
EL ACTO
ADMINISTRATIVO

I.S.B.N 978-958-5134-84-3
978-958-5134-85-0 (Digital)

© EL ACTO ADMINISTRATIVO 2021

© AGUSTÍN GORDILLO 2021

© EDITORIAL DIKÉ S.A.S. 2021

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 / e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín Colombia

BOGOTÁ D.C. LIBRERÍA

Calle 23 Sur # 27-41 Barrio Santander
Teléfono: 704 6822 Cel.: 301 242 7399
e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Teléfono: 83 02 10 54 Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

CARACAS-VENEZUELA

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19,
Caracas 1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 /
563-55-90/06-04 RIF: J-30797099-5.

PANAMÁ

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón,
Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

CORRECCIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Carlos Alberto Calderón
ius.editoresjuridicos@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

AGUSTÍN GORDILLO

**EL ACTO
ADMINISTRATIVO**

PRÓLOGO DE JORGE A. SÁENZ



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Gordillo, Agustín

El acto administrativo / Agustín Gordillo. -- Medellín : Editorial Diké, 2021.

862 p. ; 17x24 cm.

ISBN 978-958-5134-84-3 - 978-958-5134-85-0 (digital)

1. Actos administrativos 2. Actos jurídicos 3. Derecho administrativo - Colombia I. Título

CDD: 342.861066 ed. 23

CO-BoBN- a1080234

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

PRESIDENTE HONORARIO DEL COMITÉ EDITORIAL

Eduardo Quiceno Álvarez

DIRECTOR EDITORIAL

Sebastián Quintero Ocampo

TABLA DE CONTENIDO

Prólogo	35
----------------------	----

INTRODUCCIÓN

1. Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo	47
2. El modelo autoritario de acto administrativo	59
3. La prevalencia de un interés o bien sobre el otro	61
4. El eje de la tutela judicial efectiva o la “jurisdicción revisora del acto”	65
5. El control de los hechos. Confusión de jurisdicción ordinaria y extraordinaria	72
6. El incumplimiento de las garantías del ciudadano y la legalidad	74
7. Una “respuesta coherentemente autoritaria”	74
8. El sistemático incumplimiento de la Constitución.....	76
8.1. En general.....	76
8.2. La cuestión en el derecho público provincial	79
8.3. La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo.....	80
9. Invocar la seguridad jurídica a favor del Estado	83

10. Prevenir o coadyuvar a la corrupción	85
11. Quo vadis?	87

Capítulo I

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PARTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1. Recapitulación. El objetivo del análisis no es definir el acto administrativo sino sistematizar la actividad administrativa	89
2. Acto jurídico y acto administrativo	90
3. La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos	93
4. Continuación. El concepto subjetivo de acto administrativo	97
5. Los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa	98
6. La oposición de los criterios de función administrativa y acto administrativo	99
7. Crítica del concepto orgánico o subjetivo	100
8. Continuación	102
9. La posible pérdida de conexidad entre las nociones de función administrativa y acto administrativo	104
10. El acto administrativo como manifestación del ejercicio de la función administrativa.....	105
11. El acto administrativo —y no los contratos administrativos — de entes no estatales	106
12. Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales.....	114

12.1. Las corporaciones profesionales.....	114
12.2. Las asociaciones dirigidas	117
12.3. Los concesionarios y licenciarios.....	118
12.4. Sociedades del Estado.....	124
12.5. Medios de transporte público.....	125
12.6. Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado	126
13. Clubes de campo y barrios cerrados.....	130
14. Conclusiones.....	136

Capítulo II

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PRODUCTOR DE EFECTOS JURÍDICOS

I. Introducción	139
1. La actividad administrativa apta o no para producir efectos jurídicos directos	139
2. Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico	141
2.1. Efectos jurídicos inmediatos.....	141
2.2. Se excluyen los efectos jurídicos mediatos.....	144
2.3. La cuestión de la notificación	146
II. Distintos alcances de los efectos jurídicos	152
3. Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos.....	152
3.1. Efectos provisionales y definitivos.....	152
3.2. Efectos definitivos en sede administrativa.....	154
3.3. Actos interlocutorios y definitivos	155

3.4.	Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite.....	158
3.5.	Actos administrativos interlocutorios y actos administrativos definitivos	159
3.5.1.	Diferencias en cuanto a los recursos aplicables	160
3.5.1.1.	Recursos administrativos.....	160
3.5.1.2.	Remedios judiciales.....	160
3.5.2.	Diferencia en cuanto a las situaciones que originan las calificaciones.....	161
3.5.3.	Conclusiones.....	163
3.6.	Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él.....	163
4.	Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos.....	165
5.	Quedan comprendidos los actos de contralor	167
6.	Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos.....	169
6.1.	La voluntad psíquica del agente.....	169
6.2.	Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones	176
6.3.	Conclusiones.....	179
7.	Los efectos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos.....	180
8.	Lo atinente a la moral.....	182
9.	Los efectos jurídicos según sean unilaterales o bilaterales, individuales o generales	183
III.	Efectos públicos o privados del acto.....	184

10. Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa	184
11. La distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo es una aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado	185
12. El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto administrativo	186
13. La aplicación del derecho público en los supuestos actos civiles de la administración	189
14. No existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto.....	190
15. Conclusión.....	193
IV. Efectos en relación al tiempo	195
16. La retroactividad	195
17. Efectos para el futuro.....	196
18. Comparación	197

Capítulo III

LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO Y HECHO ADMINISTRATIVO

I. Fundamento de la distinción entre acto y hecho	199
1. Recapitulación previa	199
2. La distinción entre actos y hechos producidos en el ejercicio de la función administrativa	200
3. Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la administración: introducción	202
4. Por qué se distinguen los actos de los hechos	209

4.1.	Certeza jurídica: la fundamentación del acto.....	209
4.2.	Índole de los efectos jurídicos.....	212
4.3.	Presunción de legitimidad. Términos de impugnación. Consentimiento.....	213
4.4.	La sanción de nulidad	214
4.5.	El derecho positivo.....	215
4.6.	Conclusión	217
II.	Alcance de la distinción entre acto y hecho.....	217
5.	El acto administrativo como manifestación de voluntad	217
6.	El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión	218
7.	El acto administrativo como declaración	221
8.	Diferencia entre declaración y ejecución material	222
9.	Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos	224
10.	Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc.	227

