitución) y, luego, ramificaciones varias (entre ellas, el Derecho Administrativo y el Derecho Civil).

Antes de abandonar este capítulo es necesario incorporar en el debate propuesto que el *doble derecho* (dos subsistemas) nos lleva a la encrucijada de distinguir entre normas del Derecho Público y Privado.

Evidentemente, el Código Civil y Comercial es derecho privado y las leyes sobre procedimientos administrativos o contrataciones del Estado son ejemplos clásicos de reglas del Derecho Público. Pero, qué ocurre con las leyes ambientales, de educación, salud, consumidores y usuarios. Cuál es, entonces, el criterio sustancial que nos permite distinguir entre unas y otras y, consecuentemente, encuadrar las situaciones jurídicas.

Volvamos sobre la idea del Derecho Administrativo como conocimiento autónomo del derecho privado. Pues bien, si aceptamos el *doble derecho*

¹¹ Sobre las particularidades de la interpretación del derecho administrativo, puede consultarse BALBÍN 2013.

(dos subsistemas) y, por tanto, el Derecho Administrativo como conocimiento autónomo, cabe preguntarnos: ¿cuál es la relación entre este bloque y el Derecho Civil?

a) El vínculo entre los subsistemas

En principio, el Estado hace uso del Derecho Administrativo; sin embargo, a veces recurre al derecho privado por cuatro vías distintas, a saber:

i) La aplicación directa de reglas del derecho privado (por ejemplo, contratos administrativos cuyo objeto está regido por el derecho privado). En cualquier caso, deben aplicarse los principios y ciertas reglas del Derecho Público. Así, el Derecho Administrativo Privado está alcanzado por las reglas competenciales (mandatos propios y típicos del Derecho administrativo), los principios generales del Derecho administrativo y además, por los Derechos Fundamentales.

ii) El uso de modos de organización propios del derecho privado (sociedades comerciales; asociaciones; fundaciones; y fondos fiduciarios, entre otros). ¿El uso de tales cauces supone, consecuentemente, aplicar el derecho privado? Las relaciones que nacen de ese escenario se rigen por el derecho privado, pero en los términos detallados en el apartado anterior; esto es, derecho privado rodeado por el Derecho Público (Derecho administrativo privado).

iii) El uso de recursos públicos por medio de terceros. Es posible –aunque no está dicho así entre nosotros– que, en tal caso y sin perjuicio de recurrir a sujetos que se mueven en el subsistema del derecho privado, se aplique básicamente Derecho administrativo.

iv) La aplicación de reglas del subsistema del derecho privado –por vía interpretativa– en el subsistema del Derecho Público (aplicación analógica o subsidiaria).

En este último supuesto (iv), el intérprete recurre a reglas –o quizás principios– del derecho privado de modo ocasional y limitado, respetándose los dos subsistemas jurídicos. Sin embargo, en los dos primeros casos (i y ii) es posible configurar un subsistema propio que llamaremos Derecho administrativo privado. Quizás, no sea un subsistema jurídico sino simplemente un apartado del subsistema del Derecho Público. Este bloque está integrado por: principios del Derecho Público (igualdad, razonabilidad, proporcionalidad), reglas sobre competencia (Derecho Administrativo), reglas y formas del Derecho Privado y, finalmente, Derecho Presupuestario.

Desde el punto de vista dogmático es posible desarrollar diversas teorías (por caso, las teorías de los actos separables o de los dos niveles), con el propósito de distinguir la aplicación del Derecho Público y Privado sobre el mismo objeto (se trate de actos, contratos o actividad material).

En general, el Estado recurre al derecho privado cuando se trata de actividades de prestación y no así de ordenación o regulación.

El vínculo entre el bloque del Derecho Administrativo y el bloque del Derecho Privado es complejo. En principio, el primero desplaza al segundo por las materias propias, sin complementarse entre sí. Sin embargo, en el caso de lagunas en el Derecho Administrativo es posible ir al bloque del derecho privado con el objeto de buscar reglas, traerlas y resolver el caso.

Es necesario, entonces, superar los déficits y así integrarlo. Pues bien, ¿cuáles son los déficits más comunes de este modelo? Aquí es necesario plantear, *por un lado*, las contradicciones y, *por el otro*, las indeterminaciones propiamente dichas, a cuyo fin seguimos básicamente las explicaciones de Carlos Nino sobre Teoría General del Derecho¹². Sin embargo, nos detendremos en el análisis de las lagunas en el Derecho Administrativo.

