TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
y obras selectas

TOMO 8

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

AGUSTÍN GORDILLO

Tratado de Derecho Administrativo
y obras selectas

TOMO 8

Primera edición

Teoría general del derecho administrativo



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2013

Gordillo, Agustín Alberto
Tratado de derecho administrativo y obras selectas : teoría general del derecho administrativo . - 1a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
v. 8, 578 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-9502-51-2

1. Derecho Administrativo. I. Título
CDD 342

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO 8

1ª edición, Madrid, Instituto de Estudio de Administración Local, 1984
2ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I.S.B.N.: 978-950-9502-51-2

Copyright by Fundación de Derecho Administrativo
Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en la Argentina
Los derechos patrimoniales de los autores por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en **[www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar]** autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y parágrafo o nota utilizado. El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica, sea por carta en la dirección arriba indicada, por fax al (5411) 4322-2169, o a los e-mails: **agustin@gordillo.com, gordillo@elsitio.net, gordillo@fibertel.com.ar**

ÍNDICE

Prólogo 25

Sección I: El derecho administrativo

Capítulo I

BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. *Introducción* 39
1. Enunciación general 39

II. *Bases históricas* 40
2. El derecho administrativo en el pasado 40
2.1. En el Estado de policía 40
2.2. En el nacimiento del constitucionalismo 41
2.2.1. La indemandabilidad del soberano 42
2.2.2. La irresponsabilidad del soberano 42
2.2.3. Los actos del príncipe 42
2.2.4. La doble personalidad del Estado 42
2.2.5. La "jurisdicción administrativa" 42
2.2.6. El poder de policía 43
2.2.7. Otras etapas históricas 43
3. El derecho administrativo en el presente 44
3.1. El estado actual de la evolución histórica 44
3.2. Nuevo impulso del derecho administrativo 45
3.3. La intervención reguladora del Estado en la economía 45
3.4. El cambio social y la Administración pública 47
3.4.1. El consenso y la adhesión 48
3.4.2. La motivación o explicación 48
3.4.3. La participación administrativa 48
4. Los órganos de control del proceso 49
5. Otros aspectos del proceso de cambio en el derecho administrativo 51
5.1. Autoridad y libertad en lo económico y político 51
5.2. Lenguaje y realismo 52

5.3. Expresiones y "poderes" seudonormativos 52
5.4. La fuerza normativa de lo fáctico 53
5.5. La búsqueda de lo incondicionado 53
5.6. Coherencia ideológica 53
5.7. Democratización 54

III. *Bases políticas* 54
6. Libertad y autoridad en el derecho administrativo 54
7. Teorías estatistas del derecho administrativo 55
8. Orientación a seguir 56
9. La división de los poderes y el derecho administrativo 56
9.1. Equilibrio teórico de los poderes 57
9.2. Desequilibrio real 58
9.3. Criterio rector a adoptarse 59

IV. *Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional* 60
10. Pueblo y Estado 60
11. Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo 61
12. Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado 61
13. La personalidad del Estado en el sistema de la soberanía conjunta 62
14. La personalidad del Estado en el sistema del Estado de Derecho 63
15. El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad 64
16. Consecuencias de la personalidad única del Estado 64
17. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad 65
18. Los derechos individuales frente al Estado 66
19. Preexistencia de los derechos individuales respecto a la ley 66

V. *Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar* 67
20. Los derechos individuales en el Estado de Derecho 67
20.1. Crisis del liberalismo clásico 68
21. Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos individuales 68
21.1. Crisis del autoritarismo 69
22. Una nueva solución: El Estado de bienestar 70
23. Estado de Derecho y Estado de bienestar 71
24. Garantías individuales y garantías sociales 72
24.1. Acerca de la posible contradicción entre ambas 73
24.2. Complementariedad 74
25. La libertad en el Estado de bienestar 75
26. La libertad del consumidor 76
26.1. Crítica al principio de la libertad del consumidor 76
26.2. Evaluación de las críticas 77
26.3. La libertad de elección depende del sistema de planificación adoptado 78
27. Orden y libertad 79
28. La distinción entre la libertad política y la libertad económica 80
29. El tipo de planificación y la libertad política 81
30. El equilibrio entre libertad y eficacia 81
31. Crisis y cambio 82

Capítulo II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1. La división de los poderes y la libertad 85
2. Soluciones y dificultades existentes..... 86
3. Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica 88
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo, o sustancial) 90
5. Insuficiencia de los criterios "subjetivo" y "objetivo" 90
6. Concepto orgánico-material de función legislativa 91
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional..... 93
8. Alcance jurídico-político del problema..... 95
9. Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración 96
10. Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes 96
11. Resumen de las funciones del Estado 98
12. Otros problemas..... 99
12.1. La "jurisdicción voluntaria" y las leyes concretas 99
12.2. Funciones administrativas de órganos no estatales 99
12.3. Las funciones materiales del Estado.....100

Capítulo III

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Derecho público y privado 103
2. El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas ..104
3. No es solamente derecho interno 105
4. Es un derecho en formación 106
5. No se refiere principalmente a los servicios públicos 108
6. No se refiere exclusivamente a la administración pública 108
7. No sólo estudia las relaciones de la administración pública 109
8. El derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa 110
8.1. Sujetos de la función administrativa.....110
8.2. Formas jurídicas y facultades.....111
8.3. Límites.....111
8.4. Medios materiales 111
9. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa 111
10. El contenido de la protección judicial 112
10.1. Anulación de actos violatorios de los límites de las facultades discrecionales 113
10.2. Protección judicial del interés legítimo 113
10.3. La misión judicial de proteger al individuo contra el Estado.....113
10.4. La misión judicial de hacer respetar la Constitución principalmente contra las extralimitaciones de los Poderes Públicos 113
10.5. La misión de control de la actividad administrativa 113
11. Definición de derecho administrativo 115
11.1. Rama del derecho público.....115
11.2. Que estudia el ejercicio de la función administrativa 115

