

## EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO EN LA ENCRUCIJADA: CUESTIONES ESTRUCTURALES

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ  
Universidad de Oviedo

*Cómo citar/Citation*

Boto Álvarez, A. (2024).

El derecho administrativo argentino en la encrucijada: cuestiones estructurales.

*Revista de Administración Pública*, 224, 307-331.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.224.11>

### **Resumen**

Esta crónica pretende impulsar el estudio en clave comparada del derecho administrativo argentino, un sistema que —según como se mire— resulta tan lejano como cercano al panorama iuspublicista español. Para ello se presentan primero las notas conceptuales más tradicionales de la disciplina, tal y como han sido entendidas por la academia argentina, para después reflexionar sobre la atención que allí ha empezado a prestarse a las fuerzas de tensión y transformación a que está sometida. Se verá cómo en Argentina está en cuestión, ya desde hace tiempo y de forma superpuesta, la identidad pública e interna del derecho administrativo, de una forma que puede resultar interesante para quienes se interrogan por el futuro del sistema español.

### **Palabras clave**

Crisis del derecho administrativo; huida del derecho público; globalización; internacionalización; privatización.

**Abstract**

This chronicle aims to promote the comparative study of Argentine administrative law, a system that - depending on perspective - is as distant as it is close to the Spanish public legal landscape. To achieve this target, the most traditional conceptual notes of the discipline as it has been understood by the Argentinean academy are first presented, to afterwards reflect on the attention that has begun to be paid there to the forces of tension and transformation to which it is subjected. It will be seen how the public and internal identity of administrative law has been questioned in Argentina for some time now and in an overlapping manner, in a way that may be of interest to those questioning the future of the Spanish system.

**Keywords**

Crisis of administrative law; flight from public law; globalisation; internationalisation; privatisation.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERÍSTICAS CLÁSICAS DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO: 1. Las notas básicas. 2. El sistema de fuentes y las bases organizativas. 3. El control. III. LAS FUERZAS TRANSFORMADORAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU MANIFESTACIÓN EN ARGENTINA: 1. La huida privada: 1.1. Servicios. 1.2. Organización. 1.3. Actividad. 2. La huida internacional: 2.1. Derechos. 2.2. Mercados. IV. CONCLUSIÓN.

---

### I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Como también suele decirse del derecho administrativo en tanto que disciplina, Argentina es una nación en crisis permanente, por lo que no resulta extraño asumir de manera apriorística que los vaivenes y la inestabilidad se reduplicarán en el derecho público de aquel país. Las noticias que últimamente copan la crónica periodística, con controvertidas medidas que refuerzan un hiperpresidencialismo renovado como única opción para superar una crisis que «pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida, afectando su normal desarrollo en procura del bien común»<sup>2</sup>, vendrían a corro-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo tiene su germen en el trabajo de posdoctorado «La reconfiguración del Derecho administrativo: un estudio comparado España-Argentina», que en 2023 se presentó con éxito en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con el apoyo del proyecto de referencia MCIU-22-PID2021-126784NB-I00 y título «Reorganización administrativa y de los servicios públicos a los ciudadanos en la post-pandemia». Aquella investigación (que será publicada como monografía por la editorial Ediar, gracias a las inestimables gestiones del profesor Raúl Gustavo Ferreyra) versaba sobre el fenómeno de la globalización y planteaba esta como nuevo fenómeno de fuga del derecho público. La tesis es que la internacionalización tiene una dimensión material y formal que está transformando el derecho administrativo y las relaciones jurídicas con la ciudadanía más de lo que podría parecer en un principio.

<sup>2</sup> Son palabras del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, de 20 de diciembre, dictado por el actual presidente para la reconstrucción de la economía argentina, con invocación del art. 99, inciso 3, de la Constitución. Las últimas noticias legislativas están protagonizadas también por la llamada ley ómnibus de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos, cuyo texto fue proyectado también por el poder ejecutivo y declara la emergencia

borarlo. Quizás esa, y no otra, sea la razón que explica la poca atención que, pese al acervo cultural y lingüístico común, la doctrina española ha prestado tradicionalmente al derecho administrativo argentino<sup>3</sup>. Sin embargo, tal vez sea ese, justamente, el motivo fundamental por el que el derecho público de la Argentina merezca ser examinado con algún detalle.

Más allá de lo anterior, por cierto, existen razones para realizar un esfuerzo de aproximación, sobre todo en el estudio de las tendencias globales en la parte general, teniendo en cuenta la inserción de ambos países en el mundo de los mercados, la integración regional y los sistemas de protección de derechos humanos. Esta crónica pretende animar a ese estudio, teniendo en cuenta cuestiones estructurales, más allá de reformas más o menos pacíficas. En efecto, hay derecho administrativo en todo el mundo<sup>4</sup>, también más allá de las referencias comparadas habituales y, aunque existen dimensiones universales en el concepto mismo de derecho administrativo, también hay llamativas diferencias interesantes y enriquecedoras, quizás más que en los patrones compartidos.

En una de sus definiciones más extendidas, el derecho administrativo argentino se presenta como la rama de la ciencia del derecho que estudia el complejo de principios y normas de derecho público interno que regulan la organización y la actividad de la Administración pública<sup>5</sup>. A este objeto a veces se añade la regulación de las relaciones interorgánicas e interadministrativas, además de las de las entidades administrativas con los administrados<sup>6</sup>. Así, se entiende que la disciplina tiene por objeto el estudio de las funciones administrativas o estatales<sup>7</sup>—más allá que, para su delimitación, se sigan teorías subjetivas, objetivas o mixtas— y que el derecho administrativo como sistema se inserta en el derecho

---

pública en materia administrativa, económica, financiera y energética, dando al Gobierno facultades delegadas en esas materias para legislar mediante decretos. Encontrándose este trabajo ya en prensa, el proyecto fue sancionado por el Congreso —con varias modificaciones— como Ley 27.742, dando base a la reforma de diversos aspectos de los institutos centrales del derecho administrativo de una forma que merecería un estudio pormenorizado.

<sup>3</sup> Excepción notable dentro de ese desinterés constituyeron los dos números monográficos que la revista *Documentación Administrativa* dedicó en los años 2003 y 2004 al tema de «El Derecho administrativo en Argentina: Situación y tendencias actuales». Veinte años han pasado desde entonces, lo que justifica una nueva aproximación. La indiferencia no es recíproca, pues es muy frecuente que en la doctrina argentina se hagan referencias al derecho español, tanto para un análisis descriptivo de sus fuentes como en tanto que ejercicio de comparación.

<sup>4</sup> F. Velasco Caballero (2020), *Administraciones públicas y Derechos Administrativos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 55 y ss.

<sup>5</sup> M. M. Díez, con la colaboración de T. Hutchinson (1981), *Manual de Derecho administrativo*, tomo 1, 2ª ed., Buenos Aires: Plus Ultra.

<sup>6</sup> M. S. Marienhoff (1995), *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 5ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>7</sup> Es habitual en la doctrina argentina utilizar la expresión «estatal» para referirse en general a todo lo público; «nacional» para referirse a la esfera federal, y «local» para designar en

público con carácter autónomo (sin perjuicio de sus relaciones con otras ramas), es de naturaleza esencialmente local (no obstante las competencias delegadas al Estado federal) y sirve primordialmente a la instrumentalización de las políticas públicas por parte del poder ejecutivo, teniendo en cuenta que solo el interés público<sup>8</sup> es la razón de ser de la actividad estatal<sup>9</sup>.

Muchas de esas notas tradicionales están empero en cuestión desde hace tiempo, aspecto sobre el que se construye la presente crónica que presentará, en primer lugar, las características clásicas del derecho administrativo argentino para reflexionar después sobre las fuerzas de cambio que experimenta y que han merecido en el ámbito doméstico una atención epistemológica notable.