Nino sostiene que existe una laguna del derecho “cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa”. Más allá de la discusión sobre la existencia o no de las lagunas en el Derecho, en el marco del Derecho Administrativo las lagunas (llamadas también entre nosotros “casos administrativos no previstos”), están presentes con más fuerzas que en los otros campos jurídicos.

Pero, ¿es válido recurrir a la analogía en el Derecho Administrativo? ¿No existe acaso contradicción entre el principio de legalidad y este criterio hermenéutico? Es decir, ¿es posible conciliar, *por un lado*, el principio de legalidad, presente fuertemente en el Derecho Administrativo y, *por el otro*, las interpretaciones analógicas o también llamadas –a veces– extensivas? Es válido siempre que por este camino no restrinjamos derechos y garantías. Por ejemplo, si por vía analógica se extienden actos de gravamen, este recorrido está vedado al intérprete. Es decir, la analogía no puede ser usada en el campo de los poderes de ordenación y regulación del Estado y, particularmente, su poder sancionador, en términos de restricciones de derechos (por ejemplo, revocaciones o caducidades de derechos).

En síntesis, en el Derecho Público el principio de legalidad restringe necesariamente las técnicas de interpretación extensivas, en particular, el instrumento analógico.

Cabe aclarar que el principio de legalidad respecto del Poder Ejecutivo comprende dos aspectos. Por un lado, cuál es el poder jurídico que debe autorizar al Poder Ejecutivo a actuar y, por el otro, de qué modo debe hacerlo. Es decir, el postulado de la legalidad exige: a) ley formal del Congreso; b) autorizaciones llamadas competencias (permisiones); y c) uso restrictivo de las técnicas extensivas (analógicas).

¿Cuándo existe una laguna en el Derecho Administrativo? Pues bien, primero debemos recurrir al concepto de competencias –propio del Derecho Administrativo– y tras definir su alcance (competencias expresas e implícitas), entonces, cabe analizar si existen o no vacíos normativos. Tengamos presen-

¹² NINO 1980.

te –además– que así como existen potestades expresas e implícitas, también existen prohibiciones expresas e implícitas en nuestro modelo jurídico.

A su vez, el intérprete debe, en segundo lugar, y según nuestro criterio, aplicar el postulado de completitud del modelo (esto es, el mandato prohibitivo respecto del Estado).

Finalmente, en tercer lugar, cabe recurrir a los principios con el objeto de completar los deberes genéricos de prestación del Estado y, solo luego, aprehender las lagunas.

Entonces, ¿en qué casos dejamos de lado el postulado de cierre (completitud) y recurrimos a las técnicas expansivas? Tengamos presente que este postulado siempre nos permite cerrar el modelo; sin embargo, este criterio debe ser abandonado si las soluciones son absurdas o injustas.

Luego de recrear este cuadro –es decir, competencias y postulado de cierre–, es posible constatar si existen o no lagunas y cómo rellenarlas.

Volvamos a las lagunas concretas en el Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, la responsabilidad del Estado por los vicios o riesgos de las cosas de su propiedad o que estuviesen bajo su guarda; los vicios redhibitorios en el contrato público; y los plazos de prescripción de las acciones por nulidad de los actos administrativos.

Quizás, conviene aclarar que en el campo de nuestro conocimiento es posible hallar *lagunas parciales* cubiertas por el propio Derecho Administrativo (por ejemplo, el art. 76, CN, sobre decretos delegados no prevé prohibiciones materiales. Por tanto, si se entiende que existe este vacío, entonces, es posible rellenarlo con las pautas sobre prohibiciones materiales que establece el art. 99, CN, respecto de los decretos de necesidad). Tal como explicamos anteriormente el intérprete debe, en primer lugar, desarrollar el cuadro de competencias (por caso, si es posible trasladar las prohibiciones del art. 99, CN, en términos de prohibiciones implícitas sobre el art. 76, CN); es decir, ¿es posible deducir prohibiciones implícitas del principio prohibitivo expreso; o solo es plausible hacerlo desde mandatos prohibitivos específicos? Solo luego de completar el cuadro de competencias estatales, cabe preguntarse por las lagunas del modelo.

A su vez, otras *lagunas parciales* son rellenadas por el derecho privado (por caso, en el marco contractual, el plazo de prescripción de las acciones, el pacto comisorio –art. 1204 del viejo Código Civil, en adelante CC– y la excepción de incumplimiento contractual –art. 1201, CC–, antes de la aprobación del decreto delegado 1023/01).