11.3. Y la protección judicial existente contra ésta 115
12. Relaciones con el derecho civil 116
13. Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública 117
14. La transformación del derecho administrativo 119
15. Relaciones con el derecho constitucional 120
16. Relaciones con el derecho de los recursos naturales 121
16.1. Tierras 121
16.2. Aguas 123
16.3. Minas 124

Capítulo IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. *Introducción* 129
1. Concepto de fuente 129

II. *La Constitución* 130
2. Importancia de la Constitución como fuente del derecho administrativo 130
2.1. El Estado en la Constitución 131
2.2. El Estado de Derecho en la Constitución 132
3. Caracteres de las normas constitucionales 133
3.1. La supremacía de la Constitución 134
3.2. La imperatividad de la Constitución 134
3.3. El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales 135
4. Los principios constitucionales 136
5. El Estado bajo el orden jurídico constitucional 138
5.1. La reforma constitucional se impone al Estado 138
5.2. El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho 140
5.3. La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional 141
5.4. La pirámide jurídica estadual y la Constitución 141

III. *La ley* 142
6. Ley y función legislativa 142
7. Leyes y tratados 143
8. Ámbito de la ley frente a la administración 144
9. La administración frente a la ley inconstitucional 147

IV. *Los reglamentos* 148
10. Concepto 148
11. Clases de reglamentos 149
11.1. Reglamentos de ejecución 150
11.2. Reglamentos delegados o de integración 151
11.3. Reglamentos de necesidad y urgencia 152
11.4. Reglamentos autónomos 152
12. Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo 153
13. Relación entre el reglamento y el acto administrativo 154

V. *Jurisprudencia* 155
14. Concepto y alcances 155

VI. *La costumbre* 157
15. Concepto y admisibilidad en general 157

Sección II: La administración pública

Capítulo V

LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

1. Concepto de órgano 163
2. El órgano y el ente al que pertenece 164
3. El órgano y el funcionario 164
4. La actuación del órgano 165
4.1. Criterio subjetivo 165
4.2. Criterio objetivo 165
5. El criterio jurisprudencial 166
6. La competencia 167
7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función 169
8. Clasificación de la competencia 170
8.1. En razón de la materia 170
8.2. En razón del territorio 171
8.3. En razón del tiempo 171
8.4. En razón del grado 172
9. Delegación 174
10. Admisibilidad y caracteres de la delegación 176
10.1. Revocación de la delegación de competencia 177
10.2. Relaciones del delegante y el delegado 177
10.3. Responsabilidad del delegante y del delegado 177
10.4. Contralor por el delegante 177
11. La avocación 177
11.1. Comparación general con la delegación 178
11.2. Procedencia de la avocación 179
11.3. Conclusiones comparativas 179
12. La jerarquía 180

Capítulo VI

ENTES PÚBLICOS

1. Concepto de centralización, desconcentración y descentralización 185
2. Autonomía y autarquía 185
3. Caracteres de los entes estatales descentralizados 186
4. Entes estatales y entes públicos 189
4.1. Entes públicos no estatales 189
4.2. No hay entes estatales privados 190
5. Criterio para determinar si un ente es público o privado 191
6. Criterio para determinar si un ente es estatal o no 193
7. La prevalencia del derecho público sobre el privado 193

8. Complementos imprescindibles de la descentralización 193
9. Conveniencia y peligro de la descentralización 195
10. Distintos tipos de descentralización 196
10.1. Entidades públicas estatales 196
10.1.1. Administrativas 197
10.1.2. Comerciales o industriales 197
10.2. Entidades públicas no estatales 200
10.2.1. Con participación estatal 200
10.2.2. Sin participación estatal 202
10.3. Entidades privadas 203
10.3.1. Con participación estatal 203
10.3.2. Sin participación estatal 204
11. Gráfico comparativo 206

Sección III: Formas jurídicas y metajurídicas de la actividad administrativa

Capítulo VII

CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

I. *Acto, hecho, reglamento, contrato* 211
1. Conceptos clasificadores 211
2. Función administrativa 212
3. Actividad jurídica y no jurídica 212
4. Actos y hechos de la administración 212
4.1. Actos no jurídicos 215
4.2. Actos jurídicos 216
4.3. Hechos no jurídicos 216
4.4. Hechos jurídicos 217
5. Primera definición. 217
6. Actos y contratos administrativos 217
7. Segunda definición 218
8. Actos unilaterales generales e individuales 218
9. Tercera definición 219

II. *Facultades regladas y discrecionales de la administración* 220
10. Introducción 220
11. Criterio de distinción 221
12. Aspectos que comprende la regulación 222
12.1. Regulación directa 222
12.2. Regulación indirecta o inversa 224
12.3. Regulación residual 225
12.4. Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”) 225
12.5. Conclusiones 227
13. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales 228
14. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional 228
15. Los limites a la actividad discrecional 230

15.1. Razonabilidad 231
15.2. Desviación de poder 232
15.3. Buena Fe 233
16. Comparación entre legitimidad y oportunidad, y actividad reglada y discrecional 233
17. La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad 234
18. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple 236

Capítulo VIII

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. *Introducción* 243
1. Caracteres y nulidades del acto administrativo 243

II. *Presunción de legitimidad* 245
2. La presunción de legitimidad. Crítica 245
3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia 247
4. Fundamentos de la presunción de legitimidad 248
4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances 248
4.2. Fundamento positivo de la presunción de legitimidad 249
4.3. Consecuencias de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular 250
5. Efectos de la presunción de legitimidad 252
5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos 252
5.2. Necesidad de alegar la ilegitimidad 253
5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad? 253
5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo 254
6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo 254

III. *Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad* 255
7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción 255
7.1. Criterio tradicional. Fundamentos 255
7.2. Nuestra distinción 255
7.3. Diferencias de interpretación en cuanto a las potestades coactivas de la administración 256
7.4. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo 256
7.5. Implicancia política del tema 257
7.6. Derecho comparado 258
7.7. Conclusiones 259
8. La ejecutoriedad. Alcances y medios 260
8.1. La coerción directa 260
8.2. La coerción indirecta 261
8.3. La ejecución directa 261
8.4. La ejecutoriedad en la práctica 261