Capítulo IV

ACTOS ADMINISTRATIVOS, REGLAMENTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.	Los actos jurídicos de la administración y su clasificación.....	229
2.	Discrepancias terminológicas, no de fondo.....	230
3.	Criterio para seleccionar la denominación	232
4.	Aspectos comunes del régimen administrativo.....	233

5.	Diferencias en el régimen administrativo de los reglamentos y actos concretos.....	234
5.1.	Notificación y publicación	235
5.2.	Jerarquía normativa del reglamento sobre el acto administrativo	237
5.3.	Estabilidad del acto regular	237
5.4.	Motivación del acto administrativo y el reglamento.....	237
5.5.	Audiencia previa en el reglamento y en el acto administrativo	238
5.6.	El acto administrativo producido por silencio de la administración pública.....	239
5.7.	Potestad de emitirlos	240
5.8.	Efectos de la interposición de recursos.....	241
5.9.	Retroactividad e irretroactividad del saneamiento...	241
5.10.	Retroactividad del acto administrativo sustitutivo o favorable al interesado	242
5.11.	El reglamento como fuente de competencia	243
5.12.	Impugnación.....	243
5.12.1.	Casos de impugnación	244
5.12.2.	Autoridad competente para entender en el recurso.....	246
5.12.3.	Término para la interposición del recurso	246
5.12.4.	Efectos del recurso de alzada contra reglamentos	247
5.12.5.	Conclusión.....	248
5.13.	Procedimiento de elaboración	248

5.14. Terminación del procedimiento	248
5.15. Impugnación judicial	249
5.16. Primeras conclusiones	252
6. La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología.....	254
7. La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general	256
8. Actos y contratos administrativos	259
9. La distinción entre acto unilateral y bilateral	268
10. El acto unilateral en su formación, de efectos bilaterales	268
11. Los actos que requieren solicitud o aceptación.....	271
11.1. Efectos del acto: pueden ser bilaterales	271
11.2. La formación del acto.....	272
12. Conclusión.....	275
13. Noción de acto administrativo.....	277

Capítulo V

PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, EXIGIBILIDAD Y EJECUTORIEDAD

I. Introducción	281
1. Caracteres y nulidades del acto administrativo.....	281
1.1. Remisión metodológica.....	281
1.2. Nulidades del acto administrativo	282
1.3. Incidencia del decreto-ley 19.549/72 y su eficacia ..	283
II. Presunción de legitimidad	285
2. La presunción de legitimidad. Crítica.....	285

3.	La presunción de legitimidad en la jurisprudencia	288
3.1.	Jurisprudencia tradicional	288
3.2.	El caso Pustelnik (Fallos, 293: 133)	291
3.3.	El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia	292
4.	Fundamentos de la presunción de legitimidad	295
4.1.	Fundamento teórico y práctico. Sus alcances	295
4.2.	Fundamento positivo de la presunción de legitimidad	298
4.3.	Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular	301
5.	Efectos de la presunción de legitimidad	311
5.1.	Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos	311
5.2.	Necesidad de pedir la ilegitimidad	312
5.3.	¿Necesidad de probar la ilegitimidad?	314
5.4.	Exigibilidad del acto ilegítimo	316
6.	Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo	317
III.	Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad	317
7.	La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción	317
7.1.	Criterio tradicional. Fundamento y alcances	320
7.2.	Derecho nacional y comparado	323
7.3.	Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo	332
7.4.	Implicancia política del tema	332
7.5.	Otro derecho comparado	334

7.6. Conclusiones.....	336
8. La ejecutoriedad. Alcances y medios.....	337
9. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica	340
9.1. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72	340
9.1.1. No comprende la coerción indirecta (aplicación de sanciones)	340
9.1.2. La ejecución por los propios medios de la administración	341
9.1.2.1. Ejecución en lugar del particular. La propiedad.....	342
9.1.2.2. La ejecución violentando al particular. La libertad.....	344
9.1.3. Conclusiones sobre la ejecutoriedad en el art. 12	345
9.2. La ejecutoriedad en la práctica	345
10. La suspensión administrativa de la ejecución del acto	347
10.1. La solución tradicional y su mutación	347
10.2. La tesis de LINARES.....	348
10.3. El decreto-ley 19.549/72.....	350
10.3.1. Ejecutoriedad y efecto no suspensivo de los recursos	351
10.3.2. La facultad discrecional de suspender el acto ante la interposición del recurso ...	352
10.3.3. El caso de la suspensión que perjudica a un tercero.....	354
10.3.4. La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta.....	355

10.3.4.1. La obligación de revocar el acto nulo	356
10.3.4.2. La fuente de la disposición	357
10.3.4.3. Las obligaciones del cargo	357
10.3.4.4. El deber de obediencia	358
10.3.4.5. El problema semántico.....	359
10.3.4.6. Conclusiones	360
11. La suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo.....	360
11.1. En general.....	360
11.2. “Recursos” otorgados por leyes especiales	364
11.2.1. Caso en que la ley no resuelve sobre el efecto de la interposición.....	364
11.2.2. Casos en que la ley otorga efecto devolutivo al recurso.....	365
11.2.3. Conclusiones acerca de los recursos otorgados por leyes especiales	367

Capítulo VI

ESTABILIDAD E IMPUGNABILIDAD

I. Estabilidad	369
1. La estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos	369
2. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa	372
3. Requisitos de la estabilidad.....	374
4. Acto administrativo.....	375