Por su parte, las *lagunas totales* son cubiertas –a veces– por el derecho privado (por ejemplo, el proceso contencioso administrativo, e incluso el acto administrativo y sus nulidades antes del dictado del Decreto-Ley de Procedimientos Administrativos, en adelante LPA).

Veamos el marco jurídico de las medidas cautelares –más allá del art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial, en adelante CPCC–. Así, este vacío (antes de aprobación de la Ley N° 26.854) podía ser cubierto por las normas del Derecho Administrativo (art. 12, LPA) o por las disposiciones del CPCC (arts. 230 o 232 del Código), e incluso por un modelo mixto (en ciertos casos la LPA y en otros el CPCC). Los jueces, como es sabido, recurrían al CPCC.

Otro ejemplo, es el trámite de ejecución de sentencias condenatorias del Estado en términos de hacer, no hacer o dar –siempre que no se trate de dar sumas de dinero–. Aquí aplicamos el CPCC.

b) *La analogía*

La técnica más usual, y que reconoce expresamente nuestro sistema jurídico con el objeto de salvar tales indeterminaciones, es la analogía. En efecto, el viejo Código Civil –en su artículo 16– establecía que “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si una cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Cabe recordar en este punto que la Corte dijo que el art. 16, CC es un principio general propio de todo el ordenamiento jurídico¹³.

En sentido concordante el art. 2 del Código Civil y Comercial ordena que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico”.

Un ejemplo puntal es el decreto 893/12 (decreto reglamentario del decreto delegado 1023/01), que establece que “se aplicarán las normas de derecho privado por analogía”.

¿En cualquier caso es posible recurrir a la analogía? No, solo cuando estén presentes ciertas condiciones. Primero, es necesario que los casos sean semejantes y, segundo, la solución que arroje debe ser justa.

Por ejemplo, el modelo jurídico prevé en el caso A una solución jurídica y ante el caso B guarda silencio. Primero, como ya explicamos, los casos o hechos (es decir, los antecedentes) deben ser semejantes y, por tanto, es posible transpolar la regla de A y aplicarla al caso B –no por indicación del legislador sino por el trabajo del intérprete–. Segundo, debe analizarse si la solución al caso B, por aplicación de la regla de A, es o no justa.

Entonces, la analogía solo procede cuando estén presentes las siguientes condiciones: (a) mismo orden jurídico; (b) semejanzas de hechos (esto es, conductas, objetos y sujetos), en tanto poseen iguales cualidades y en grados más o menos semejantes; y finalmente (c) soluciones justas (es decir, la

¹³ Ruffo Antuña con YPF.

analogía no es solo un instrumento lógico-formal sino que incluye un componente valorativo –axiológico–).

Veamos otras consideraciones complementarias sobre la analogía, según Manuel Atienza. 1) La analogía supone ir de lo particular a lo particular, salvo cuando en este contexto recurrimos a los principios generales del derecho; 2) la analogía no reviste carácter transitivo (así, si A es semejante a B y B semejante a C; A no necesariamente es semejante a C. De modo que la analogía procede entre A y B, y entre B y C; pero no entre A y C) y, finalmente, 3) la analogía es una conclusión de probabilidades y no de certezas.

En síntesis, cabe aclarar que la analogía no es un caso de ley incompleta –esto es cuando la ley carece de alguno de sus elementos–, sino de supuestos no regulados y, por tanto, el intérprete debe crear nuevas normas.

En el Derecho Civil –como ya sabemos–, el intérprete puede recurrir a reglas escritas, pero no previstas para la solución de caso.

Pero, ¿qué ocurre en el Derecho Administrativo? Pues bien, en el caso de lagunas, el intérprete debe recurrir a otras reglas del Derecho Administrativo y, si ello no fuese plausible, entonces, ir al derecho privado. En tal caso, el camino es más complejo (y, por eso, le hemos llamado analogía de segundo grado). Aquí, el operador debe valorar las semejanzas entre los hechos y –además– adaptar las reglas del derecho privado conforme los principios del Derecho Administrativo (es decir, adaptar las reglas) y, luego, aplicarlas al caso administrativo, cuya solución no ha sido reglada por el legislador, y siempre –claro– que el resultado sea justo¹⁴.