IV. *Impugnabilidad* 262
9. Fundamento de la impugnabilidad 262
9.1. En sede administrativa 262
9.2. En sede judicial 264
9.3. Comparación 264

V. *Estabilidad* 265
10. La estabilidad del acto administrativo 265
11. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa 266
12. Requisitos de la estabilidad 267
13. Acto administrativo 267
13.1. Unilateralidad 267
13.2. Individualidad 268
14. Que de él hayan nacido derechos subjetivos 268
14.1. No hay estabilidad de los intereses 268
14.2. No hay estabilidad de los deberes 269
14.3. Funciona a favor, no en contra, del administrado 269
14.4. Debe "nacer" un derecho 270
14.5. El derecho puede ser civil o administrativo 270
15. Que sea notificado al interesado 271
16. Que sea regular 272
16.1. El acto anulable tiene estabilidad 272
16.2. La revocabilidad del acto nulo 273
16.2.1. Excepciones a la revocabilidad del acto nulo 273
16.2.1.1. "Prestaciones" o "derechos subjetivos" 273
16.2.1.2. Acto "firme y consentido" 274
16.2.2. La suspensión del acto y la estabilidad 275
16.3. La protección contra la revocación del acto estable 275
17. Que se trate de un acto de la administración activa 277
18. Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales 278
19. Excepciones a la estabilidad 279
19.1. Connivencia dolosa 279
19.2. Revocación a favor del interesado 279
19.2.1. La revocación sin perjuicio de terceros en el caso de los contratos 281
19.2.2. La revocación sin perjuicio de terceros y la estabilidad en la función pública 281
19.3. La revocación de los actos precarios 282
19.3.1. El caso de los permisos de construcción 283
19.4. Que haya una ley que autorice la revocación 284
19.4.1. Enunciación general 284
19.4.2. Revocación y propiedad 285
19.4.3. Revocación y estabilidad 287
19.4.4. Revocación y expropiación 289

Capítulo IX

VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. OBJETO Y COMPETENCIA

I. *Elementos y vicios del acto administrativo* 295
1. Elementos del acto administrativo 295
2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación 296
3. Vicios y nulidades 297

II. *Vicios del objeto* 298
4. Objeto prohibido 298

5. Objeto violatorio de facultades regladas 299
6. Imprecisión u oscuridad 300
7. Imposibilidad de hecho 301
8. Irrazonabilidad 302
8.1. La contradicción del acto 302
8.2. La falta de proporcionalidad 303
8.3. La absurdidad del objeto 304
9. Inmoralidad 306
9.1. La ley inmoral 307
9.2. El acto inmoral 308
10. Cuadro comparativo de los vicios del objeto 309

III. *Competencia* 310
11. Competencia en razón del grado 310
11.1. Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano 310
11.2. Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por descentralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma 312
12. Competencia en razón de la materia 312
12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales 312
12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas 313
12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos 313
13. Competencia en razón del territorio 313
14. Competencia en razón del tiempo 314
15. Cuadro comparativo de los vicios de la competencia 315

IV. *Vicios de la voluntad* 315
A) Vicios de tipo objetivo 315
16. Concepto de voluntad 315
17. Enumeración de los vicios de la voluntad 316
18. Vicios en el origen de la voluntad 317
18.1. Funcionario de hecho 317
18.2. Usurpador 318
19. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto 319
19.1. Defensa en juicio 319
19.2. Licitación pública 320
19.3. Concurso u oposición 320
19.4. Dictamen o trámite sustancial 320
19.5. Otros vicios de procedimiento 322
20. Vicios en la emisión de la voluntad 322
20.1. Actos simples dictados por órganos colegiados 323
20.2. Actos que requieren autorización 323
20.3. Actos que requieren aprobación 324
21. Gráfico comparativo de los vicios objetivos 326
B) Vicios de tipo subjetivo 327
22. Desviación de poder 327
22.1. Noción y fundamento conceptual 327
22.2. Fundamento legal y antecedentes 327
22.3. Casos de desviación de poder 328
22.3.1. El funcionario actúa con una finalidad personal 328
22.3.2. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros 328

22.3.3. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración 329
22.4. Aspectos probatorios 329
23. Arbitrariedad 329
24. Distintos casos de arbitrariedad 331
24.1. Actos que omiten decidir 332
24.2. Decisiones que prescinden de los hechos 333
24.3. Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria o cometen un total e inexcusable error de derecho 334
24.4. Actos ilógicamente motivados 336
24.4.1. "Falacias no formales" 336
24.4.2. "Falacias formales" 338
24.5. Otras hipótesis 340
25. Diferencia entre "arbitrariedad" y el vicio tradicional de "violación de la ley" 340
26. Error 341
26.1. El error como causal de nulidad 341
26.2. Errores de menor gravedad 342
26.3. Acerca del llamado "error de derecho" 342
27. Dolo, violencia, simulación 343
27.1. Dolo 343
27.1.1. Dolo del administrado 343
27.1.2. Dolo del funcionario 343
27.1.3. Dolo del administrado y del funcionario 344
27.2. Violencia o intimidación 344
27.2.1. Violencia sobre el administrado 344
27.2.2. Violencia sobre el funcionario 344
27.2.3. Observaciones comunes 344
27.3. Simulación 345
27.3.1. Ejemplos 345
27.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios 346
27.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos 346
28. Gráfico comparativo de los vicios subjetivos de la voluntad 347

V. *Vicios de forma* 348
A) Formas de instrumentación y publicidad 348
29. Concepto 348
30. La forma escrita 349
31. La fecha 349
32. El número 350
33. El órgano y entidad de que emana el acto 350
34. La motivación 351
34.1. Concepto 351
34.2. Fundamentos 352
34.3. Consecuencias de su omisión 352
34.4. Requisitos de una motivación suficiente 352
34.5. La motivación previa, concomitante y ulterior 353
35. Parte dispositiva o resolutiva 354
36. La firma del acto 355
37. Otras formas de instrumentación 356
37.1. Forma oral 356