En efecto, la academia argentina ha sido especialmente crítica con el interés público como cliché<sup>10</sup> y, volviendo al contexto de crisis perenne, ha resaltado que este «en un Estado de Derecho no puede entenderse superior a la propia legalidad del accionar administrativo»<sup>11</sup> y que, a través del irrenunciable funcionamiento eficaz de la Administración<sup>12</sup>, debe conectarse con la idea de gobernanza, que también está muy ligada a los cambios y la evolución actual del derecho administrativo<sup>13</sup>. La pérdida de identidad iuspublicista es también

---

general a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y menos frecuentemente a los entes municipales.

<sup>8</sup> En Argentina se tiende a preferir la expresión «interés público» a la de interés general, precisándose que no se trata de un concepto vago e inasible, que pueda definirse por las autoridades de cualquier modo, sino que debe integrarse necesariamente por los derechos individuales, sociales y colectivos y dirigirse a fortalecer el funcionamiento de las instituciones democráticas y promover la plena realización de las personas: véase C. F. Balbín (2015), *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires: La Ley, págs. 352 y ss. También es frecuente encontrar referencias al «bien común» que evoca la filosofía clásica y menciones al «bienestar general» en los términos del preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina; así, J. C. Cassagne (2002), *Derecho administrativo*, tomo II, 7ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, pág. 11.

<sup>9</sup> H. J. Escola (1989), *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*, Buenos Aires: Depalma.

<sup>10</sup> A. Gordillo (2017a), *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, tomo II, Buenos Aires: Fundación de Derecho administrativo, págs. 277 y ss.

<sup>11</sup> J. R. Comadira (coord.) (2012), *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, págs. 213 y ss.

<sup>12</sup> Y en conexión con las ideas de transparencia, participación y rendición de cuentas, véase C. F. Balbín (2018), *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, págs. 301 y ss.

<sup>13</sup> Como lo está la idea de buena administración, principio-derecho omnipresente en la práctica administrativa europea actual. Aunque no siempre ha sido un término bien recibido en el ámbito jurídico —véase F. Sosa Wagner (2008), «Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?», en VV. AA., *Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1 (págs. 643-658), Zaragoza: El Justicia de Aragón—, la gobernanza

objeto de estudio dogmático constante y merece atención detallada, pues, como se resaltará, es posible encontrar manifestaciones universales de los efectos del fenómeno de la privatización. Por último, y aunque pueda parecer sorprendente por su carácter temprano, ya en la década de los sesenta del siglo pasado en Argentina se cuestionaba incluso el verdadero carácter interno del derecho administrativo<sup>14</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS CLÁSICAS DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Cualquier tratado o manual de derecho administrativo argentino exhibe un índice de contenidos que *mutatis mutandi* podría asemejarse a una obra española de la materia, en cuanto se explayan en temas tales como los fundamentos y las fuentes del derecho administrativo; las técnicas y las estructuras de la organización administrativa; los actos, procedimientos y contratos administrativos; las actividades de policía, servicio y fomento; el campo de la responsabilidad estatal; los sistemas de control de la administración; el proceso contencioso-administrativo; el empleo público; los bienes públicos o las sanciones administrativas. Sin embargo, basta un somero repaso por los aspectos cardinales referentes a las bases constitucionales y organizativas y al sistema de fuentes, controles y garantías para dejar en evidencia tanto puntos de encuentro como de divergencia. De ello se ocupa este epígrafe, dando así un botón como muestra.

Por lo demás, cabe subrayar, respecto a las convergencias, que se da la misma importancia al acto y al procedimiento administrativo, o que se realiza la misma división tripartita de la actividad administrativa. Obviamente el contenido concreto de cada institución varía, y así, solo por citar algún ejemplo llamativo de diferencias, destaca el hecho de que las sanciones a contravenciones (infracciones administrativas) incluyen en Argentina la privación de libertad. Al tiempo que las medidas de fomento y servicio público están en España profundamente condicionadas por el régimen de la Unión Europea.

### 1. LAS NOTAS BÁSICAS

---

es también algo universal. Son, no obstante, difíciles de perfilar y conceptualizar, pues las más de las veces aparecen como un cajón de sastre que engloba a su vez toda una serie de factores y principios indeterminados: J. C. Alli Aranguren (2004), *Derecho administrativo y globalización*, Madrid: Thomson-Civitas o E. M. Menéndez Sebastián (2020), «La buena administración en la gestión de los servicios públicos», en L. Tolivar Alas y M. Cueto Pérez, *La prestación de servicios socio-sanitarios: nuevo marco de la contratación pública* (págs. 171-199), Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>14</sup> A. Gordillo (2017b), *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, tomo I, Buenos Aires: Fundación de Derecho administrativo, págs. V-11 a V-28.

Es casi un tópico destacar que el derecho público argentino tiene un fundamento bifronte, con un sistema constitucional de impronta anglosajona (por la influencia del modelo de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución Nacional argentina de 1853 —en adelante CN—, hoy vigente con sus reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994)<sup>15</sup> y un sistema administrativo que sigue el modelo del derecho europeo continental<sup>16</sup>. Sin embargo, y por mucho que se repita como un mantra, ninguna de esas afirmaciones es incuestionable y lo cierto es que su derecho administrativo, como por otra parte también su derecho constitucional, tiene hoy unos rasgos propios de suficiente relevancia como para derivar en un modelo particular<sup>17</sup>.

Otro rasgo que se destaca siempre en toda aproximación al derecho administrativo argentino es su carácter esencialmente local. Desde el derecho comparado es imposible entender esta adjetivación de manera desconectada de la configuración federal de la República Argentina. Mientras que el Estado Federal es soberano, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y los municipios son autónomos en distinto grado<sup>18</sup>. Cada una de estas esferas tiene sus órganos encargados de las funciones de gobierno, administración, legislación e, incluso, jurisdicción. La caracterización del derecho administrativo como local se hace precisamente considerando que cada una de las provincias (y también la CABA) se han reservado la atribución de darse sus propias autoridades e instituciones a través de sus constituciones, leyes y demás normas locales (arts. 5, 121, 129 y concordantes de la CN). Por supuesto, también existe un derecho administrativo de carácter federal que tiene que ver con el desarrollo de las competencias que sí fueron delegadas al Estado Federal.

En efecto, a nivel del Estado Federal, el poder ejecutivo es ejercido por el presidente, que reviste el carácter de jefe de Estado y de Gobierno. Es asistido por el jefe de gabinete y demás ministros que, a su vez, encabezan la Administración pública dependiente. Por su parte, el poder legislativo es desplegado por el Congreso, compuesto por la Cámara de Diputados y de Senadores. Y el poder judicial es asumido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y los tribunales inferiores, sin perjuicio de las funciones de otros órganos vinculados,

---

<sup>15</sup> Es un tema clásico sobre el que vuelven los estudiosos del derecho constitucional constantemente, para mitificar o desmitificar esa influencia. El ámbito donde quizás se haga más evidente es el del control difuso de constitucionalidad.

<sup>16</sup> H. A. Mairal (2021), *Control judicial de la Administración pública*, Buenos Aires: La Ley y A. Bianchi (2002), *Control de constitucionalidad*, tomo 1, Buenos Aires: Ábaco, págs. 117 y ss.

<sup>17</sup> Balbín (2018, págs. 6-7).