Por ejemplo, el Derecho Administrativo no dice cuál es el plazo de prescripción de las acciones por nulidad de los actos administrativos. Por tanto, el intérprete debe suplir ese vacío y con ese objeto entonces recurrir a otras reglas del Derecho Administrativo en términos analógicos. Buceando entre las reglas del Derecho Administrativo, encontramos –por caso– la Ley de Expropiaciones que sí establece plazos de prescripción. En este punto, cabe preguntarse, ¿es posible predicar semejanzas entre las situaciones de hecho bajo análisis (por un lado, nulidad de los actos estatales y, por el otro, expropiaciones)? Creemos que no, porque el caso previsto –expropiaciones– se refiere a supuestos de responsabilidad por actividades lícitas y el caso no previsto –nulidades– comprende las situaciones creadas por actividades ilícitas del Estado.

Si, por caso, el intérprete no encontrase otras reglas análogas en el Derecho Administrativo, puede recurrir al Derecho Civil. Aunque es curioso observar que el Derecho Civil no recurre en caso de lagunas al Derecho Administrativo.

¹⁴ BALBÍN 2013.

Así, ya ubicados en el campo del Derecho Civil, leemos que el Código Civil y Comercial dice que “prescriben a los dos años: a) el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos” (art. 2562).

Pues bien, ¿las situaciones de hecho son semejantes (nulidad de los actos jurídicos y de los actos administrativos)? Sí, porque el contenido es similar (plazo de prescripción de las acciones por nulidad de actos ilícitos), más allá del sujeto responsable y de la naturaleza de tales actos.

Sin embargo, resta un paso en este proceso de integración que consiste en cotejar las reglas del derecho privado con los principios del Derecho Administrativo (esto es, pasar las reglas del derecho privado por el tamiz de los principios administrativos). Pues bien, fácil es observar que la regla bajo análisis no contradice principio alguno; de modo que no es necesario adaptarla y reescribirla con el objeto de aplicarla al caso no regulado.

Cabe aclarar que si no es posible rellenar las lagunas del Derecho Administrativo con las reglas del derecho privado, entonces, debemos recurrir a los principios generales del Derecho (en primer término, los principios específicos del Derecho Administrativo y luego, en segundo término, a los principios generales). El paso de un estadio al otro supone no encontrar soluciones jurídicas en el anterior o, en su caso, no hallar soluciones justas.

Finalmente, nos preguntamos, ¿es posible aceptar la analogía aun cuando no hubiese lagunas? Es decir, ¿es plausible dejar de lado las soluciones normativas específicas y recurrir a otras? Entendemos que no porque, entre otras razones, las decisiones jurídicas deben ser previsibles.

Sin embargo, tal como indica Atienza, “la distinción en cuestión no se puede establecer de una manera precisa. Lo que existe más bien es una graduación, un continuo que se prolonga, hacia arriba, hasta la creación arbitraria de Derecho y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa”¹⁵.

c) *La subsidiariedad*

Cabe recordar que, además de la analogía, otra técnica usual de integración del modelo de Derecho Administrativo es la *subsidiariedad*. ¿Cuál es la diferencia entre la analogía y la subsidiariedad? Linares dice que la subsidiariedad es lisa y llanamente la aplicación directa de la regla, en tanto la analogía supone un trabajo intelectual y no meramente mecánico por parte del intérprete. Es más, este autor aconseja desterrar la analogía e inclinarnos por la subsidiariedad porque en el primer caso la libertad y discrecionalidad del intérprete (trátase del juez o de la Administración) es mucho mayor.

En este punto es interesante recordar que la Corte ha desandado ambos caminos de modo zigzagueante y sin mayores explicaciones. Por caso, en el capítulo sobre responsabilidad estatal recurrió –antes de la sanción de la ley

¹⁵ ATIENZA 1985.

sobre Responsabilidad estatal– al Código Civil por las vías subsidiarias (ver, entre otros, el caso “Vadell”); y en el capítulo sobre el plazo de prescripción de las acciones en que el Estado es demandado, lo hizo por vías analógicas y subsidiarias casi indistintamente y según el caso. En efecto en los precedentes “Laplacette” y “Cipollini” siguió el camino analógico y en el caso “Winter” se inclinó por la subsidiariedad. Asimismo, respecto de las nulidades en el Derecho Público –antes del dictado de la LPA–, la Corte recurrió al CC por vía analógica (caso “Los Lagos”) “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina” (es decir, el Derecho Administrativo).

A su vez, en ciertos casos los propios textos normativos prevén las técnicas de subsidiariedad (también llamadas supletorias); por ejemplo, la LPA y su decreto reglamentario. Así, el art. 106 del decreto reglamentario de la LPA dice que “El CPCC será aplicable supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuere incompatible con el régimen establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario”. Asimismo, el artículo 62 del mismo cuerpo normativo establece que “En la apreciación de la prueba se aplicará lo dispuesto por el art. 386 del CPCC”. Otro ejemplo es el decreto 722/96 sobre procedimientos administrativos especiales que dice que el procedimiento de las contrataciones sigue vigente, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LPA y su decreto reglamentario.