37.2. Signos 357
37.3. Actos tácitos 358
37.4. El silencio 358
38. Formas de publicidad 359
39. Especies de formas de publicidad: Publicación y notificación 360
40. Gráfico comparativo de los vicios de forma 362
B) Otros criterios relativos a la forma. Crítica 363
41. La forma y la expresión de la voluntad 363
42. Crítica de la distinción entre formas "ad substantiam" y "ad probationem" ... 364
43. Crítica de la distinción entre formas "esenciales" y "no esenciales" 365
43.1. El criterio doctrinario y legal 365
43.2. Casos de validez a pesar de violación de formas esenciales 367
43.3. Casos de nulidad por violación de formas no esenciales 367
44. Crítica de la distinción entre forma y formalidad 368
45. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo 369

Capítulo X

EL PODER DE POLICIA

1. Poder o función 373
2. Atribución o servicio público 373
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal 374
4. Caracteres clásicos generales 376
5. Su crisis en el Estado actual 376
5.1. La tranquilidad pública 376
5.2. La confianza pública 377
5.3. La economía pública 377
5.4. La estética pública 377
5.5. El decoro público 377
5.6. La seguridad social 377
6. La promoción del bienestar social y el poder de policía 378
7. La crisis de la "noción" de poder de policía 380
8. Otros caracteres antiguos de la policía 381
9. Crisis 381
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica 382
11. La distinción entre policía y poder de policía. Crítica 384
12. El régimen jurídico de la policía. Crítica 385
13. Crisis del fundamento político en la noción de poder de policía 387
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción 388
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica 388
15.1. Facultades de la administración 388
15.2. Facultades del Congreso 392

Capítulo XI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. Origen de la noción 399
2. Nociones tradicionales 399
3. El servicio público como organización 400
4. La finalidad del servicio público 400
5. Caracteres del servicio público 401
6. El régimen jurídico del servicio público 401
7. Elementos de la noción tradicional 402
8. La crisis del concepto de servicio público 403
9. La persona que presta el servicio 403
10. El objeto o finalidad del servicio 404
11. El régimen de derecho público 405
12. Reestructuración del régimen jurídico de los servicios públicos 407
12.1. Carácter autoritario del régimen jurídico tradicional 407
12.2. Interés público e interés individual 407
12.3. El interés público no es el interés de la administración pública 409
12.4. El interés público no es sólo la conveniencia material 409
12.5. El interés público en una sociedad socialista 410
13. El régimen jurídico actual no protege el interés público 411

Capítulo XII

LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

I. *Planteo general del problema* 415
1. Los diferentes conceptos de "gobierno" 415
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno 416
3. Gobierno y actos de gobierno 416
4. Carácter metajurídico de la teoría 417
5. Problemas a considerar 418

II. *Origen y evolución de la teoría* 419
6. Origen 419
7. La teoría del móvil político 420
8. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración 420
9. Insuficiencia de la distinción 421
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia 422

III. *El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)* ... 423
11. En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio 423
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos 425
12.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan . 426
12.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él 428
12.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente 430
12.4. El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada

de los hechos 431
12.5. Continuación. La revisión de las facultades discrecionales 433
12.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea "soberano en su esfera" 434
13. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad 435
14. Estructura infraconstitucional del Estado 436
15. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto 436

IV. *El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial* 438
16. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos 438
17. Qué es "revisión judicial" 438
18. Diferencia entre "revisión judicial," y "anulación judicial" del acto 440
19. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles judicialmente 441
20. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo 441
21. Aplicación de esos límites por el juez 442

V. *El acto de gobierno ante la política* 442
22. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política 442
23. El principio de la irrevisibilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público 443

VI. *Conclusión* 444
24. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos 444

Sección IV: La protección del individuo frente a la administración

Capítulo XIII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. *Concepto de procedimiento administrativo* 453
1. El proceso: Concepto amplio 453
2. Concepto restringido 454
3. Alcances del problema 454
4. Peligro de la noción amplia 455
5. Derecho procesal administrativo 455
6. El procedimiento administrativo y la función administrativa 456
6.1. Los órganos administrativos 456
6.2. Los órganos judiciales 456
6.3. Los órganos legislativos 457
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos 457
8. Definición de procedimiento administrativo 458

II. *Principios fundamentales del procedimiento administrativo* 458
9. Enumeración de los principios 458
10. Principio de la legalidad objetiva 459

10.1. Alcances del principio 459
10.2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa 460
11. Principio de la oficialidad 462
11.1. Principio de la impulsión de oficio 462
11.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio 462
11.3. Comparación con el proceso civil 463
11.4. Otras consecuencias del principio 464
11.5. Principio de la instrucción 464
11.6. Principio de la verdad material 465
12. Principio del informalismo en favor del administrado 465
12.1. El informalismo como arbitrariedad 465
12.2. El informalismo en favor del administrado. Origen 466
12.3. Su formulación en el derecho argentino 467
12.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos 468
12.5. Otras aplicaciones del principio 468
12.6. Conclusión 469
13. Principio del debido proceso (garantía de la defensa) 470
13.1. Su aplicación al procedimiento administrativo 470
13.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa 472
13.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política 475
13.4. Elementos de la garantía de la defensa 475
13.4.1. Derecho a ser oído 476
13.4.1.1. Publicidad del procedimiento 476
13.4.1.2. Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo 477
13.4.1.3. Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas 477
13.4.1.4. Obligación de decidir expresamente las peticiones 477
13.4.1.5. Obligación de fundar las decisiones 477
13.4.1.6. Derecho a hacerse patrocinar por letrado 477
13.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo 477
13.4.2.1. Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida 477
13.4.2.2. Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión 477
13.4.2.3. Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración 477
13.5. Campo de aplicación del principio de la defensa 478
13.6. Nuevos desarrollos del principio 479
14. Principio de contradicción 479
14.1. Contenido y alcance del principio de contradicción 479
15. Otros principios 482
15.1. Carácter escrito del procedimiento 482
15.2. La oralidad como complemento 482
15.3. Mediación o inmediación 483
15.4. Ausencia de costas 484
15.4.1. Improcedencia de la condena en costas 484
15.4.2. Supresión del sellado de actuación 485
15.4.3. Caso en que hay dos particulares en contradicción 485