<sup>18</sup> Desde la reforma constitucional de 1994, en derecho argentino los entes autónomos pueden clasificarse en territoriales (provincias, municipios y CABA) e institucionales (como los entes reguladores o las Universidades estatales). Por su parte, las regiones no son estructuras políticas de poder, sino meros órganos de existencia posible, aunque no necesaria. Con más detalle sobre este tema, véase Comadira (2012, págs. 161 y ss.).

como el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público. Las autoridades federales tienen competencia en todo lo atinente al derecho federal, pero —como una particularidad del sistema argentino— también a ellas corresponde la legislación del llamado «derecho común» (*i. e.*, derecho civil, comercial, laboral y penal), aunque el juzgamiento de los casos regidos por tales normas se atribuye a los poderes judiciales provinciales, de conformidad con el art. 75.12 de la CN. A la vez, a nivel de las provincias, el poder ejecutivo es atribuido a gobernadores, quienes se encuentran secundados por sus respectivos ministros. El poder legislativo se atribuye a legislaturas y el poder judicial se encomienda a los tribunales superiores de justicia y los tribunales inferiores de cada provincia. Las autoridades provinciales tienen competencia en todo lo atinente al derecho público local, con la peculiaridad —ya adelantada— de que los tribunales provinciales están encargados también de la aplicación del referido «derecho común» sancionado por el Congreso Nacional. En la CABA el poder ejecutivo corresponde al jefe de gobierno, asistido por su gabinete. El poder legislativo se reconoce a la legislatura y el poder judicial se ejerce por el Tribunal Superior de Justicia y los tribunales inferiores. Sin embargo, a diferencia de las provincias, los tribunales porteños tienen competencia esencialmente en cuanto al derecho público local, pero no respecto del «derecho común», salvo en virtud de la celebración de convenios con el Estado Nacional para el traspaso de competencias sobre esta materia. Esto es así porque en el ámbito de la Ciudad existe la denominada «Justicia Nacional», que se ocupa del «derecho común» y que todavía retiene la mayoría de las competencias en materia civil, comercial, laboral y penal. Finalmente, en los municipios de las provincias existe un intendente a cargo del poder ejecutivo; consejos deliberantes que despliegan el poder legislativo y, en algunos casos, tribunales de faltas que asumen el poder judicial.

Por lo demás, es relevante tener en cuenta también el reparto de competencias entre el Estado Federal por un lado y, por el otro, las provincias y la CABA<sup>19</sup>. Así, se consagran una serie de competencias que están delegadas de manera exclusiva al Estado Federal y otro cúmulo de competencias que están reservadas de modo exclusivo a las provincias y a la CABA. Pero, además, hay otras competencias que son concurrentes, en el sentido de que pertenecen en común al Estado Federal y a las provincias y la CABA y que, por lo tanto, pueden superponerse. Finalmente, hay también competencias que son compartidas, porque su ordenación requiere de un complemento entre los niveles. De este esquema surgen no pocas dudas dado que, por ejemplo, la ordenación del propio derecho administrativo es una competencia exclusiva de las provincias y de la CABA, pero la regulación del derecho civil y comercial es una competencia exclusiva del Estado

---

<sup>19</sup> Al respecto, puede verse G. J. Bidart Campos (2000), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I-A, Buenos Aires: Ediar, págs. 652 y ss. o Balbín (2018, págs. 59-60).

Federal, a la vez que el ejercicio del poder de policía puede ser concurrente entre el Estado Federal, las provincias y la CABA<sup>20</sup>.

Una última nota que merece resaltarse es que el derecho administrativo argentino tiene una importante base pretoriana. Con una jurisdicción judicialista<sup>21</sup>, los pronunciamientos de la CSJN han tenido un papel esencial en la conformación del sistema jurídico-administrativo en Argentina. La CSJN es el más alto tribunal de la República Argentina y órgano máximo del poder judicial. Su misión es asegurar la supremacía constitucional, ser intérprete final de la CN y custodiar los derechos y garantías enunciados en ella<sup>22</sup>. En este sentido, el peso de sus sentencias es particular respecto al valor general de la jurisprudencia como fuente indirecta del derecho, y es que sus decisiones han contribuido de manera determinante a configurar las instituciones fundamentales del derecho administrativo<sup>23</sup>. Es, de hecho, imposible aproximarse al estudio del derecho administrativo argentino sin referenciarse al repertorio jurisprudencial de la CSJN, conocido comúnmente como *Fallos*<sup>24</sup>. En esa labor de «moldeo» judicial de las instituciones del derecho administrativo es habitual la referencia a la doctrina y al derecho extranjero, lo que, pese a su interés científico evidente, no ayuda a mi juicio a construir a una cultura legal sólida y propia<sup>25</sup>.

Entre otras muchas razones, la importancia de la jurisprudencia de la CSJN se explica con base en dos características particularmente marcadas de la realidad del ordenamiento jurídico argentino, que entiendo están interrelacionadas. Se trata de la existencia de una innegable disociación entre la práctica administrativa

---

<sup>20</sup> Lo expuesto se evidencia, para un caso concreto, en A. Boto Álvarez (2021), «El caso Farmacity: poder de policía, salud pública y crisis del Derecho administrativo», *Revista Derecho y Salud*, 31 extraordinario, págs. 93-103.

<sup>21</sup> Existen tribunales administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales (Balbín, 2018, pág. 18). Las decisiones de estos tribunales, como la de los entes reguladores, están en última instancia ampliamente sujetas al posterior control del poder judicial.

<sup>22</sup> De la CSJN se ha dicho, por ejemplo, que es a la vez tribunal y poder: G. J. Bidart Campos (1984), *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, Buenos Aires: Ediar.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, ha sido tradicionalmente en materia de responsabilidad, nulidad de los actos o régimen de función pública (Díez, 1981, pág. 127). Incluso se ha destacado el peso de los fallos de la CSJN para perfilar cuestiones tan esenciales como la propia definición del derecho administrativo, el principio de legalidad, la teoría del contrato administrativo o el control judicial sobre la Administración pública (Comadira, 2012, págs. 15 y ss.).

<sup>24</sup> Y ello a pesar de que en Argentina no rija en puridad la regla sobre el *stare decisis* vertical propio del *common law*, como explican J. C. Rivera y S. Legarre (2006), «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y en Argentina», *Ed. Supl. de Derecho Constitucional*.

<sup>25</sup> En la misma línea puede verse la opinión de C. F. Rosenkrantz (2005), «En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero», *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, págs. 71-95.

y el derecho vigente<sup>26</sup> que, a su vez, resulta particularmente complejo de identificar y precisar, haciendo que surjan importantes problemas para colmar lagunas jurídicas. Tradicionalmente estas se han integrado aplicando las reglas del derecho civil entendido como subsidiario, como derecho común, pero la aprobación en el año 2014 del Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde 2015) ha reforzado el carácter autónomo del derecho administrativo y la importancia de sus principios propios: por ejemplo, antes la responsabilidad estatal trataba de encuadrarse trabajosamente en las reglas del viejo Código Civil y ahora, a nivel federal, rige una normativa específica con la aprobación de la Ley 26.944<sup>27</sup>.

## 2. EL SISTEMA DE FUENTES Y LAS BASES ORGANIZATIVAS

La conceptualización anterior debe ponerse en relación con el sistema de fuentes del derecho administrativo argentino, encabezado por la CN hasta tal punto que cabe decir que el derecho administrativo es el derecho constitucional concretizado<sup>28</sup>. La CN y todo el derecho federal y común sancionado en su consecuencia por las autoridades federales es el parámetro de validez de las Constituciones provinciales y de toda la normativa y actos de las autoridades locales<sup>29</sup>. La CN fija su propia supremacía y configura el fundamento del sistema de fuentes normativas. Se establece así que existen tratados internacionales de rango constitucional (los mencionados en el segundo párrafo del inciso 22 del art. 75<sup>30</sup>) y tratados con jerarquía inferior, pero por encima de la ley<sup>31</sup>. Distintos de estos últimos, pero con esa misma posición jerárquica, son los tratados de integración a que se refiere el inciso 24, también del art. 75. Son tratados que delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, respetando el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen también jerarquía superior a las leyes, de conformidad con ese mismo inciso.

<sup>26</sup> Sobre esta «anomia boba», Balbín (2018, págs. 66-67).

<sup>27</sup> Con más profundidad, véase C. F. Balbín (2016), *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho administrativo*, Buenos Aires: Astrea.