4.1. Unilateralidad	375
4.2. Individualidad.....	376
5. Que de él hayan nacido derechos subjetivos.....	377
5.1. No hay estabilidad de los intereses.....	377
5.2. No hay estabilidad de los deberes	378
5.3. Funciona a favor, no en contra, del individuo	378
5.4. Debe declarar un derecho.....	381
5.5. El derecho puede ser civil o administrativo.....	381
6. Que sea notificado al interesado	382
7. El problema de la regularidad del acto	383
7.1. El acto anulable tiene estabilidad.....	385
7.2. La estabilidad del acto nulo.....	385
7.2.1. Requisitos de la estabilidad del acto nulo.	386
7.2.1.1. “Prestaciones” o “derechos subjetivos”	386
7.2.1.2. Acto “firme y consentido”	387
7.2.2. La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable.....	388
7.2.3. Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular	390
7.3. La protección contra la revocación del acto estable.....	391
8. Que se trate de un acto de la administración activa.....	393
9. Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales	394

10. Excepciones a la estabilidad	396
10.1. Las excepciones normativas	396
10.1.1. .Connivencia dolosa.....	396
10.1.2. .Revocación a favor del interesado	399
10.1.3. .La revocación de los actos precarios.....	402
10.1.3.1. Cargos sin estabilidad	404
10.1.3.2. La revocación de permisos de estacionamiento	405
10.1.4. .La revocación de los contratos	406
10.1.5. .El caso de los permisos de construcción...	406
10.2. La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación. La revocación por oportunidad según el art. 18.....	409
10.2.1. .Enunciación general.....	409
10.2.2. .Revocación y propiedad	411
10.2.3. .Revocación y estabilidad.....	415
10.2.4. .Revocación y expropiación	419
10.2.5. .La estabilidad en la función pública.....	421
10.2.6. La revocación de la autorización para funcionar	421
10.2.7. Conclusiones acerca de la revocación por mérito	422
II. Impugnabilidad.....	423
11. Fundamento de la impugnabilidad	423
11.1. En sede administrativa	424
11.2. En sede judicial.....	426

11.3. En sede arbitral internacional.....	427
11.4. Comparación	427

Capítulo VII

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PÚBLICOS

1. La presunción de legitimidad y el carácter de instrumentos públicos de los actos administrativos	429
2. Actuaciones judiciales y actuaciones administrativas	430
3. Los actos administrativos como instrumentos públicos..	432
3.1. Acto jurídico e instrumento del acto jurídico	432
3.2. Acto jurídico e instrumento público.....	432
3.3. Acto administrativo e instrumento público	433
4. La “plena fe” del instrumento público y el acto administrativo	435
5. Los efectos probatorios frente a terceros del acto administrativo-instrumento público	437
5.1. La constatación del agente público	437
5.2. Los casos de voluntario acatamiento.....	440
5.3. La cuestión penal	442
5.4. La constatación con otros medios de prueba	443
6. Los actos administrativos-instrumentos públicos no tienen fuerza ejecutiva en sede judicial.....	444
7. ¿Los documentos administrativos, son instrumentos públicos? Necesidad de norma legal expresa.....	445

8. El art. 979 del Código Civil no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas	448
9. Los instrumentos públicos en la era digital	450
10. Conclusiones.....	454

Capítulo VIII

OBJETO Y COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. Elementos y vicios del acto administrativo.....	457
1. Elementos del acto administrativo	457
2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación	461
3. Vicios y nulidades	462
II. Vicios del objeto.....	464
4. Objeto prohibido	464
4.1. En general.....	464
4.2. Distintos vicios del objeto	466
4.3. Objeto prohibido por provocar indefensión	470
4.4. Precedentes. Doctrina de los actos propios	472
5. Objeto violatorio de facultades regladas.....	474
5.1. Planteamiento general.....	474
5.2. Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho, e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución	475
5.3. Los conceptos jurídicos indeterminados. El caso de la discriminación.	480

5.3.1. Un ejemplo del dilema: igualdad y no discriminación.....	480
5.3.2. ¿Es ésta una cuestión semántica?.....	482
5.3.3. Libertad y administración pública.	483
5.3.4. Algunas conclusiones.....	485
6. Imprecisión u oscuridad	486
7. Imposibilidad de hecho	488
8. Irrazonabilidad	491
8.1. La contradicción del acto	492
8.2. La falta de proporcionalidad.....	493
8.3. La absurdidad del objeto	496
9. Inmoralidad. La ética pública	498
9.1. La ley inmoral	502
9.2. El acto inmoral	503
9.3. El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera	505
9.4. La degradación de la moral y la ética	508
9.5. La omisión de resolver como corrupción	509
III. Competencia.....	510
10. Concepto y alcances	510
11. Competencia en razón del grado	511
12. Competencia en razón de la materia.....	519
12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales	519
12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas	520
12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos.....	524

13. Competencia en razón del territorio	525
14. Competencia en razón del tiempo	526

Capítulo IX

VICIOS DE LA VOLUNTAD

I. Vicios de tipo objetivo.....	529
1. Aspectos subjetivos y objetivos de la voluntad administrativa.....	529
2. Enumeración de los vicios de la voluntad	531
3. Vicios en el origen de la voluntad	532
4. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto.....	537
4.1. La garantía de defensa. El sumario previo.....	538
4.1.1. De victimario a víctima. La difícil situación del sumariante	544
4.1.2. La denegación inmotivada de prueba.....	544
4.2. Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.....	545
4.3. Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia.....	547
4.4. Compulsa y concurrencia de interesados: Concurso y licitación	548
4.5. Opinión, dictamen o informe sustancial	549
4.5.1. En general	549
4.5.2. La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo	551
4.6. Otros vicios de procedimiento	555
4.7. Efecto sinérgico de los vicios	557

4.8.	Circunstancias mitigantes.....	558
5.	Vicios en la emisión de la voluntad.....	560
5.1.	Actos simples dictados por órganos colegiados	560
5.2.	Actos complejos	564
5.3.	Actos que requieren autorización.....	565
5.4.	Actos que requieren aprobación	566
5.4.1.	En general	566
5.4.2.	Acto y proyecto de acto	567
5.4.3.	Atribuciones del órgano de control.....	568
5.4.4.	Efectos de la aprobación	569
5.4.5.	Revocación.....	570
5.4.6.	Competencia originaria.....	570
5.5.	Actos que requieren registro, inscripción, etc.....	571
II.	Vicios de tipo subjetivo	572
6.	Desviación de poder	572
6.1.	Noción y fundamento	572
6.2.	Fundamento legal y antecedentes	574
6.3.	Casos de desviación de poder	576
6.4.	Aspectos probatorios	581
7.	Arbitrariedad.....	582
8.	Distintos casos de arbitrariedad	586
8.1.	Actos que omiten decidir	586
8.2.	Decisiones que prescinden de los hechos	588
8.3.	La fundamentación normativa seria y su sustento fáctico	593