15.5. Celeridad, economía, sencillez y eficacia 486

Capítulo XIV

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

I. *Concepto* 489
1. Concepto amplio 489
1.1. Recursos jurisdiccionales y administrativos 489
1.2. Diferencias 490
1.2.1. Autoridad que los decide 490
1.2.2. Función que ejerce el que los decide 490
1.2.3. Carácter en que actúa quien decide 490
1.2.4. Extensión del control ejercido 491
1.2.5. Derechos protegidos 491
1.2.6. Facultades procedimentales del órgano decidente 491
1.2.7. Naturaleza del acto que decide el recurso 491
1.2.8. Estabilidad de la decisión 491
1.2.9. Recurribilidad de la decisión 491
1.2.10. Unidad de acción, pluralidad de recursos 492
1.2.11. Onerosidad o gratuidad 492
1.2.12. Intervención profesional requerida 492
1.2.13. Dirección del proceso y del procedimiento 493
1.2.14. Otras diferencias de procedimiento 493
2. Recurso, reclamación y denuncia 494
2.1. En la doctrina 494
2.2. En la práctica argentina 495
3. El recurso como acto y como derecho 496
3.1. El recurso es un derecho 496
3.2. El recurso es un acto 496
3.3. El recurso es un medio de defensa 497
3.4. Conclusiones 498

II. *Requisitos formales* 499
4. Los requisitos formales 499
5. Su exigibilidad en la práctica 499
6. Requisitos mínimos exigibles 500
7. El recurso debe ser escrito 500
7.1. Papel 501
7.2. Escritura 502
7.3. Firma 503
8. Presentación por telegrama 504
9. El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente 505

III. *Requisitos sustanciales* 506
10. La clara manifestación de voluntad 506
11. Fundamentación del recurso 507

IV. *Omisión de requisitos formales o sustanciales* 507
12. Criterio a seguir 507
13. La complementación de un recurso con otro 509

V. *Efectos de la interposición del recurso* 509
14. Interrumpe el término 509
15. No interrumpe la prescripción de la acción 509
16. Suspende la prescripción de la acción 510
16.1 Suspensión por un año, una sola vez 510
16.2. Remisión. Caducidad de la instancia 510
17. No implica trabar la litis en forma inmutable 511
18. No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado 512
19. Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso 512
19.1. Recursos improcedentes 512
19.2. Recursos en subsidio 512
20. ¿Hacia el principio de la unidad del recurso administrativo? Ejercicio crítico . 513

Capítulo XV

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Dificultades del tema 517
2. Confusión entre "lo contencioso-administrativo" y el derecho procesal administrativo 518
3. El "contencioso-administrativo" clásico y el derecho procesal administrativo actual 520
4. La cuestión en las provincias 521
5. En el ámbito nacional 522
6. Estado actual del problema 523
7. Diferencias entre "plena jurisdicción" y "anulación" 524
7.1. Derechos protegidos 524
7.2. Naturaleza del procedimiento 524
7.3. Facultades del juez en la sentencia 525
8. "Plena jurisdicción" y "anulación" en el orden nacional 525
9. Confusión entre el sistema norteamericano y el francés 527
10. Confusión entre "acción" y "recurso de apelación" 529
11. El proceso administrativo en la práctica 532
11.1. Tiempo, costo, eficacia 532
11.2. Perspectivas 533

Capítulo XVI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I. *Introducción* 537
1. Significación de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios 537
2. La responsabilidad civil en general 537
3. La responsabilidad del Estado 539
4. Tipos de responsabilidad del Estado 539

II. *Responsabilidad por acto judicial* 540
5. La regla de irresponsabilidad por acto judicial 540

III. *Responsabilidad por acto legislativo* 541

6. La regla de la irresponsabilidad por actos legislativos 541
7. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo..... 542
7.1. Perjuicio especial 542
7.2. Enriquecimiento sin causa..... 542
7.3. Sustitución del derecho por una indemnización 543
7.4. Posible desarrollo de las excepciones..... 543
8. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional 544

IV. *Responsabilidad por hechos y actos administrativos*..... 545
9. La responsabilidad por hechos y actos administrativos..... 545
10. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado. 546
10.1. Distinción por "funcionarios" o "empleados" 546
10.2. Distinción por "actos y hechos"..... 547
10.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima 548
11. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado..... 549
12. Comparación entre nuestro concepto de responsabilidad directa y el jurisprudencial de responsabilidad indirecta 550
13. Coordinación entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario.....552

Capítulo XVII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Introducción 557
2. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario 558
2.1. Los particulares 558
2.2. Los demás funcionarios públicos..... 558
2.3. El Estado 560
3. Quiénes son responsables.....561
4. Problemas que presenta el artículo 1.112..... 562
5. La omisión como causal de responsabilidad..... 563
6. El daño como elemento de la responsabilidad..... 565
6.1. El problema de las relaciones entre particulares 565
6.2. El problema en los actos de los funcionarios públicos..... 566
6.3. El daño económicamente apreciable..... 567
7. La culpa como elementos de la responsabilidad..... 568
7.1. La necesidad de que haya culpa..... 568
7.2. El caso de error..... 569
8. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales 570
9. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado.....570
9.1. Qué son las "obligaciones legales".....570
9.2. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado.....571
10. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado.....573
10.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado.....573
10.2. Es una obligación conjunta 574
10.3. Esta obligación conjunta no es solidaria 575

10.4. Es en principio simplemente mancomunada.....576
10.5. Por excepción, en caso de insolvencia del funcionario, debe responder el Estado por el todo: Fundamento.....576
10.6. Funcionamiento de esta responsabilidad conjunta.....577
10.7. Conclusiones.....578

PRÓLOGO

1. *La democratización de la administración, la constitucionalización del derecho administrativo*

Presentar una "Teoría General" supone buscar un "sistema" si él existe, o sentar las bases para crearlo si es que no existe; en el segundo caso, supone también, necesaria y simultáneamente, denunciar las asistematicidades en el orden jurídico y su funcionamiento real.