Por su parte, el citado decreto 893/12 dispone que “supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo” (art. 5).

Sin embargo, creemos que las técnicas subsidiarias o supletorias no suponen aplicar lisa y llanamente la solución regulada normativamente, sino analizar previamente si se adecua o no al marco normativo específico y solo luego aplicarlo. En otras palabras, el test a seguir es el de compatibilidad con el marco jurídico en el que hemos de aplicar subsidiariamente la norma, más allá del mandato normativo expreso que nos autoriza a utilizar dicha herramienta¹⁶.

IV. El precedente como fuente del Derecho Administrativo

Como punto de partida cabe preguntarse si los precedentes (decisiones estatales anteriores) son creación del derecho o simplemente aplicación de este.

En general, se ha interpretado que el precedente administrativo es meramente aplicativo de la ley; sin embargo, creemos que este debe ser considerado como fuente del derecho cuando reúne ciertos caracteres.

Cabe aclarar que el fundamento del precedente es el principio de igualdad, la confianza legítima, la no arbitrariedad y la seguridad jurídica.

¹⁶ Para un análisis detallado y profundo sobre la subsidiariedad, ver VERGARA BLANCO 2010.

A su vez, debemos preguntarnos en qué casos –y en razón de los principios antes enunciados– es posible reconocer al precedente como fuente del derecho (es decir, con carácter jurídicamente vinculante).

Se ha sostenido que “el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye, a nuestro juicio, una fuente del Derecho, ya que configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en Derecho Administrativo” e impide “la consumación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública”¹⁷.

En igual sentido se ha afirmado, con fuertes matices, que “los precedentes administrativos no son así, autónomamente de la ley, fuente de obligaciones para los particulares. Sin perjuicio de ello, por la doctrina de los actos propios, puedan en cambio obligarla a ella, la costumbre solo puede ser aceptada como fuente cuando contiene la creación de derechos para los particulares frente a la administración”¹⁸.

A su vez, “a falta de ley que lo autorice, la costumbre administrativa –y menos aún la práctica administrativa– no obliga a la Administración respecto a terceros ni al administrado respecto a la Administración”¹⁹.

Creemos que los usos y prácticas del Estado (es decir, sus hábitos y comportamientos), igual que ocurre con sus precedentes (entendidos estos como pronunciamientos formales), constituyen fuente del derecho con ciertos matices.

Así, el precedente en sentido amplio es fuente del derecho –según nuestro criterio– y obliga a la Administración si reúne, al menos, las siguientes características:

1. El precedente es tal cuando se trate de conductas del Estado reiterativas ante casos similares (hechos).

2. El precedente debe ser legítimo. Sin embargo, el precedente ilegítimo también es fuente de derecho en casos excepcionales –siempre que el vicio no sea grosero o patente–. En el caso del precedente ilegítimo como fuente del derecho, su fundamento es, en verdad, la confianza legítima, y no simplemente la reiteración de las conductas estatales. Es decir, el precedente ilegítimo no tiene valor, salvo que se configure como un supuesto de confianza legítima.

3. El precedente solo procede en el marco de las potestades discrecionales. Esto último es evidente, pues solo en tal caso el precedente vale eventualmente como fuente y, por tanto, condicionante de las decisiones posteriores. En verdad, la discrecionalidad estatal está limitada por tres cuestiones: a) los principios generales del derecho; b) las regulaciones por el pro-

¹⁷ CASSAGNE 2003.

¹⁸ GORDILLO 2006.

¹⁹ MARIENHOFF 2003.

pio Poder Ejecutivo –así como el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos–; y c) los precedentes administrativos.

4. Por el contrario, tratándose de facultades regladas no cabe aplicar el precedente, sino lisa y llanamente las reglas del caso.

5. Otro de los caracteres del precedente es la alteridad. Es decir, este debe referirse a otro sujeto, pues si se tratase del mismo debe aplicarse el criterio de la confianza legítima.

6. Por último, debe tratarse del mismo órgano administrativo.

Quizás sea posible plantear el alcance del precedente en los siguientes términos: a) el precedente como fuente (obligatoriedad); o b) el precedente como simple mandato prohibitivo (prohibición de apartarse de estos sin motivación suficiente)²⁰.