8.4.	Actos ilógicamente motivados	597
8.4.1.	Falacias no formales.....	598
8.4.1.1.	El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.....	598
8.4.1.2.	La falacia de conclusión inatinerente	599
8.4.1.3.	El argumento <i>ad hominem</i>	601
8.4.1.4.	Otras falacias no formales	601
8.4.2.	Falacias formales.....	607
8.5.	Otras hipótesis	609
9.	Diferencia entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley.....	610
10.	Error	612
10.1.	El error como causal de nulidad	612
10.2.	Errores de menor gravedad.....	613
10.3.	Acerca del llamado error de derecho	614
10.4.	El error no invalidante	616
11.	Dolo, violencia, simulación	616
11.1.	Dolo	616
11.1.1.	Dolo del individuo.....	618
11.1.2.	Dolo del funcionario.....	618
11.1.3.	Dolo del individuo y del funcionario.....	619
11.2.	Violencia o intimidación.....	620
11.2.1.	Violencia sobre el individuo	620
11.2.2.	Violencia sobre el funcionario	620

11.2.3. .Observaciones comunes	621
11.3. Simulación.....	622
11.3.1. Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad	627
11.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios	629
11.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos.....	629
11.3.4. .Morosidad y simulación administrativa ...	630

Capítulo X

FORMALIDADES

I. Formas de instrumentación y publicidad	631
1. Introducción	631
1.1. Finalidad.....	631
1.2. Enunciación.....	633
1.2.1. Procedimiento previo al acto	634
1.2.2. Instrumentación. Fundamentación o motivación	638
1.2.3. Notificación	638
2. La forma escrita.....	641
2.1. Su exigibilidad	641
2.2. Su registro físico: el papel, o el soporte electrónico	642
3. Lugar y fecha.....	646
3.1. La fecha	646

3.2. Lugar	647
4. El número	648
5. El órgano y entidad de que emana el acto	649
6. La fundamentación o motivación	650
6.1. Terminología y alcances	650
6.2. Fundamentos	655
6.3. Consecuencias de su omisión	658
6.4. Requisitos de una fundamentación suficiente	659
6.5. La fundamentación previa, concomitante y ulterior	662
6.6. La fundamentación defectuosa como excusa de la anulación judicial	667
7. Parte dispositiva o resolutive	668
8. La firma del acto	669
8.1. Distintos tipos de firma	669
8.2. El acto sin firma alguna	670
8.3. Variantes de firma a ruego en la función pública ..	671
8.4. Algunas formas anómalas de certificación	672
8.5. La firma por sello	673
8.6. El correo electrónico sin firma	673
8.7. La firma electrónica o digital	675
9. Otras formas de instrumentación	676
9.1. Forma oral	676
9.2. Signos	677
9.3. Actos tácitos	679
9.4. El silencio	680

9.5. El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?	682
10. Formas de publicidad	683
11. Especies de formas de publicidad: publicación y notificación	686
11.1. ¿La publicidad no integra el acto?.....	686
11.2. Publicación	687
11.3. Notificación	689
11.3.1. Requisitos de validez	690
11.3.1.1. Transcripción íntegra del acto..	690
11.3.1.2. Recursos, plazos y efectos	691
11.3.1.3. Vista de las actuaciones	691
11.3.1.4. Plazo para la notificación válida .	692
11.3.1.5. Otros	693
11.4. La notificación verbal.....	693
11.5. La notificación espontánea	694
11.6. No cabe la notificación espontánea de un reglamento	694
II. Otros criterios relativos a la forma. Crítica.....	695
12. La forma y la expresión de la voluntad.....	695
13. La distinción entre formas <i>ad substantiam</i> y <i>ad probationem</i>	696
14. La distinción entre formas esenciales y no esenciales.....	697
14.1. El criterio doctrinario y legal	697
14.2. Casos de nulidad por violación de formas	699
15. Crítica de la distinción entre forma y formalidad.....	700

16. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo.....	702
17. Arguendo: ¿quid si hablamos de formas esenciales?.....	703
18. El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros.....	704

Capítulo XI

SISTEMA DE NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. Finalidad de la teoría o sistema	707
1. Las nulidades son sólo relaciones entre otros conceptos....	707
2. Qué debe explicar un sistema de las nulidades	708
3. Debe analizarse el régimen, no las denominaciones	709
II. Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil.....	710
4. Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas	710
5. Distintos casos o especies de nulidades. Criterio de comparación.....	722
6. Nulidades absolutas y relativas del Código Civil	723
7. Comparación con el derecho administrativo.....	723
8. Actos nulos y anulables.....	728
8.1. La solución tradicional	728
8.2. La solución después del decreto-ley 19.549/72.....	729
8.3. Conclusiones.....	731
III. Nulidades administrativas en particular	732
9. Especies de nulidades administrativas	732

9.1. El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas	732
9.2. El supuesto de las sanciones de menor gravedad...	739
9.3. El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio	740
10. Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo	741
11. La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la administración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes	743
11.1. Comparación con la nulidad	747
11.1.1. La prescripción y la caducidad de la acción.....	747
11.1.2. La estabilidad del acto	749
11.1.3. La declaración de oficio	749
11.1.4. La competencia judicial.....	749
11.1.5. La presunción de legitimidad del acto nulo	750
11.1.6. La audiencia de la administración.....	751
11.1.7. La elección de vías	751
11.2. Ejemplos de inexistencia de acto administrativo ...	752
11.3. Conclusiones sobre el régimen jurídico de la inexistencia, vías de hecho o meros pronunciamientos sin virtualidad jurídica	753
12. Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo	754