Pues bien, el gran problema del derecho administrativo en Iberoamérica es que en todos los países hemos tenido, en uno u otro momento del presente siglo, largos períodos de oscurantismo autoritario, con supresión o debilitamiento de los mecanismos básicos de representación, participación, libertad, opinión pública, control, responsabilidad, etc.

Pero, emergiendo o habiendo emergido algunos de nuestros países de las autocracias, y restituidos en muchos de ellos los mecanismos democráticos, han pervivido en el sistema jurídico una enorme cantidad de trazos derivados de los períodos autoritarios. En otras palabras, *el funcionamiento normal de la democracia política, cuando ocurre, no ha garantizado automáticamente, ni podía quizás haberlo hecho, una paralela y consecuente democratización de la administración. Ha subsistido una administración autoritaria dentro de un contexto político democrático.*

Más aún, completado el paso en muchos países de un estado preconstitucional (sea por no tener Constitución vigente, o no tenerla con contenido democrático) al estado constitucional, la constitucionalización no ha llegado tampoco en forma completa e integral al derecho administrativo. Tenemos así un estado de cosas en el cual *el derecho administrativo es a veces preconstitucional, con supervivencia legal, jurisprudencial y doctrinaria de muchos rasgos autoritarios* según los países y las épocas, y la administración sigue siendo autoritaria en múltiples formas de comportamiento, sin que el derecho administrativo haya sido apto para dar

una respuesta eficaz al problema, y a veces ni siquiera para dar una respuesta al menos *teóricamente correcta* en una sociedad definida como democrática.

En suma, creemos que en la mayor parte de Iberoamérica son tantas las posibilidades de exceso administrativo, tan pocos los controles y limitaciones efectivamente operantes, y todo ello aun cuando funcionan los órganos constitucionales de control específico, que no está en modo alguno logrado un equilibrio aceptable entre libertad y autoridad: El derecho administrativo vigente está sesgado inequívocamente a favor de la autoridad y en desmedro de la libertad.

Es así básicamente un derecho de la administración, de la autoridad, del poder: Pensando las más de las veces por y para ella, y raramente por y para el administrado o individuo. Más aún, quienes intentan restablecer el equilibrio entre autoridad y libertad son a veces criticados por hacer supuestamente "un derecho administrativo del administrado" y no de la administración, como si esto fuera —en la realidad del desfasaje existente— en sí mismo equivocado, cuando es el sesgo contrario el claramente disvalioso frente a la realidad descrita.

2. *Experiencias y conflictos. Su influencia asistemática*

Las experiencias concretas contribuyen al aumento del desequilibrio citado y no a su corrección. Es difícil o imposible pedirle al magistrado, funcionario público o abogado particular que tiene que resolver aquí y ahora un problema de derecho positivo, que tenga presente el marco conceptual y sistemático en el cual su solución habrá de insertarse o al contrario podrá transgredir. Cada uno resuelve el problema concreto sin necesariamente visualizar al propio tiempo toda una suerte de filosofía general de la disciplina. Pues bien, ¿cómo se presentan los datos de la realidad que recoge el derecho viviente en su aplicación material, cuáles son los conflictos reales más frecuentes entre administración y administrado y cómo se resuelven?

2.1. *Los funcionarios públicos*

En una primera situación, que cuantitativamente es importante y cualitativamente determinante, se trata de la perspectiva que de los conflictos tienen quienes ejercen concretamente el poder público, los funcionarios y autoridades públicas. Obviamente, es casi imposible que no tengan un sesgo proclive al poder que precisamente están ejerciendo en ese momento.

2.2. *Las grandes empresas*

Una segunda percepción, poco significativa desde el punto de vista de su utilidad sistemática, se da en los conflictos que puedan tener con la administración las grandes o medianas empresas y los grupos económicos relativamente fuertes. En estos supuestos, el "administrado" suele hacer una muy buena y eficaz utili-

zación de los recursos y remedios que le brinda el orden jurídico; está atento a la defensa de sus derechos, y hace además uso de todos los mecanismos informales de influencia y relación con la administración pública. En estos supuestos el conflicto autoridad-empresa se resuelve sea con cierto equilibrio, sea a favor de la segunda parte de la ecuación y no de la primera.

2.3. *El público en general: Usuarios, consumidores, etc.*

El tercer grupo de situaciones es a la vez el más numeroso y el peor resuelto, y aquel que determina la mayor cantidad de defectos del sistema: es el de la enorme masa de ciudadanos, profesionales, empleados, obreros, amas de casa, jubilados y pensionados, pequeños empresarios, desempleados, estudiantes, etc., que carecen de la eficiente defensa de sus derechos del anterior grupo y sin embargo tienen "per capita" la mayor cantidad de relaciones potencialmente conflictivas con la administración. Son los simples usuarios de los servicios públicos de transporte colectivo, teléfonos, gas, electricidad, correos, educación, televisión, salud, previsión social, etc.; son los consumidores, clientes forzosos de las empresas públicas del Estado que producen y venden determinados productos; son los que deben acudir a las múltiples mesas de entradas para hacer colas y ser atendidos por los funcionarios de más bajo rango de que dispone la administración, para llenar formularios que no siempre comprenden, para traer papeles y cumplir recaudos que les exceden en relación al tiempo que sensatamente pueden dedicarle a cada uno de tales problemas de su vida cotidiana.