V. Los principios en el marco del Derecho Administrativo

¿Qué son los principios? Alexy dice que “los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de regulaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas de cómo debe ser el derecho”.

Los principios se distinguen de las normas (*reglas*) por los siguientes caracteres:

1. Su estructura es abierta (es decir, el principio es preceptivo, pero *inespecífico*; es más, los principios no contienen presupuestos de hecho ni mandatos concretos);

2. Las pautas de aplicación de los principios son los criterios de no contradicción y complementariedad. Los principios deben aplicarse en grados, de modo que si bien uno prevalece sobre el otro, no se excluyen). Así, según Alexy “los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados”.

3. El contenido de los principios es valorativo. En tal sentido, Alexy sostiene que “principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico”.

En particular, cabe destacar que la contradicción se plantea entre reglas (normas); por el contrario, entre los *principios* –mandatos más laxos– no existe contradicción, sino gradaciones. Es posible, entonces, que los principios se desplacen entre sí, pero sin excluirse.

A su vez, en caso de conflicto entre los principios, las *circunstancias del caso* nos permiten aplicar un principio y *desplazar* –según el contexto parti-

²⁰ Ver, entre otros, DÍEZ SASTRE 2008.

cular-, al otro. Como explica Dworkin, las reglas son válidas o inválidas, en tanto los principios son prevalentes o no, según las circunstancias del caso.

Asimismo, Alexy ha dicho que "los principios son mandatos de optimización. Exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. En cambio, las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En este sentido son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción"²¹.

En síntesis, ¿cuáles son las diferencias entre las leyes (reglas) y los principios (tópicos)? Los principios tienen una estructura abierta; sus pautas de aplicación son distintas a las reglas y, finalmente, su contenido es valorativo.

Por caso, la Corte en los antecedentes "*Alvarez*" y "*Debenedetti*", entre otros, recurrió a los principios de equidad y sacrificio compartido. Otro ejemplo, es el principio de solidaridad expuesto en los casos "*Halabi*" y "*Q.C., S.Y.*".

VI. Los métodos interpretativos en el Derecho Administrativo actual: (el criterio judicial y legal)

Como es sabido, SAVIGNY propuso cuatro géneros interpretativos:

1. *Interpretación gramatical*. El significado literal de las palabras es el primer criterio y, a su vez, es el pilar de los otros métodos interpretativos. Aquí, debemos guiarnos por el significado ordinario de las palabras, salvo que estas tuviesen un sentido técnico, en cuyo caso debemos inclinarnos por este último. Las *dificultades* más comunes en este contexto son la vaguedad y la ambigüedad.

2. *Interpretación lógica e histórica*. Aquí, nos preguntamos cómo se creó la norma bajo análisis y en tal sentido recurrimos, por ejemplo, a los debates parlamentarios. Este criterio hermenéutico indaga sobre cuál ha sido la intención del legislador (criterio lógico) y, por tanto, es posible confundirlo con el anterior. Al fin y al cabo, en ambos casos se trata de descubrir la voluntad del legislador, sea por las palabras o por el contexto histórico (antecedentes). Este criterio es evidentemente formalista porque se apoya en las ideas del legislador original y no en el intérprete actual. La mayor *dificultad* es la pluralidad de fuentes; es decir, muchas fuentes y probablemente contradictorias.

3. *Interpretación sistemática*. En este caso, el criterio básico no es el de las palabras o el contexto histórico ni lógico, sino el derecho como sistema; de

²¹ Por ejemplo "los subprincipios de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fácticas. Ahí no se trata de efectuar una ponderación, sino de evitar aquellas injerencias en los derechos fundamentales que son evitables sin detrimento de otros principios, es decir, se trata de la optimilidad de Pareto. En cambio, en el caso del principio de proporcionalidad –en sentido estricto– se trata de una optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas, además de por reglas, quedan determinadas esencialmente por principios opuestos. Este es el terreno de la ponderación. ALEXY 2009

modo que el significado de las normas debe ser aquel que guarde mayor coherencia con el resto del ordenamiento jurídico. Por cierto, este criterio parte de la idea del legislador racional que es aquel que legisla supuestamente en términos ordenados, coherentes, y sin contradicciones ni redundancias.