12.1. Improperiedad de remitirse al Código Civil para construir el sistema de las nulidades de los actos administrativos	754
12.2. Fundamento lógico-jurídico.....	756
12.3. Las nulidades como sanciones implícitas del orden jurídico	758
13. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades administrativas.....	760
13.1. Actos regulares	760
13.1.1. Actos válidos	760
13.1.2. Actos anulables.....	761
13.2. Actos irregulares.....	762
13.2.1. Actos nulos.....	762
13.2.2. Inexistencia de acto; vías de hecho; mero pronunciamiento de la administración	763
13.3. Concordancias y remisiones	763
14. La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad.....	765
IV. Vicios que determinan las nulidades del acto administrativo.	769
15. La pretendida solución del decreto-ley.....	769
16. Criterio de apreciación	771
17. Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo	772
18. La política jurídica de la jurisprudencia	774

Capítulo XII

MODIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Introducción. Se deben analizar los actos a modificarse o extinguirse, no los llamados medios de modificación o extinción	777
2. Extinción y modificación.....	779
3. Modificación de actos válidos y nulos o anulables.....	780
4. Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material	781
5. Aclaración	785
6. Reforma	787
7. Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento ..	788
7.1. Saneamiento administrativo y judicial.....	791
7.2. Explicar al otro.....	791
8. Ratificación	792
9. Confirmación.....	794
9.1. La confirmación en derecho privado y en derecho administrativo	794
9.2. Lo atinente a la prescripción.....	796
9.3. La confirmación en el decreto-ley 19.549/72	796
10. Comparación entre saneamiento, confirmación y ratificación	797
11. Conversión.....	799
11.1. Conversión por circunstancia sobreviniente	806
12. Sustitución y reforma	806
13. Improcedencia de la sustitución.....	810

14. La orden judicial de sustitución.....	813
15. La sustitución judicial a la ejecutoriedad administrativa.	815
16. La reelaboración del acto	816
17. El acto expresamente sujeto a sustitución o reforma	817

Capítulo XIII

EXTINCIÓN

I. Introducción	819
1. Concepto de extinción	819
II. Extinción de actos ilegítimos	821
2. Distintos supuestos.....	821
3. Anulación y revocación por ilegitimidad.....	823
3.1. Terminología.....	823
3.2. La suspensión como extinción.....	825
4. La ilegitimidad sobreviniente.....	827
4.1. Por cambio en el ordenamiento.....	827
4.1.1. Límites de la ilegitimidad sobreviniente...	829
4.2. Por un cambio en la realidad	829
4.3. Necesidad de pronunciamiento expreso.....	831
4.4. Comparación con la revocación por inoportunidad	832
4.4.1. Autoridad competente.....	833
4.4.2. Caducidad y prescripción	833
4.4.3. Indemnización	834
4.5. Efectos en relación al tiempo.....	834

4.6.	El caso de los actos precarios	835
4.6.1.	Cambio normativo	835
4.6.2.	Cambio fáctico.....	836
4.7.	El caso de los actos de conocimiento	836
III.	Extinción de actos legítimos	837
5.	Distintos supuestos.....	837
6.	Extinción de pleno derecho de actos legítimos.....	838
6.1.	Cumplimiento	838
6.1.1.	Cumplimiento del término	838
6.1.2.	Cumplimiento del objeto	839
6.1.3.	Cumplimiento de la condición.....	839
6.2.	Imposibilidad de hecho.....	842
6.2.1.	Falta de sustrato personal.....	842
6.2.2.	Falta de sustrato material.....	843
6.2.3.	Falta de sustrato jurídico	844
7.	Extinción de actos legítimos dispuesta por acto administrativo	845
7.1.	Caducidad	845
7.2.	Desuso.....	848
7.3.	Revocación por razones de oportunidad.....	851
7.4.	Rescate.....	853
8.	Extinción por el particular de actos legítimos	854
8.1.	Renuncia.....	854
8.2.	Rechazo	857
8.3.	Actos contractuales.....	858

PRÓLOGO

Jorge A. Sáenz

I

Quisiera que el privilegio que significa prologar este Tratado se transformara en una confidencia compartida con los lectores acerca de su autor, sus valores, sus objetivos, sus conductas, su metodología científica y la importancia de sus ideas para el desarrollo de las instituciones democráticas y el progreso social en la Argentina. Creo estar en condiciones para hacerlo. Soy un testigo privilegiado de la vida, la obra y la evolución del pensamiento de Agustín Gordillo. Más de cuatro décadas de diálogos y discusiones, de tarea docente en común en los claustros de las universidades públicas de Buenos Aires y de La Plata, y hasta haber compartido el “no estar” en la Universidad, cuando ambos fuimos expulsados (título honorífico si los hay) por la última dictadura militar de nuestros cargos de profesores titulares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a los cuales retornamos en 1985 –concurso público de antecedentes y oposición mediante– son, creo, títulos suficientes para opinar.

Lo primero que quiero decirles a los lectores es que Agustín Gordillo es un ser humano ejemplar, un gran científico, un gran profesor y un gran ciudadano. Trataré de explicar con claridad por qué lo afirmo tan enfáticamente.

Antes que nada, Agustín Gordillo ha demostrado ser, a través de estos

cuarenta años, además de un maestro reconocido, un ser humano ejemplar. Y esta condición, que es la primordial, no viene dada con las dotes intelectuales que por designio natural o divino lo distinguen, sino que depende de elecciones de conducta que no son fáciles en una historia académica como la nuestra, que no ha estado exenta de venganzas, injusticias y egoísmo, muchas veces alentados por los vientos de fronda del sectarismo y la mala política. La ejemplaridad se verifica, en el caso de un teórico brillante como Gordillo, cuando se puede constatar, a lo largo de esos cuarenta años, una coherencia entre la doctrina y la conducta. No hay desviaciones en la conducta pública o privada de Agustín Gordillo que pueda hacer decir a alguien que en los hechos haya desmentido lo que predicó acerca de la tolerancia con las ideas y las personas, la generosidad que debe tenerse en el aliento de las vocaciones docentes y científicas o que haya declinado la defensa de los derechos humanos y el imperio de la juridicidad.