<sup>28</sup> Balbín (2018, pág. 80).

<sup>29</sup> El art. 5 de la CN dispone que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la CN.

<sup>30</sup> De ellos, en las condiciones de su vigencia, se indica expresamente que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

<sup>31</sup> Esta es una cuestión pacífica hoy en la doctrina argentina toda vez que el primer párrafo del inciso 22 del art. 75 señala que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Entre los tratados de rango constitucional figuran aquellos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>32</sup>. El más relevante de los tratados de rango infraconstitucional-supralegal seguramente es el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1996 que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI). Por su parte, un ejemplo de tratado de integración es el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), que funciona en la práctica como una unión aduanera con personalidad jurídica internacional, pero no ha conseguido la aspiración fundadora de un verdadero mercado común con libertad de movimientos y, desde luego, está muy lejos de la integración social y de derechos que se está consiguiendo en la Unión Europea.

La ley, que la CN identifica de manera formal, opera en Argentina como categoría monolítica por mucho que haya algunas leyes que precisen de trámites específicos o de mayorías especiales. No existen distinciones tipológicas, por más que la CN en ocasiones hable de «ley especial» y algunas leyes se denominen a sí mismas «orgánicas». También tienen rango legislativo dos tipos de decretos: los delegados y los de necesidad y urgencia<sup>33</sup>. Los primeros se dictan en virtud de una transferencia de competencias del legislador sobre materias determinadas de administración o de emergencia pública y la ley de delegación debe fijar las bases legislativas y el plazo de la delegación, entre otras cautelas. Los decretos de necesidad y urgencia son, por su parte, normas de alcance general y rango legal que dicta el poder ejecutivo sin autorización previa del Congreso. El presupuesto habilitante, o requisito de admisibilidad, es la existencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. Más allá de algunos puntos concretos de la regulación de desarrollo, y de la diferente denominación<sup>34</sup>, la similitud con las normas con rango de ley españolas es evidente. El resto de decretos (autónomos, internos y de ejecución, o reglamentos en sentido estricto), como además otras normas de naturaleza reglamentaria procedentes de órganos reguladores y entes autárquicos, tienen jerarquía infralegal.

---

<sup>32</sup> Los órganos principales del Sistema Interamericano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Comisión tiene funciones de monitoreo, emisión de informes, peticiones y casos, y medidas cautelares, mientras que la Corte ejerce funciones consultivas y, sobre todo, jurisdiccionales.

<sup>33</sup> Previstos respectivamente en los arts. 76 y 99.3 de la CN y disciplinados en más detalle en la Ley 26.122.

<sup>34</sup> El «decreto-ley» se relaciona en Argentina con un instrumento *de facto* propio de épocas de anormalidad constitucional, como puede verse en J. C. Cassagne (1998), *Derecho administrativo*, tomo I, 6ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, pág. 136 o, con cita de Bielsa, en Díez (1981, pág. 102).

Los conflictos que involucren a la CN frente a las normas federales o comunes subordinadas, como así también a la CN y las normas federales o comunes frente a las Constituciones y las normas locales subordinadas, deben ser resueltos, en los casos concretos, por los jueces federales, nacionales o locales competentes y, eventualmente, podrán llegar luego a la CSJN a través de un recurso extraordinario para revisar las cuestiones constitucionales o federales en juego. Sin embargo, cuando se trate de ciertas causas en las que sean parte las provincias y la CABA o embajadores extranjeros, la competencia corresponde originaria y exclusivamente a la CSJN. Todo ello supone una diferencia muy importante respecto del sistema español, pero esperable, dada la diferente configuración de los respectivos modelos de control de constitucionalidad<sup>35</sup>.

Respecto a la organización administrativa, cabe señalar que se maneja también en Argentina la teoría del órgano, que funciona sobre los principios de jerarquía y competencia. Esta última, en principio improrrogable, puede alterarse a través de los mismos mecanismos conocidos en el sistema español (delegación, avocación) y junto a la organización puramente jerárquica opera la técnica de la descentralización funcional, constitutiva de nuevos entes<sup>36</sup>, a cuyo respecto la relación jerárquica se sustituye por una de tutela.

Dentro del fenómeno de la Administración descentralizada hay que hacer mención a la realidad conocida como entidades autárquicas, creadas para cumplir fines públicos específicos. La autarquía es una realidad organizativa diferente de la soberanía y la autonomía, a las que ya se ha hecho referencia *supra*.

Muy brevemente puede decirse que la soberanía es la autoridad para establecer las relaciones de poder y el ordenamiento jurídico de modo completamente independiente de cualquier autoridad interior, ejerciéndose en el marco de la Constitución de que ese poder se dota; ya ha quedado dicho que en el sistema argentino esta atribución corresponde al Estado Nacional. La autonomía (sea territorial o institucional) supone, por su parte, la potestad de organización y determinación de funcionamiento sujeta a la compatibilidad con una norma jurídica superior interna del propio Estado, cual es la CN.

---

<sup>35</sup> Como ya se ha dicho, en Argentina opera tradicionalmente un sistema de control de constitucionalidad difuso, inspirado —en su origen— en el modelo de Estados Unidos. Para aproximarse a su estatuto es de gran interés el trabajo de A. R. Dalla Via (1997), «La justicia constitucional en Argentina», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1, págs. 35-48. En los últimos tiempos, y por una mixtura de causas complejas, puede apreciarse no obstante que el sistema está convergiendo hacia un control más concentrado; para profundizar, véanse Bianchi (2002); N. P. Sagüés (2009), *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires: Astrea; R. G. Ferreyra (2015), *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires: Ediar, págs. 411 y ss. o C. J. Laplacette (2016), *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, Buenos Aires: B de F.

<sup>36</sup> También en Argentina se contraponen la descentralización a la desconcentración, como técnica organizativa que consiste en distribuir las competencias en oficinas u órganos que no tienen personalidad jurídica.

Diferente es la autarquía, que es la facultad que se otorga a una entidad jurídica de administrarse por sus propios medios. La autarquía es una autonomía parcial y específica, generalmente funcional, que confiere potestades más limitadas que la autonomía en sentido propio. Se ha dicho que la relación autonomía-autarquía es una cuestión de grados y por eso la disquisición sobre si un determinado ente debe ser catalogado como autónomo o autárquico puede tornar ociosa<sup>37</sup>.

Sin negar que esa sea su dimensión ontológica, como metaconcepto tiene un valor adicional, pues en Argentina, para hablar con propiedad de entes autárquicos, tanto el patrimonio como el régimen jurídico han de ser totalmente públicos. Es evidente por tanto que se trata de una forma de vertebrar la organización administrativa institucional mucho más fina, aunque también dé lugar a muchas imprecisiones, que la española, donde la autonomía puramente funcional no ha sido objeto de graduación propia y donde lo que vendría a ser el equivalente de las entidades autárquicas argentinas (los organismos autónomos) comparten categoría (la de los organismos públicos) con entes que aunque con personalidad jurídico-pública quedan en parte sujetos a régimen privado (las entidades públicas empresariales), con las lógicas disfunciones que ello genera.

En todo caso, con la presentación de entes autónomos-autárquicos y la Administración descentralizada no se agotan las formas de personificación y organización relevantes para el derecho administrativo tampoco en Argentina, siendo necesario también considerar las autoridades administrativas independientes, los entes estatales con finalidad comercial o industrial, las empresas y sociedades del Estado, las sociedades mixtas o las asociaciones y fundaciones. Son personificaciones que no siempre se incluyen ni agotan las fronteras del «sector público», que, como en España<sup>38</sup>, es una expresión también de uso cada vez más frecuente en la doctrina y la legislación argentinas, y sobre la que tampoco es fácil llegar a un consenso<sup>39</sup>.