La virtud del método sistémico consiste básicamente las normas deben interpretarse según el contexto, es decir las otras reglas jurídicas y, en particular, las más cercanas en el orden temático. Asimismo, las normas deben interpretarse según su ubicación material –por caso, los títulos en que estén ubicadas–. Además, el modelo se cierra por aplicación del principio de clausura y, finalmente, es posible recurrir a la analogía y a los principios generales del derecho con el objeto de interpretar e integrar el modelo. A su vez, *si el criterio sistemático no coincide con las soluciones a las que hemos llegado por aplicación del criterio literal o histórico, entonces, prevalece el criterio interpretativo sistémico por sobre los otros.*

4. *Interpretación teleológica.* Este postulado parte de la idea de que el razonamiento jurídico es básicamente práctico, es decir, persigue ciertos fines. Pero, ¿a qué fines nos referimos? ¿Acaso es el fin que persigue el intérprete, las instituciones, el derecho o la sociedad? Un ejemplo sobre interpretación conforme los fines de la sociedad –según nuestro criterio– es el caso de la Corte “Halabi”.

Un antecedente interesante y reciente de la Corte sobre los métodos de interpretación es el caso “Rizzo”. Allí, el Tribunal analizó el caso según los siguientes criterios: a) *el método literal y lógico.* “Esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador...”. Y luego añadió que “el juez [debe] atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común”; b) *el método finalista* (“esta interpretación se encuentra avalada en los objetivos que persigue la Carta Fundamental”; corresponde examinar “los objetivos que persigue la Carta Fundamental”); c) *el método histórico* (“asimismo, la voluntad originaria expresada en la Asamblea Constituyente compone otra pauta de interpretación esencial”. A su vez, “corresponde destacar que la intención del constituyente al incorporar el art 114 CN fue elevar el umbral de garantía de independencia judicial” y, en igual sentido, cabe “examinar las expresiones del constituyente al dar origen al texto”); y d) *el método sistémico* (“el sentido que lógicamente debe deducirse del contexto constitucional en el que está inserto” y “computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional”).

Por su parte, el Código Civil y Comercial dice que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras (*interpretación literal*), sus finalidades (*interpretación teleológica*), las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (*interpretación sistemática*)” (art. 2).

Creemos que el intérprete debe tener presente la voluntad del legislador (histórica y actual), el análisis sistemático, el fin de la institución y su propia valoración (esto es, el reconocimiento de los derechos fundamentales, los valores jurídicos y la utilidad y previsibilidad de sus decisiones).

Finalmente, es necesario ubicar en este escenario al interés público. Vale recordar que, entre nosotros, la Corte ha dicho que “el bien común no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de estas y menos aun lo que la mayoría considere común excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente *es el bien de todas las personas*, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas” (énfasis agregado). Y añadió que “resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de la arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad. Ello implicaría desconocer el principio con arreglo al cual el bien colectivo tiene una esencia pluralista, pues sostener que ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales a determinados grupos, así como propender a la no discriminación, es solo un beneficio propio de los miembros de esa agrupación, importa olvidar que esas prerrogativas son propósitos que hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su artículo 75, inciso 22” (caso “ALITT”).

Al fin y al cabo, el intérprete del Derecho Administrativo debe llevar adelante su trabajo con el propósito de componer el interés público en el caso concreto.

Conclusiones

El presente trabajo, tal como adelantamos en sus inicios, no es un relato acabado y sistemático de cómo interpretar el Derecho Administrativo en el marco de la Teoría General del Derecho, sino que simplemente propone reflexio-

nar sobre la razonabilidad o no de construir bases y herramientas propias y específicas en la lectura e interpretación del Derecho Administrativo.

Cabe preguntarse si el intérprete del Derecho Administrativo debe aplicar lisa y llanamente las técnicas de la teoría general o, acaso, construir matices propios. Y si así fuese, deberíamos indagar sobre por qué es necesario hacerlo (es decir, el fundamento) y luego, qué técnicas son las más adecuadas en nuestro trabajo.

En verdad, la interrogante que nos planteamos es si las técnicas y reglas hermenéuticas que estudiamos y aplicamos habitualmente nos dan respuestas adecuadas ante el Derecho Administrativo y sus desafíos actuales. Es más, creemos que los puntos planteados nos permiten afirmar que las bases son idénticas (así, por caso, los métodos de interpretación, con la salvedad del interés público), pero igualmente cierto es que otros aspectos son propios y específicos de nuestro conocimiento.

En efecto, las estructuras de ciertos mandatos del Derecho Administrativo; el ejercicio de potestades discrecionales por el Poder Ejecutivo junto con el trabajo de interpretación; la interrelación entre los subsistemas jurídicos; el valor de los precedentes como fuente del Derecho; y los principios específicos nos exigen repensar cómo interpretar el Derecho Administrativo.