Esta densidad humana en la calidad de Gordillo, que celebran y de la que están orgullosos sus amigos, sus colegas, sus alumnos y su familia, se encuentra ahora potenciada por los impulsos, sugerencias e ideas que incansablemente propone a las generaciones más jóvenes, transmitiéndoles con el ejemplo la importancia de preservar aquella unidad entre las ideas y las actitudes, que es invaluable para su formación.

También, y no es lo menos importante, debo señalar que ha trabajado y actuado con humildad y con respeto por los demás. Nunca le escuché a Agustín Gordillo en estos cuarenta años referirse despectivamente a algún colega o autor. Nunca lo observé en ninguna combinación espúrea para ganar una posición o para evitar que alguno la lograra. Las discrepancias las mantuvo en el plano de las ideas, y las expuso con franqueza y con fundamentos. No recurrió a la “espiral de silencio”, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones académicas o profesionales, públicas o privadas. Esta nunca fue una característica en la actuación de Gordillo, que por el contrario, lo repito, se ha comportado como un ser

humano ejemplar uniendo su doctrina y su conducta, lo que me place testimoniar aquí.

Agustín Gordillo es además un gran científico. Ha sabido explicar por qué se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que toda verdad es provisoria, que toda afirmación está sujeta a discusión y refutación y que sólo ese proceso asegura el progreso de la ciencia. Emprende en su obra una cruzada intelectual contra el ídolo de la certidumbre, fundado en las tesis de Popper y en la teoría del lenguaje que domina sólidamente, y esta estructura metodológica, transformada en convicción científica, aplicada con rigurosidad, hace que su actitud de tolerancia, pasó de lo que pudo ser en principio una elección moral a fundarse, además, en una tesis científica precisamente sobre la ciencia misma.

La asunción de esta tesis no es ajena, desde luego, a la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder. No debe perderse de vista, en este sentido, que el autoritarismo y el ejercicio del poder en el plano de la ciencia se manifiesta a través del dogmatismo, considerando equivocado (y a veces, como dije, hasta enemigo) a quien no piense como nosotros, desconociendo que la refutación y el error también integran la ciencia porque inevitablemente forman parte del camino de su progreso.

Esta categoría de gran científico del derecho, que lo ubica definitivamente entre los grandes juristas que ha producido América Latina y lo distingue como uno de los mejores del mundo, porque su obra es perfectamente equiparable a la de los autores europeos de mayor renombre, no ha impedido que Agustín sea, a la vez, un gran profesor. No encerró a sus lectores y discípulos en una catedral gótica de citas y catálogos de teorías e informaciones, a pesar de contar con la erudición suficiente para hacerlo. Creo que esto afortunadamente pasó porque Gordillo ha accedido a la categoría mayor de profesor, que es la de maestro. Así como cuando somos ayudantes decimos más de lo que sabemos citando de segunda mano a autores y fallos que no leímos, y sólo cuando llegamos a ser profesores decimos nada más que lo que sabemos, ganándonos el

derecho a confesar lo que no sabemos, cuando se llega a maestro se dice sólo lo indispensable y necesario para la circunstancia. Se llega a dominar en ese momento de la madurez científica e intelectual el arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento completo de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o meramente decorativo. Gordillo ha llegado a esa etapa de su desarrollo docente y así es reconocido internacionalmente.

Esta característica de Agustín Gordillo es valorada fundamentalmente por sus alumnos de pregrado y posgrado, que adquieren en sus cursos un sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican, una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no sólo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Lo que llevo dicho sería incompleto si no dijera que Agustín Gordillo no sólo es un gran ser humano, un gran científico y un gran profesor, sino también que es un gran ciudadano. Y lo es porque ha elaborado una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales de los habitantes, marcando a fuego a las teorías jurídicas y dentro del derecho administrativo a varias que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, mas allá de la buena fe de sus autores.

Esta síntesis necesariamente breve de la personalidad de Gordillo, que por esa calidad de testigo privilegiado de su trayectoria que tengo, por el largo camino que recorrimos juntos, y en nombre de los acuerdos y desacuerdos que tuvimos y de las dudas y encrucijadas a las que nos enfrentamos, creí que podía y debía compartirla con ustedes, que están por acometer la

aventura intelectual de discutir, acordar o discrepar con los innumerables argumentos y enfoques novedosos que el Tratado les pondrá por delante.

II

He dicho algo sobre la calidad científica del trabajo de Gordillo. Quisiera tomar un solo ejemplo, de los tantos que van a encontrar en las páginas de su obra: el tratamiento del concepto acerca de la función administrativa. Gordillo se ocupó en sus primeros aportes teóricos de delimitar metodológicamente el objeto de su ciencia, a partir de que le había adjudicado al Derecho Administrativo la finalidad de estudiar “el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”. Lo que quisiera comentar brevemente, a los fines limitados de esta introducción, son tres aspectos de esa elaboración doctrinaria, en tanto definen rasgos típicos de su estilo científico: el primero se refiere a la perspectiva utilizada para estudiar la cuestión, el segundo al procedimiento de confrontación del resultado de la investigación teórica con la realidad política nacional, y el tercero la vinculación de estos dos pasos con un tercero, que contiene sus propuestas sobre la instauración de prácticas democráticas en la Argentina, con directa incidencia sobre el ejercicio de la función administrativa.

Respecto de la primera cuestión, debo destacar que el proceso de análisis sobre la función administrativa, si bien está centrado en una perspectiva normativa, no está limitado a ella. En sus obras tempranas está claro que el problema de las funciones del Estado, como empírica e históricamente las conocía en ese momento, con cometidos prestacionales y protectores legitimados por la eficacia, constituían una realidad más compleja que la tratada por la doctrina corriente, lo que motivó, creo, que no limitara su abordaje al de la perspectiva de la pureza positivista heredada de los fructíferos embates kantianos y neokantianos contra el cameralismo y sus sucesores.