Comparando los tres grupos de experiencias concretas, y analizando la forma en que habitualmente se las vive y se las percibe, podemos señalar sin temor a equivocarnos que en el primer grupo, el de los funcionarios, las vivencias que suelen generar tales actividades son potencialmente de alto contenido espiritual: se trata de colaborar a la realización del bien público colectivo, al desarrollo y cambio social o económico, la redistribución de la riqueza, o lo que para cada uno sea el bien concreto de la colectividad visto desde su punto de vista, el del ejercicio activo y concreto del poder público. En tal perspectiva, el administrado puede ser percibido global y genéricamente como objetivo final, feliz destinatario y pasivo recipiendario de las bondades que se realizarán desde el poder; o como el "mezquino interés individual" que en el caso hay que lamentablemente violar para poder realizar el "interés público" y el bien colectivo. En ambos supuestos, la perspectiva sigue siendo la preocupación del poder, no la del administrado de carne y hueso que hace individualmente la cola o utiliza anónimamente el servicio.

En la segunda clase de vivencias, las empresas fuertes, si bien se percibe con claridad cuál es el tipo de disfuncionalidad de que padece el derecho administrativo, se cuenta con más y mejores recursos para luchar contra ellas. Por de pronto, realmente se emplean con alguna frecuencia los medios de defensa que el orden jurídico pone a disposición de los administrados: se recurre y reclama

ante la administración, se acciona ante la justicia por la nulidad de los actos administrativos, se demanda la responsabilidad pecuniaria de la administración y sus agentes, etc. Por sobre todo, se ejerce también la influencia sobre el poder, el trato directo, la negociación, etc., que contribuye buena parte de las veces decisivamente, con más el empleo de los remedios jurídicos, a dar una solución más o menos razonable al problema. En este segundo grupo de experiencias, si bien se conoce perfectamente el desequilibrio del sistema, los particulares están en mejor condiciones, en los casos concretos, de enfrentar con algún éxito su disfuncionalidad.

El tercer grupo (usuarios, consumidores, público en general, etc.) es abrumadoramente el más numeroso, en cuanto a situaciones concretas que se presentan, y el más escaso en cuanto a personas que lo encaran desde el plano dogmático del derecho administrativo. Es el individuo aislado, el cliente forzoso de los servicios administrativos, el sujeto pasivo del poder estatal, el que a veces no sabe llenar siquiera un formulario, el usuario de todos los servicios públicos que por la escasa importancia económica del problema encuentra que no hay quien pueda ocuparse de ayudarle a encarar y resolver el conflicto jurídicamente; a veces él mismo da por perdida la batalla sin siquiera haber consultado a ningún abogado. Son los millones de ciudadanos que tienen contactos y problemas diarios con los millares de funcionarios y autoridades, sin tener posibilidad efectiva de lograr un razonable equilibrio entre su libertad y la autoridad, y sin lograr tampoco que se despierte en todos los demás actores del conflicto (funcionarios, magistrados, letrados) una constante y permanente preocupación por resolver su situación individual y concreta dentro del conjunto del sistema jurídico. Es también, por fin, el medio ambiente y los recursos naturales depredados sin que se reconozca fácil legitimación a los que quieren luchar por su preservación y mejoramiento.

3. *Otras influencias asistemáticas*

3.1. *La influencia asistemática de la justicia*

En lo que precede hemos hablado de vivencias de conflictos, y cómo ellas influyen en un determinado modo de ser asistemático del derecho administrativo. Sin embargo, cabe agregar que hay también otras vertientes asistemáticas que vienen a introducirse más clínicamente, sin emotividad alguna perceptible, casi diríamos fríamente.

La primera ha sido destacada para el caso del Consejo de Estado francés por el magistral Rivero, y consiste en dictar sentencias que, si son buenas, sirven para la historia, para la formación del pensamiento jurídico científico, para la cátedra y para la ciencia, pero no para la resolución eficaz de los problemas que se le someten. Porque, claro está, redactar sentencias que sirven a los libros, pero no a los sentenciados, no es precisamente una forma de contribuir a la formación

de un derecho administrativo viviente justo y eficaz. Lo mismo les pasa, desde luego, a la inmensa mayoría de los tribunales administrativos o judiciales en el resto del mundo.

Que los tribunales hagan a veces sentencias de cátedra, pero en numerosos casos omitan resolver la causa por razones formales, o dicten sentencia tan tardíamente que la cuestión ha perdido ya todo interés y toda utilidad práctica para el justiciable, ésa es una de las formas más usuales de confundir el rol de la justicia con el rol de la cátedra. Esto, sin entrar en este prólogo al detalle de todo el disfuncionamiento de la justicia en su rol de control de la administración y tutela de los derechos de los administrados.

Y ello sin entrar tampoco a detallar que muchas veces parecen carecer del impulso vital de hacer progresar el control y la democratización de la administración con ideas renovadoras, con cambios y progresos hacia el futuro, y se contentan con repetir las viejas fórmulas del pasado. En una palabra, en llevar la prudencia a un defecto, al quietismo y al inmovilismo conceptual.

3.2. *La influencia asistemática del legislador*

La segunda colaboración asistemática proviene de los parlamentos. A veces dictan leyes que vienen a suplir el quietismo jurisdiccional; un ejemplo de ello son las leyes que se han ido dictando recientemente en el mundo sobre acceso de la sociedad a los documentos y archivos estatales. En verdad una jurisprudencia que aplicara directamente obvios preceptos y principios constitucionales de publicidad, defensa en juicio, debido proceso, democracia, etc., hubiera debido ser más que suficiente para destruir la supervivencia medieval del secreto de Estado cuando no hay razón alguna concreta que pueda justificarlo en los casos ocurrentes; pero en todo caso, a veces, los parlamentos y las cortes hacen avanzar el derecho administrativo.