Pues bien, más allá de tales aspectos, es necesario detenerse –inicialmente– en el concepto del Derecho Administrativo y su carácter autónomo. Por eso, hemos propuesto otras bases –en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho– y desde allí, creemos, es más evidente la necesidad de reconstruir otras reglas hermenéuticas.

Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (2009): "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", en: *"Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho"*, N° 32 (trad. A. Daniel Oliver-Lalana, España, Universidad de Alicante), pp. 67-84.
- ATIENZA, Manuel (1985): "Algunas tesis sobre la analogía en el derecho", en: *"Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho"*, N° 2 (Alicante, Universidad de Alicante), pp. 223-229.
- BALBÍN, Carlos F. (2011): *Tratado de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, Editorial La Ley) T I, 310 pp.
- BALBÍN, Carlos F. (2013): *Manual de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, Editorial La Ley), 662 pp.
- BIELSA, Rafael (1964): *Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, Editorial La Ley) T I, 33 pp.
- CASSAGNE, Juan C. (2003): *Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, LexisNexis) T I, 208 pp.
- FIORINI, Bartolomé H. (1976): *Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot) T I. 34 pp.
- DÍEZ SASTRE, Silvia. (2008): *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante* (Madrid, Editorial Marcial Pons), 476 pp.
- GARGARELLA, Roberto (1999): *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. (Buenos Aires, Editorial Paidós), 223 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1964): *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. (Madrid, Editorial Civitas), 99 pp.
- GORDILLO, Agustín (2006): *Tratado de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, Editorial Fundación de Derecho Administrativo) T I, pp. 7-44.

- LINARES, Juan Francisco (1986): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial Astrea), 564 pp.
- MARIENHOFF, Miguel (2003): *Tratado de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot) T I, 319 pp.
- NINO, Carlos (1980): *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Astrea), 477 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003[1998]): *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. (trad. Mariano Bacigalupo, Madrid, Editorial Ediciones Jurídicas y Sociales), 472 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): *El Derecho Administrativo como sistema autónomo*. (Santiago de Chile, Editorial AbeledoPerrot), 136 pp.

Normas Citadas

Argentina

- Constitución Nacional de la República Argentina, 22 de agosto de 1994.
- Ley N° 340 y modificatorias, Código Civil de la Nación. Boletín Oficial, 25 de septiembre de 1869, Argentina.
- Ley N° 17.454 y modificatorias, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial, 1981, Argentina.
- Ley N° 19549 y modificatorias, Ley de Procedimiento Administrativo, Boletín oficial, 27 de abril de 1972, Argentina
- Ley N° 21.499 y modificatorias, Ley de Expropiaciones. Boletín Oficial, Buenos Aires, 17 de enero de 1977, Argentina.
- Ley N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín oficial, 8 de octubre de 2014, Argentina.
- Decreto N° 722/96, "Aplicación de los procedimientos previstos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y su Reglamento en Procedimientos Especiales". Boletín Oficial, 3 de julio 1996, Argentina.
- Decreto delegado N° 1023/01, "Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional". Boletín Oficial, 13 de agosto de 2001, Argentina.
- Decreto N° 893/12, Reglamentación de Decreto Delegado N° 1023/01. Boletín Oficial 14 junio 2012, Argentina.

Jurisprudencia citada

Argentina

- Ganadera Los Lagos S.A. con Gobierno Nacional* (1941): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de junio de 1941.
- Laplacette, Juan, su Sucesión, y otros con Provincia de Buenos Aires* (1943): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 febrero 1943.
- Cipollini, Juan Silvano con Dirección Nacional de Vialidad* (1978): Corte Suprema de Justicia de la Nación 2 marzo 1978.
- Vadell, Jorge con Provincia de Buenos Aires* (1984) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 diciembre 1984.
- Wiater, Carlos con Ministerio de Economía de la Nación* (1997): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 noviembre 1997.
- Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual con Inspección General de Justicia* (2006): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 noviembre 2006.
- Lagos, Alejandro y otros con Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado - residual y otro* (2007): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de diciembre de 2007.
- Debenedetti, Estela Sara con P.E.N.* (2008): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de septiembre de 2008.

Halabi, Ernesto con Poder Ejecutivo Nacional (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 febrero 2009.

Álvarez, Maximiliano y otros con Cencosud S.A (2010). Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 2010.

Q. C., S. Y. con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (2012): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 abril 2012.

Rizzo con Estado Nacional (2013): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de junio 2013.