Por el contrario, advirtió desde entonces, en una tendencia que se acentuó en su obra posterior, que el derecho es una ciencia que opera

sobre un sector de la realidad y que no puede conocerse en profundidad ni pretenderse un cambio de esa realidad que sirva a la justicia, si la reflexión teórica se limita al plano del análisis normativo. Es notable cómo desde sus primeros trabajos considera al derecho como una disciplina humanística que no separa sino que integra las normas con los hechos históricos sobre la que opera y con los juicios valorativos que en la interacción de una y otra van construyendo la práctica social. Este permanente juego dialéctico entre los planos del ser, del deber ser y de la crítica axiológica, lo lleva a insistir en la necesidad de que la formación del jurista y su propia investigación científica estén apoyadas en el conocimiento de la economía, la filosofía, la sociología y la historia, que deben iluminar indefectiblemente la tarea de aplicación e interpretación del derecho a las situaciones concretas, y estar presentes para poder valorar en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso.

En esa línea, realizó la crítica de las tesis que eran de recibo en ese momento, sobre si la función administrativa es una actividad o es la organización que la desempeña o es un residuo. Agustín se alejó de esa discusión secular aunque no la rehuyó, planteando su propia posición, que ha demostrado a través del tiempo ser de una gran utilidad ordenadora y a mi juicio superior a muchas formulaciones europeas clásicas, donde la discusión, luego de muchos años se abandonó, al reputarse inviable la definición objetiva de administración (el fin de la polémica por agotamiento ha sido certificada nada menos que por el gran Giannini).

La definición que propone, como la verán desarrollada en el Tratado, es, dentro de su criterio científico que explica previamente, más bien de tipo estipulativo, es decir no intenta ser una verdad dogmática ni describir la esencia de la administración. Es producto de la investigación acerca de qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual por parte del derecho. De tal manera, la definición resulta más nítida, más clara y más útil, ya que al partir de otro criterio que el subyacente en las definiciones dogmáticas clásicas de la función administrativa, nos coloca

en una perspectiva diferente y explícita, y que, la compartamos o no, nos permite decidir críticamente, como lectores, si la lista de características que justifican que la palabra definida pueda aplicarse a un sector de la realidad es útil o conveniente para el desarrollo teórico de la ciencia.

El segundo aspecto que quería destacar es que Gordillo no aísla a esta reflexión teórica dentro de un sistema conceptual abstracto. Por el contrario, la confronta con la realidad, como es característica de toda su obra, que no limita sus aportes a la consideración de la legitimidad formal de las instituciones, tomándolas sólo como distribuidoras de funciones, sino que comprometidamente se expide sobre la legitimidad sustantiva del Estado, examinando en qué medida ese Estado y esa administración ponen en acto (o no), a través del ejercicio concreto de la función administrativa, antes conceptualizada, valores, ideas y proyectos colectivos, para saber a que tipo de práctica social sirven. No debe olvidarse, aún cuando no desarrollo por razones obvias este aspecto con la extensión que merece, la importancia que desde el punto de vista de las libertades públicas tiene la impugnación largamente argumentada que hizo Gordillo de las pretendidas funciones legislativas o jurisdiccionales de órganos pertenecientes a la organización administrativa.

En este orden de ideas, ubicó a la función administrativa, en la medida que comprende a la totalidad de las actividades del Poder Ejecutivo (además, pero secundariamente, de las de los otros poderes que no sean materialmente su función principal) en una posición subordinada a la legislación y a la jurisdicción, dentro del equilibrio teórico de los poderes diseñado por la Constitución. No obstante, verificó en la realidad el desequilibrio real, consistente en que los poderes legislativo y judicial están en los hechos subordinados al ejecutivo. Hace más de treinta años Gordillo explicaba que ello se debía a la necesidad política de los legisladores de contar con cargos públicos para atender a su clientela y sus corruptelas, nombramientos que sólo el Poder Ejecutivo podía proporcionar, además de señalar agudamente que el liderazgo político del presidente anulaba también la función de control del Poder Legislativo y aún la del Poder

Judicial, cuando aplica con excesiva benevolencia el *self restraint* y los diversos criterios limitativos de su atribución de juzgar la actividad de los otros poderes.

Este aguerrido juicio de Gordillo no recibió la adecuada atención en la discusión académica, que prefirió quedarse en el nivel de las definiciones pretendidamente descriptivas de un orden institucional que no existía. La historia subsiguiente fue ciertamente nefasta: de la distorsión del sistema constitucional se pasó a su desconocimiento total con la instalación de las dictaduras de 1966 y 1976. Y como tampoco se tomaron en cuenta esas lúcidas críticas después de 1983, es que hoy vivimos bajo una situación de quiebra difícilmente remediable del sistema de división de poderes, que compromete seriamente el futuro de la democracia representativa.

Inclusive no puede soslayarse que la relativización intensiva del sometimiento de la Administración a las órdenes judiciales, se vincula en la Argentina a tales vicisitudes, que jalonaron, a lo largo de varias décadas, la liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder entre el Legislativo y el Ejecutivo, que puede verificarse a través de la validación de los decretos-leyes (tesis de la continuidad), la utilización indiscriminada de la delegación legislativa (con legitimación por parte de la justicia, ratificación legislativa en bloque posreforma constitucional de 1994 y uso actual de su artículo 76) y de los decretos de necesidad y urgencia (legitimados *ad nauseam* por la Corte) y la limitación de la función del Congreso a aprobar los proyectos preparados y originados por el Poder Ejecutivo, muchas veces bajo una presión inadmisibles y la amenaza anticipada del ejercicio de la facultad de veto.