### 3. EL CONTROL

Como también sucede en España, existe sobre la actividad del poder ejecutivo un control interno, como el ejercido por la Sindicatura General de la Nación; un control a cargo de entes específicos como la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, y el control propio del poder judicial, a cargo de los jue-

<sup>37</sup> Gordillo (2017a, págs. XIV-12).

<sup>38</sup> J. García-Andrade Gómez (2019), «El “sector público” como referente actual del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 209, págs. 175-208.

<sup>39</sup> J. I. Muratorio (2005), «Centralización, Descentralización, Concentración, Desconcentración (algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)», en VV. AA. *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público* (págs. 221-246), Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires: Ediciones RAP.

ces y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. El control judicial sobre acciones u omisiones estatales se ejerce a través del proceso contencioso, que en general se abre solo tras agotar la vía administrativa de recursos o reclamos previos.

Respecto a las garantías procedimentales y procesales, la jurisprudencia de la CSJN ha consagrado instituciones bien conocidas para los iusadministrativistas del siglo XXI, y que operan de forma muy similar en España, como el principio de legalidad en la actuación administrativa; el principio de razonabilidad en los actos y reglamentos administrativos; el requisito de motivación, especialmente en ejercicio de facultades discrecionales; el principio de publicidad de las resoluciones administrativas; las garantías mínimas del debido proceso en los procedimientos administrativos y la tutela administrativa efectiva; el rechazo de la desviación del poder, en cuanto intento de encubrir una relación jurídica bajo el ropaje de otra diferente; la afirmación de la responsabilidad del Estado —contractual y extracontractual, por actividad ilícita y lícita— y de la responsabilidad de los agentes públicos —administrativa, penal y civil—; la obligación de la Administración pública de revocar en su propia sede los actos irregulares que se dictasen, aunque aquí existen excepciones y ciertos supuestos en que debe acudir a la sede judicial; la protección de los usuarios y consumidores en el campo de los servicios públicos; el derecho de acceso a la información pública; la exigencia de que las gestiones de la Administración pública —tanto realizadas por sí misma como mediante la colaboración de los particulares— se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética y a la transparencia; las garantías de acceso a la jurisdicción, debido proceso y tutela judicial efectiva respecto de la actuación administrativa; el control jurisdiccional sobre el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, que habilita a examinar los elementos reglados y la razonabilidad de la decisión; la admisión de la acción de amparo y de los procesos colectivos contra actos y omisiones de autoridades públicas, o la procedencia de medidas cautelares para obtener la tutela urgente de los derechos que pudieran resultar lesionados por actos u omisiones estatales. Hay, como es lógico, también algunos aspectos que funcionan de forma distinta en Argentina respecto de España, como la presunción de invalidez de actuaciones basadas en ciertas categorías sospechosas de discriminación o la prohibición de que la Administración decida unilateralmente la traba de medidas precautorias sobre los bienes de los administrados, de modo que estas solo pueden ser ordenadas en sede judicial. No se trata, en mi opinión, de diferencias sistémicas<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> En relación con este tema, además de los manuales y tratados de derecho administrativo argentino ya citados, pueden verse los trabajos de M. S. Marienhoff (1984), «Temas de Derecho administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», *La Ley*, 1984-A, págs. 757-767; J. C. Cassagne (dir.) (2013), *Máximos precedentes. Derecho administrativo. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires: La Ley; D. J. Sesín, J. Domingo y D. S. Sosa (2016), *Manual de jurisprudencia en Derecho administrativo*, 2ª ed.,

Como en España, existe en Argentina la fuerza ejecutoria de los actos administrativos y su presunción de legitimidad; eso sí, con un sistema de recursos administrativos bastante más complejo<sup>41</sup>.

Respecto a la estructura del proceso contencioso, hay que volver a recordar la configuración federal de la República Argentina y la existencia de diversos tipos de poderes judiciales. El poder judicial nacional, a que se hace referencia en la sección tercera de la segunda parte de la CN, se ejerce por la CSJN, cuyos integrantes no son seleccionados sobre la base de concursos públicos, y por los conocidos como tribunales inferiores (tribunales de primera instancia, unipersonales, y cámaras de apelaciones, colegiadas) que actúan organizados sobre fueros materiales (en lo que nos interesa, el contencioso-administrativo federal). Los poderes judiciales provinciales y de la CABA organizan sus propios sistemas, y en general se dotan de fueros materiales y de tribunales articulados en juzgados de primera instancia, cámaras de apelaciones y un máximo tribunal. Por su parte, la CABA está aún en proceso —notablemente pausado— de recibir la transferencia de todos los fueros nacionales a la justicia local. En la actualidad cuenta con el fuero contencioso administrativo, tributario y de relaciones de consumo; y con el penal, penal juvenil, contravencional y de faltas.

### III. LAS FUERZAS TRANSFORMADORAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU MANIFESTACIÓN EN ARGENTINA

Tal y como se ha anunciado, se abordan ahora dos manifestaciones de la crisis actual del derecho administrativo y sus fuerzas centrípetas de huida, que acaban generando un importante riesgo de desregulación pública y moldeando la propia disciplina.

El primero, la aproximación hacia el derecho privado, es un fenómeno que ha sido más estudiado (y denunciado) de forma general, y que también ha tenido un desarrollo más evolutivo. En Argentina no es una tendencia que se haya reflejado siempre en reformas normativas, sino que descansa en la noción de los subsistemas jurídicos, los principios generales y las vías de interpretación e integración de lagunas.

---

Córdoba: Lerner o P. J. Majul (2021), «La jurisprudencia de la Corte Suprema como fuente del Derecho administrativo», *Temas de Derecho administrativo*, 6, págs. 431-448.

<sup>41</sup> El decreto ley sobre procedimientos administrativos y su reglamento de desarrollo recogen un confuso y no siempre coincidente régimen para la impugnación en vía administrativa de los actos administrativos entendidos en sentido lato. Se incluye aquí una categoría denominada «actos administrativos de alcance general» que comprende también actos de carácter normativo, pues se parte de la base de que son posibles también recursos administrativos directos frente a reglamentos, como recaudo habilitante para instar después el control judicial.

Después se prestará atención al fenómeno de la internacionalización. Hoy en día resulta incontrovertido que existen intereses ultraestatales que no pueden ser adecuadamente tutelados y perseguidos en los confines nacionales. Por eso uno de los grandes envites que apuntan a la reconstrucción de la teoría general del derecho administrativo es el que procede del exterior<sup>42</sup>. En gran medida esto sucede porque la toma de decisiones también es ultraestatal, como lo son los poderes que se han regionalizado, pero a la vez se han deslocalizado, se han interconectado y globalizado. Con ello, se produce una transformación de la economía y la sociedad que se refleja en el derecho<sup>43</sup> e incluso en la forma en que deben entenderse los pilares del Estado social y democrático de derecho<sup>44</sup>.

## 1. LA HUIDA PRIVADA

El estudio de las formas y efectos de la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado admite distintas derivaciones, pues se trata de un fenómeno complejo, carente aún de una definición universalmente aceptada<sup>45</sup>. Buscando fenómenos más o menos parejos en los respectivos contextos español y argentino es posible hacer referencia aquí a tres manifestaciones diferentes de esa privatización: en los servicios, en la organización y en la propia actividad administrativa. Se trata, *mutatis mutandis*, de las tres acepciones de la privatización que destacara Sebastián Martín-Retortillo hace ya casi treinta años y que aún no se han superado del todo<sup>46</sup>. Todas tienen en común afectar a aspectos nucleares del

<sup>42</sup> C. F. Balbín (2020), *Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Buenos Aires: Astrea, págs. 179-229.

<sup>43</sup> Alli (2004).