Y, por otro lado, en la constatación del dato de que el desarrollo del Estado implicó, además, la multiplicación normativa de origen administrativo, signo externo del cambio de su racionalidad interna. El resultado fue que la tajante distinción entre ley y acto de la administración aparece como superada, no por la teoría sino por la realidad, con la resultante de que el Ejecutivo, como poder tecnificado, pasa a ocupar el lugar decisivo,

no solo en la función de elaboración legislativa, sino en todo el proceso normativo. Es, como quedó dicho, el programador de la actividad parlamentaria y emisor *per se* de normas generales en todos los ámbitos. Ello derivó en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de hecho que tiene hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el “interés general”, frente a lo cual la reserva de los derechos del ciudadano quedó en la “administración de justicia”, en la que, según los criterios administrativos, ha devenido la verdadera naturaleza del “Poder Judicial” de la Constitución. Este desequilibrio flagrante de la organización constitucional de los poderes ha quebrantando de manera grave y difícilmente remediable el sistema mismo de la democracia representativa, lo que vuelve más valioso que nunca atender a las críticas y propuestas de Gordillo para remediarlo.

A ello va dirigido el último aspecto que quería destacar. La definición de la función administrativa y la insistencia en su posición subordinada respecto de la legislación y la justicia, integra una visión de las condiciones de lo que se conoce como estado de derecho y más particularmente como estado social de derecho. Gordillo atendió vigorosamente este problema destacando la falta de contradicción entre el estado de derecho clásico, en tanto defensor de los derechos individuales, y el estado de bienestar, como interventor activo para lograr la “libertad de la necesidad”. Ahora bien, pronunciarse sobre si en la Argentina contamos con un estado social de derecho, atendiendo a la práctica social respecto de la extensión y modalidades de ejercicio de la función administrativa, implica la adopción de criterios acerca de qué notas definitorias se convenga en considerar relevantes para definirlo y el punto en que se acuerde dejar de hacer distinciones, sobre todo después que el estado, de ser el gran demiurgo de la historia, pasó a ser el gran demonio de la historia.

En términos muy generales, a casi todas las etapas históricas del Estado argentino se las ha calificado frecuentemente como “de derecho” recurriendo para ello al expediente de definir sin confrontar con la realidad, con un enfoque formalista y tecnocrático de la estructura de los poderes

públicos, que afirma la vigencia general del principio de legalidad, apareciendo sus violaciones como meras anomalías contingentes que encontrarán su remedio a través de los recursos administrativos y judiciales, aún con sus imperfecciones. De tal manera, si entre las instancias de la “idea del estado de derecho” y la “concreción histórica” de ese tipo de estado, nos limitamos a considerar relevante sólo a la primera, ello nos proporcionará necesariamente una versión incompleta y acaso engañosa de la cuestión que se está examinando, ya que esa perspectiva impide que se tomen en cuenta los vicios estructurales que impiden el goce efectivo de los derechos y libertades de los ciudadanos, o sea la negación de los requisitos mínimos para que aquel tipo de estado se configure.

Por tal razón cobra una importancia decisiva en la metodología de nuestra materia esta característica de la obra de Gordillo, consistente en la confrontación de la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión, que no son inocentes desde el punto de vista de la valoración, toda vez que debe analizarse si son pertinentes los rasgos que se seleccionan cuando se agrupa un caso dentro de cierta categoría. La discusión sobre estos criterios de inclusión recibe de Gordillo un impulso más que decidido y nos invita a todos a participar en ella, al considerar que el Estado no es un dato dado sino una construcción, el producto y la expresión de una cultura y sus contradicciones, siendo el papel del intelectual elaborar teoría acerca de su funcionamiento y de su articulación con la sociedad civil, haciéndolo portador de proyectos colectivos que aseguren y que garanticen la integridad y la cohesión social.

En este orden, quiero destacar que Gordillo, verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (*lato sensu*), que problematizan su inclusión en la categorías de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa, volcó buena parte de su esfuerzo teórico en examinar las nuevas condiciones de ejercicio de las funciones estatales, básicamente la administrativa, a través de la participación de los ciudadanos en el espacio público, como actores eficaces en la

formación de la voluntad general, colocándose en la línea más avanzada respecto de la concepción de la democracia.

Desde este punto de vista, la caracterización del estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser “condicional” en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones. Entre ellas quiero citar la abundante producción de Agustín acerca de la participación activa de la sociedad civil como requisito indispensable de la democratización, el estado de bienestar y su crisis, la exigencia de un principio fuerte de igualdad, la libertad positiva, los derechos económicos y sociales, las precondiciones sociales de la libertad, la extensión de la legitimación procesal para activar las decisiones jurisdiccionales, las reformas judiciales, la descentralización, la imperatividad de las normas internacionales, los medios para combatir la corrupción, la reivindicación del equilibrio constitucional de poderes, la impugnación a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia y el control estricto sobre las concesiones de servicios públicos, entre otros. Lo que implica volver de la realidad a las ideas para corregir la gravísima distorsión de su realización histórica concreta. En especial, y para terminar, quiero recordar con gran reconocimiento sus trabajos desde hace treinta años acerca de la participación de los usuarios en las empresas de servicios públicos, la generalización del procedimiento de audiencias públicas y la defensa de los derechos de incidencia colectiva, aspectos que hoy están en el centro de la escena.

Los temas que he enumerado son tal vez los centrales del debate actual acerca de la reformulación del estado democrático de derecho. Gordillo los inserta, coordina y relaciona con los tópicos clásicos del Derecho Administrativo, cuyo tratamiento corriente excede largamente, porque estamos en presencia de un jurista completo e integrador, que domina el Derecho a secas, más allá de especializaciones acotadas artificialmente, cada vez más insostenibles. Es por esta característica del autor, precisamente, que ha podido acometer con tanta fortuna el desarrollo de un Tratado completo sobre la materia, que a partir de ahora quedará a

merced de vuestras inteligencias críticas. Podría asegurar sólo una cosa: aunque no estén de acuerdo con una sola de las reflexiones teóricas de Gordillo, el pasaje por la discusión de sus argumentos no será una operación cultural estéril, sino, por contrario, extremadamente enriquecedora. Así como en el teatro isabelino el prólogo estaba a cargo del actor que adelantaba el tema del drama, quise advertirles en estas páginas previas, lo inevitablemente arduo que resultará el trabajo intelectual de dialogar con Gordillo, mediante la lectura del Tratado, interacción que, a través de los acuerdos y refutaciones que surjan, promoverá sin duda alguna el progreso de nuestra ciencia.