<sup>44</sup> Con el salto del Estado prestador al Estado garante, la proliferación de la Administración indirecta e independiente y la multiplicación de ámbitos de discrecionalidad, como ha expuesto O. Mir Puigpelat (2004), *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas. Pero es que, además, la globalización produce una inversión en los motores ciudadanos, pues si bien en el Estado nación primero fue la ciudadanía política y luego la administrativa, en la dimensión global no hay (todavía) ciudadanía política (porque los poderes son difusos y no hay parlamentos o gobiernos en sentido propio), pero una legitimación democrática requiere que esta pueda ejercer de alguna forma sus derechos de acceso, participación o legitimación para impugnar decisiones. Al respecto véase A. C. Grayling (2020), *The Good State. On the principles of Democracy*, London: Oneworld.

<sup>45</sup> D. Barak-Erez (2017), «Three questions of privatization», en S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth y B. Emerson (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2ª ed. (págs. 533 y ss.), Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing.

<sup>46</sup> Para el autor, la expresión «privatización» hace referencia tanto a la utilización por la Administración de personificaciones y procedimientos de derecho privado como a la transferencia al sector privado de una actividad o función pública y a la transferencia de la actividad comercial e industrial de la Administración al mercado: S. Martín-Retortillo

derecho administrativo, que al girar hacia el derecho privado producen una mutación importante en la evolución de un derecho que se venía afirmando como propio y común de las Administraciones públicas y de la actividad administrativa. Es posible fechar el auge del fenómeno en la década de los años noventa del pasado siglo, aunque en realidad es algo acuñado mucho antes<sup>47</sup>.

Más allá de la división entre detractores y entusiastas del empleo del derecho privado por parte de la Administración<sup>48</sup>, la afección no es solo autorreferencial, pues tiene consecuencias importantes respecto a las garantías y derechos de los administrados, tanto los destinatarios del servicio prestado como los posibles proveedores de esos entes que ahora se someten al derecho privado y, por tanto, a sus principios<sup>49</sup>. Desde esta perspectiva, prestaremos atención seguidamente a las tres manifestaciones propuestas de esta privatización en Argentina.

### 1.1. Servicios

La historia reciente de Argentina se mueve entre privatizaciones y estatizaciones pendulares, casi siempre en función de factores de ideología política y no jurídicos ni tampoco económicos<sup>50</sup>. Los privatismos argentinos que marcadamente caracterizaron el final del siglo pasado suponen el ocaso del Estado intervencionista y su repliegue a un rol regulador o, por emplear la célebre expresión acuñada por Cassagne, la aparición del Estado subsidiario. Ahora bien, en realidad estos no supieron equilibrar la balanza de transferencia de actividades al sector privado con la retención de la regulación y el control en lo público, dando lugar a fallas del sistema en materia de calidad de servicios, confianza comercial, seguridad jurídica y ética del conjunto<sup>51</sup>. El caldo de cultivo perfecto para el estallido de nuevas crisis.

---

Baquer (1997), «Reflexiones sobre las privatizaciones», *Revista de Administración Pública*, 144, págs. 7-43.

<sup>47</sup> Tal y como expone S. González-Varas Ibáñez (1996), *El Derecho administrativo privado*, Madrid: Montecorvo, pág. 121.

<sup>48</sup> S. del Saz (1994), «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, 133, págs. 57-98.

<sup>49</sup> A. J. Sánchez Rodríguez (2020), *Introducción a la huida del Derecho administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.

<sup>50</sup> Seguramente porque la actuación empresarial del Estado tiene siempre una finalidad política, como señala R. C. Barra (2003-2004), «Las privatizaciones de la década del 90 y su influencia en el Derecho administrativo argentino», *Documentación Administrativa*, 267-268, pág. 374.

<sup>51</sup> R. Dromi (2009), *Derecho administrativo*, 12<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina-Hispania Libros, pág. 15.

## 1.2. Organización

La realización de funciones públicas a través de formas organizativas privadas, que se utilizan como instrumento de la Administración, es un fenómeno innegablemente universal. Como ya se ha visto anteriormente, las personas jurídicas de derecho privado que realizan actividades de naturaleza industrial o comercial en mano pública se identifican por exclusión como entes no autárquicos y, como también sucede universalmente, no es fácil determinar si su régimen jurídico sigue a la forma o a la sustancia.

Durante mucho tiempo este problema tuvo en Argentina un valor principalmente teórico<sup>52</sup>, pues como ya se ha comentado hubo a finales del siglo XX un proceso fortísimo de privatizaciones y casi todas las empresas y sociedades del Estado acabaron traspasadas al sector privado. Ahora bien, la estatización que caracterizó los primeros años del siglo XXI ha dado lugar a un relanzamiento del empleo de formas societarias por el Estado. Conviven así las sociedades del Estado, que es una categoría de derecho público regulada en 1974 por la Ley 20.705, que formalmente no llegó a ser derogada y a cuyo régimen se han sujetado en tiempos recientes, por ejemplo, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias y la Operadora Ferroviaria, con las sociedades anónimas de nueva creación a raíz de las estatizaciones, que se adhieren al régimen de la legislación común de sociedades comerciales pero que son de propiedad del Estado, como el Correo Oficial o la Empresa de Soluciones Satelitales. También se dan casos de participación del Estado como accionista de sociedades sin que haya para ello un tipo específico de categoría; la publicación de estas entidades es evidente que tiene un grado menor, aunque la presencia del Estado y su régimen tampoco puede obviarse, siendo necesario considerar el interés público comprometido en esa participación (art. 149 del Código Civil y Comercial de la Nación). No existe un marco jurídico único, sino que la regulación es dispersa y casuística, condicionada siempre por la norma de creación de la sociedad en sí, y tendente a ser fragmentaria, lo que, una vez más, conlleva el problema de la integración de lagunas y la exégesis de preceptos vagos<sup>53</sup>.

## 1.3. Actividad

Por si los polos anteriores no fueran manifestaciones suficientemente claras de la huida hacia fenómenos privatizadores y sus consecuencias, debe hacerse también mención a la contractualización, *outsourcing* o colaboración público-privada, como intento de incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos instando a que el sujeto privado asuma los riesgos

---

<sup>52</sup> Cassagne (2002, pág. 365).

<sup>53</sup> Balbín (2018, págs. 295 y ss.).

inherentes a dicha ejecución. Se trata de un factor de importante transformación del Estado<sup>54</sup>.

En Argentina marcó un antes y un después el caso de los seis contratos de participación público-privada firmados en 2018 para el proyecto «Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1» al amparo de la Ley 27.328. Tras múltiples avatares y renegociaciones, con un porcentaje muy bajo de ejecución realizada, los contratos de participación tuvieron que ser finalmente rescindidos (se dio en todos los casos la extinción por mutuo acuerdo) y las obras continúan en la modalidad de concesión (Decreto 1036/2020). Esto supone tanto como aceptar el fracaso de las «carcasas a la carta» de las fórmulas PPP para volver a contratos clásicos, lo que no es una cuestión menor desde el punto de vista de las bases del derecho administrativo<sup>55</sup>. No en vano, acredita la mayor eficacia del régimen tradicional de los contratos públicos, incluidas las prerrogativas públicas, frente al enfoque «fluido» omnipresente en los tiempos actuales.

## 2. LA HUIDA INTERNACIONAL

La internacionalización de los derechos administrativos nacionales está bastante estudiada como efecto del llamado derecho global, pero también se plantea la cuestión central y menos atendida de las consecuencias de estos fenómenos de internacionalización en el derecho administrativo en singular, como ciencia, sistema o disciplina<sup>56</sup>. En Argentina se ha señalado al respecto que el fenómeno de la internacionalización es bifronte y debe distinguirse entre la internacionalización que se materializa a través de instrumentos de derechos humanos, con sus propios mecanismos de interpretación y aplicación, y la que deriva de la globalización de la economía y los mercados, que tiene también su propio sistema de funcionamiento e implementación<sup>57</sup>.

Al margen queda la fuerza internacionalizadora vinculada a la cesión de soberanía política y jurídica a organizaciones supraestatales (integración en MERCOSUR), porque en el momento actual no puede hablarse en la región de un verdadero derecho comunitario, dada la inexistencia de mecanismos como el principio de primacía, efecto útil, interpretación conforme, efecto directo, equivalencia o efectividad<sup>58</sup>. En teoría existe aquí un amplio margen evolutivo,

<sup>54</sup> L. E. Ferreyra (2021), «Contratos de participación público-privada», *Derechos en acción*, 19, págs. 23-86.

<sup>55</sup> Entre nosotros, de forma muy reciente, J. Esteve Pardo (2023), *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>56</sup> G. J. Guglielmi y P. Cossalter (dirs.) (2020), *L'internationalisation du Droit Administratif*, París: Éditions Panthéon-Assas, pág. 10.

<sup>57</sup> Balbín (2020).

<sup>58</sup> Por eso se habla más bien de un estadio precomunitario: A. M. Sánchez (2007), «Influencia del Derecho de la Integración en el proceso de internacionalización del Derecho

pues la globalización y los procesos de integración van de la mano: la primera, derribando fronteras, y la segunda, generando espacios de encuentro y unidad. La integración es, en origen, económica y de mercado, pero acaba desarrollándose también poco a poco en términos de derechos<sup>59</sup> y puede llegar a verse como equilibradora de la reconocibilidad del derecho administrativo ante las fuerzas que traccionan desde ámbitos diversos<sup>60</sup>. En todo caso, especular con las eventuales posibilidades que existirían para un verdadero derecho administrativo de la integración en Sudamérica excede con mucho los límites de este trabajo.

### 2.1. Derechos

Como es bien sabido, a través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a poner en práctica medidas y leyes nacionales compatibles con los deberes y obligaciones inherentes a esos tratados. En consecuencia, es el sistema jurídico interno el que debe proporcionar la principal protección jurídica de los derechos humanos garantizados por el derecho internacional. Es evidente así que los sistemas internos (también el administrativo) se transforman a causa de este vector, tanto en sus fuentes como en sus reglas, normas y principios. Además, los sistemas regionales de protección de derechos humanos han implementado mecanismos subsidiarios de garantía con el objeto de remediar en la escala regional situaciones irregulares que comprometen derechos humanos en el plano nacional. En lo que ahora interesa, la Corte IDH ha desempeñado un papel prioritario en la consolidación de los mismos<sup>61</sup> y se refleja con claridad en transformaciones fundamentales para el derecho administrativo argentino.

---

Administrativo argentino», *Revista argentina del régimen de la Administración pública*, 348, págs. 55-61.

<sup>59</sup> C. Pizzolo (coord.) (2021), *Integración regional y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, se ha dicho que la Unión Europea permite a los Estados «expandirse cooperativamente en amplios espacios de poder firmes a los grandes sujetos del nuevo orden internacional y a los grandes conglomerados económicos», en F. Sosa Wagner y M. Fuertes López (2013), *Cartas a un euroescéptico*, Madrid: Marcial Pons, pág. 22.

<sup>61</sup> La comparación con el sistema del TEDH ha sido profusamente estudiada en toda Latinoamérica, como puede verse en F. Novak (2003), «El sistema interamericano de protección de derechos humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo», *Agenda internacional*, 18, págs. 25-64; M. C. Londoño Lázaro (2005), «Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 5, págs. 89-115, o L. A. Camarillo Govea (2016), «Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos», *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19 (37), págs. 67-84.

Merece la pena así destacar algunos fallos de la Corte en materia de responsabilidad estatal por violación de derechos<sup>62</sup> y por los servicios públicos<sup>63</sup>; garantías del procedimiento y discrecionalidad de la Administración<sup>64</sup>, o motivación de los actos administrativos<sup>65</sup>. No se trata de casos referidos a Argentina<sup>66</sup>, pero funcionan como precedentes desde la perspectiva del «control de convencionalidad», impactando de forma sensible en su derecho administrativo<sup>67</sup>.

Así, se ha empezado a llamar la atención sobre necesarias modificaciones en temas concernientes a la organización administrativa, a manifestaciones de la relación jerárquica, a los principios del procedimiento administrativo o al debido procedimiento administrativo adjetivo y sustantivo<sup>68</sup>. También se ha destacado la importancia de la participación y de los sistemas de rendición de cuentas<sup>69</sup>. Además, la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, en relación con valores como la tutela eficaz y eficiente, fue en su momento objeto del caso *Bulacio* (2003), que daría lugar a una importante sentencia dictada en 2004 por la CSJN<sup>70</sup>.

Pese a todo, también en este punto se han dado movimientos pendulares. En fechas más recientes la CSJN ha venido a levantar una suerte de barrera a la filtración interna del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la aplicación del margen de apreciación nacional frente a la condena dictada por la

---

<sup>62</sup> Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988).

<sup>63</sup> Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006).

<sup>64</sup> Caso *Baena vs. Panamá* (2001).

<sup>65</sup> Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011).

<sup>66</sup> Porque, además de los dos casos que se comentarán seguidamente en el cuerpo del texto, los que la han tenido como protagonista hasta ahora han versado sobre las materias de las desapariciones forzadas, las leyes de amnistía, los límites a la jurisdicción militar, la violencia contra las mujeres y la incorporación de la perspectiva de género en la violación de derechos, la libertad de expresión y la relativa a los derechos de las comunidades indígenas.

<sup>67</sup> P. A. Gutiérrez Colantuono (2022), *Control de convencionalidad en la Administración pública*, Buenos Aires: Astrea.

<sup>68</sup> R. C. Alianak (2015), «El renovado Derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad», *Revista Eurolatinoamericana de Derecho administrativo*, 2 (1).

<sup>69</sup> Merece la pena destacar el caso *Furlán* (2011), sobre la responsabilidad del Estado, en que la Corte IDH reitera que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos, entre otros, los principios de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y Estado de derecho, con consideración especial hacia las personas más desfavorecidas.

<sup>70</sup> J. Ovalle Favela (2012), «La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos», *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 45 (134).

Corte IDH en el caso *Fontevicchia* (2017)<sup>71</sup>, que es fundamental a la hora de elucidar la jerarquía entre las distintas fuentes del derecho: domésticas, constitucionales e internacionales<sup>72</sup>. Quizás en ello no sea inocuo el hecho de que la Corte IDH se caracterice por mantener una posición de avanzadilla en materia de derechos económicos y sociales, que se ha llegado a identificar como la principal fuente de tensión entre la forma tradicional de entender la aplicación del derecho administrativo nacional por los jueces argentinos y los cambios derivados de la internacionalización por la vía del sistema interamericano de derechos humanos<sup>73</sup>.

## 2.2. Mercados

La otra vía de internacionalización que se propone considerar es aquella que deriva de los acuerdos internacionales de inversión (derecho internacional de la inversión extranjera, con jurisdicción arbitral, donde notablemente cabe hacer referencia al CIADI). Evidentemente, el CIADI no es el único escenario de este tipo, pero ha sido uno de los mayores protagonistas en la transformación del derecho administrativo argentino.

Ello por la confrontación entre las medidas de regulación económica de protección de la inversión extranjera y las domésticas de carácter ambiental, territorial o social, que son las que suelen estar en la base de los conflictos que dan lugar a los laudos arbitrales. Así, en lo que respecta a Argentina, la garantía contra la expropiación o nacionalización de las inversiones es la que ha sido invocada con más frecuencia por los inversores, y la jurisdicción del CIADI se ha convertido en el modo «natural» de resolver las diferencias entre el Estado y las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos<sup>74</sup>. En liza han estado también argumentos vinculados a la emergencia y estados de necesidad<sup>75</sup> y en general se ha destacado que el sistema CIADI propicia un control ajeno sobre decisiones políticas en cuestiones inherentes a la soberanía.

---

<sup>71</sup> Al respecto véase D. A. Dolabjian (2020), «Sobre el margen de apreciación nacional», *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 18 (2), págs. 85-130.

<sup>72</sup> L. A. Martínez y E. Rosatti (2019), «Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino», *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 17(1), págs. 135-150.

<sup>73</sup> P. A. Gutiérrez Colantuono (2007), «Tratados de derechos humanos e internacionalización del Derecho administrativo», *Revista argentina del régimen de la Administración pública*, 348, págs. 63 y ss., en particular págs. 69 y 70.

<sup>74</sup> P. Machmar (2005), «La jurisdicción del CIADI frente a los contratos de servicios públicos en la Argentina», *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 215, págs. 783-796.

<sup>75</sup> J. F. Lozano Contreras (2013), «El estado de necesidad y las cláusulas de emergencia contempladas en los APPRI: los casos argentinos ante el CIADI», *Revista española de Derecho Internacional*, 1, págs. 101-129.

nía nacional, como las referidas al crédito público, obras y servicios públicos, moneda y gasto público<sup>76</sup>.

Como es bien sabido, la internacionalización por esta vía da lugar a una oferta de regímenes a la carta que *quasi* se petrifican, desregulación, medidas de derecho blando y adelgazamiento contractual del perímetro de lo público<sup>77</sup> que pueden contradecir el sistema de valores, intereses y derechos que ha caracterizado hasta ahora la construcción de los derechos públicos internos<sup>78</sup>. Esto, cómo no, también se ha dado en Argentina<sup>79</sup>. Además, la consecuencia más inmediata de la proliferación de acuerdos internacionales de protección de la inversión es la externalización de la jurisdicción hacia autoridades privadas<sup>80</sup> y sin escrutinio alguno de las Cortes nacionales. Esta es la gran diferencia con respecto a otras técnicas de prórroga de jurisdicción hacia tribunales extranjeros que también ha operado Argentina a raíz de ciertas actuaciones comerciales (refinanciación de deudas con bancos extranjeros, compra de ciertos bienes registrables en el exterior, colocación de títulos de la deuda pública externa fuera del país, etc.)<sup>81</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

Frente al clásico retrato del derecho administrativo como derecho público interno, se ha propuesto una revisión de los cuestionamientos doctrinales que en Argentina siguen a dos oleadas centrífugas superpuestas: privatización e interna-

---

<sup>76</sup> L. B. Constante (2012), «Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados?», *Revista de Derecho público*, 2, págs. 59 y ss., en particular pág. 75.

<sup>77</sup> J. V. González García (2004), «Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho Administrativo: presupuestos de una relación», *Revista de Administración Pública*, 64, págs. 7-39, en concreto pág. 34.

<sup>78</sup> T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2020), «Tratados de inversión y mutación del Derecho público: ¿Derecho público transnacional?», *Revista de Administración Pública*, 212, págs. 13-54.

<sup>79</sup> Se ha llegado a sostener así la nulidad de laudos de condena a Argentina por razones de derecho público: A. H. M. Corti (2012), «Acerca de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI y vías procesales para su impugnación», *Derecho público*, 3, págs. 27-34.

<sup>80</sup> H. Iglesias Sevillano (2021), «El problema de la legitimidad del arbitraje internacional de inversiones: una propuesta desde el Derecho público global», en J. Agudo González (dir.), *El Derecho y la Justicia más allá de las fronteras nacionales. La transnacionalidad como fenómeno jurídico propio del mercado interior* (págs. 369-396), Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

<sup>81</sup> H. D. Rosatti (2003), «Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino», *La Ley* y O. J. Marzorati (2003-2004), «Arbitrajes ante el CIADI: algunas consideraciones sobre el alcance de la protección a las inversiones», *Documentación Administrativa*, 267-268, págs. 461-482.

cionalización. El efecto pone en jaque los cánones estrictos de los perfiles de lo público, lo interno e incluso de lo jurídico. Cada uno de esos fenómenos es susceptible de generar bibliotecas enteras de análisis, que evidentemente no pueden sintetizarse aquí.

Lo que la crónica que ahora concluye pretende es acercar el atractivo del polo argentino como elemento comparatístico, hasta ahora infraexplotado en mi opinión. Por eso se ha consagrado una parte importante a presentar cómo las características e instituciones prototípicas del derecho administrativo se manifiestan allí. Aunque ese esfuerzo trata de ofrecer una suerte de visión panorámica o foto-fija, resulta innegable la constante transformación, consustancial a esta disciplina jurídica. Desde la academia nos esforzamos en identificar unos rasgos originarios (derecho público interno), pero estos funcionan más como dogmas místicos que como realidades efectivas. Parece que existe una inercia constante de fuga, de tratar de escapar precisamente a ese marco, en una pugna antagónica y no exenta de contradicción con la pervivencia de lo que deba verse como su esencia: el equilibrio entre potestades públicas y garantías ciudadanas, para la consecución eficaz y eficiente del interés general.

La huida privatista se experimenta en Argentina con una hibridación de la Administración, que se balancea pendularmente entre tendencias contrapuestas de expansión/contracción según el momento político. Al mismo tiempo, la aprobación del Código Civil y Comercial ha sido decisiva para reforzar el carácter autónomo del derecho administrativo y la importancia de sus principios propios. Cabe apreciar un movimiento de ida y retorno que no nos resulta ajeno: conlleva una fluctuación, sí, pero de alguna manera no hay quiebra total de la identidad y reconocibilidad del derecho administrativo, este sobrevive y se expande, ya no se aplica en exclusiva a lo que cabría ver en el sentido más clásico como su sujeto estatutario<sup>82</sup>.

En la huida internacional puede concluirse esto mismo cuando se analiza la influencia de la protección internacional de derechos humanos, pero la situación es muy distinta cuando hablamos en el foro de los mercados globales. Es vital diferenciar esos dos planos porque el fenómeno de la internacionalización es también complejo.

En mi opinión, la lógica de la protección internacional de los derechos humanos se alinea con facilidad con la del derecho administrativo democrático, que personifica una lucha contra las inmunidades del poder de otrora. Un interés general dominado por la protección y promoción de los derechos humanos no es algo ajeno a los sistemas públicos constitucionales de Latinoamérica, aunque las condenas internacionales no sean algo inédito y la jurisprudencia internacional se convierta en muchas ocasiones en una fuerza tractora relevante para seguir avanzando en materia de derechos y garantías. De todas formas, la recepción de

---

<sup>82</sup> R. Caballero Sánchez (2021), «La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 1 (4), págs. 7-65.

esas fuerzas transformadoras no es lineal ni del todo pacífica, de ahí el escudo del margen de apreciación nacional que se esgrime, cada vez con más asiduidad, en Argentina. Siendo honestos, también habría que admitir que no lo es tampoco en España<sup>83</sup>.

La internacionalización por la vía de los mercados globales presenta, por su lado, unos perfiles muy distintos, pues tanto los sujetos que ejercitan el poder como los instrumentos a través de los que lo hacen canalizan un interés que puede estar muy alejado del interés general entendido en un sentido ciudadano. Argentina es aquí un prolífico campo para el análisis, ya que España cuenta con un bagaje bastante menor de experiencias de arbitraje internacional en materias conectadas con el derecho administrativo, aunque no son ignotas ni están exentas de efectos colaterales inquietantes para el sistema iuspublicista<sup>84</sup>. En suma, hay varios motivos para echar un vistazo al derecho público de la Argentina, que —con sus luces y sus sombras— resulta tan extraño al derecho administrativo de España... y tan propio a la vez.

---

<sup>83</sup> Por todos, J. A. Santamaría Pastor (2022), «“Saquetti v. Schiffahrtsgesellschaft”. ¿Y ahora, qué?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 99, págs. 100-105.

<sup>84</sup> J. A. Blanco Moa (2018), «La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 10, págs. 132-148.