Otras veces, los parlamentos se contentan con dedicarse a tantos otros problemas, que olvidan el de corregir las deficiencias jurídicas estructurales del sistema de control de la administración, en cuanto a los individuos aislados que a diario se vinculan con ella. En ocasiones, dejan impertérritos que subsistan normas dictadas por gobiernos autoritarios, librando a la justicia el lento rol de ir poco a poco declarándolas inconstitucionales o adecuándolas a los tiempos. Claro está, la justicia siente a veces que se le quiere encomendar más esfuerzo que el que le corresponde, y que al fin de cuentas el parlamento debería contribuir más a la democratización del derecho, si de ello se trata. El inmovilismo y el tradicionalismo se realimentan así recíprocamente:

3.3. *La influencia asistemática de la doctrina*

Dejamos para el final, obviamente, a los que se aproximan al derecho administrativo no por vocación política ni como actores necesarios del proceso administrativo o jurisdiccional, sino por vocación de análisis objetivo o científico: los autores y profesores de derecho administrativo.

En el lento progreso iberoamericano hacia la democratización de la administración y constitucionalización del derecho administrativo, pareciera que la mayor responsabilidad por contribuir a dicho progreso debiera objetivamente corresponderle a este sector de la sociedad. Claro está, su primera eximente es que no tiene ningún rol activo en la resolución de conflictos: el profesor no puede dictar actos administrativos arbitrarios (salvo las notas, quizá), no resuelve pleitos o litigios entre administración y administrados (salvo la doctrina que aporta con sus libros y artículos), no hace leyes (salvo cuando aconseja o contribuye a su preparación); pareciera "prima facie" el menos responsable del estado de cosas que en este libro vamos a analizar.

Pero si los académicos y doctrinarios no asumen sobre sí la carga de la renovación y crítica constante de las ideas, ¿quién lo habrá de hacer por ellos? O dicho de otra manera, ¿quién tiene en la sociedad más deber moral de producir ideas nuevas que mejoren el sistema jurídico? Si no son los escritores y profesores, si éstos se limitan a explicar el orden constituido, a repetir lo que las leyes y sentencias ya han resuelto antes que ellos, y omiten criticar los vacíos y los errores de ambos, entonces se produce un reciclaje constante de las mismas viejas ideas: se enseña al alumno de hoy, magistrado o legislador de mañana, las ideas y principios aprendidos del pasado ya insuficientes en la sociedad de hoy.

El cambio se produce de vez en cuando, sí, y se expone fielmente; pero, ¿cuántas veces la doctrina se adelanta al cambio, se apresura a señalar la disfuncionalidad concreta del sistema de defensa de los derechos humanos, se compromete a enseñar a pensar en una perspectiva democrática y humanista, antes que contentarse con describir un mecanismo y a veces perderse en especiosos análisis de algún detalle técnico interpretativo que con razón comienza por no interesar siquiera a los propios discípulos?

No es malo, sino tardío, sólo felicitar desde la cátedra los adelantos operados en la administración, la legislación o la justicia; lo que resulta más necesario, sin embargo, es proporcionar desde la cátedra las ideas nuevas que puedan servir al cambio y al progreso jurídico y social.

Nadie va a cambiar por sí solo nada, ciertamente. Todo cambio es fruto de una larga y compleja labor colectiva. Pero la parte que en ello le corresponde a la doctrina es así la de adelantarse a indicar el sendero y advertir sus peligros, no la de venir historiando lo que ha pasado antes, el camino recorrido, las verdades ya oficializadas por el uso colectivo.

Algo de esto es lo que hemos querido siempre hacer en nuestra producción científica; esto es lo que queremos resumir y proponer como idea fuerza en la presente Teoría General.

4. *El problema sistemático en una crisis estructural*

Obsérvese, por fin, que no hablamos aquí de la eventual solución de fondo, obviamente inalcanzable en un mundo en crisis en el cual el desempleo o paro se torna a veces estructural, el servicio de la deuda externa de muchos países iberoamericanos absorbe todo crecimiento posible en términos reales, y en general sólo resta una administración de la crisis, la pobreza y la austeridad, en lugar de una administración distributiva, del desarrollo, del crecimiento, de la prosperidad. Pero es que aun sin hallar en lo inmediato solución económica o social de fondo a tales problemas, puede al menos corregirse el desfasaje de legitimación democrática que significa no darles tampoco medios efectivos, sencillos, accesibles, de lograr un equilibrio entre autoridad y libertad, entre administración y administrado.

Para todos esos millones de personas no habrá posiblemente solución mágica que elimine las desigualdades económicas y sociales, a menos que se revierta la crisis y se produzca un acelerado desarrollo socioeconómico, lo cual no parece muy probable en el corto y mediano plazo. La gran pregunta que debemos formulamos quienes nos preocupamos de los problemas de la administración y del derecho administrativo es si tampoco habremos de brindarles al menos una perspectiva jurídica e institucional que les proporcione la dosis de acceso al poder a que en una democracia de objetivos igualitarios deberían tener derecho.

Ya que no es posible brindarles a todos los ciudadanos pleno empleo, total seguridad social y económica, salud, vivienda, etc., intentemos al menos proporcionarles protección contra la arbitrariedad, un trato razonable y democrático de las administraciones públicas, participación en la administración, la sensación y la realidad de ser parte activa e igualitaria de la sociedad, al menos en cuanto hace al funcionamiento de la administración.

Esa es la lección, ése es el mensaje, que esta Teoría General del Derecho Administrativo quisiera transmitir a sus amables lectores.

Agustín Gordillo

Sección I

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Capítulo I: *Bases del derecho administrativo*

Capítulo II: *Las funciones del Estado*

Capítulo III: *El derecho administrativo*

Capítulo IV: *Fuentes del derecho administrativo*

Capítulo I

BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sumario

I. *Introducción* 39
1. Enunciación general 39

II. *Bases históricas* 40
2. El derecho administrativo en el pasado 40
2.1. En el Estado de policía 40
2.2. En el nacimiento del constitucionalismo 41
2.2.1. La indemandabilidad del soberano 42
2.2.2. La irresponsabilidad del soberano 42
2.2.3. Los actos del príncipe 42
2.2.4. La doble personalidad del Estado 42
2.2.5. La "jurisdicción administrativa" 42
2.2.6. El poder de policía 43
2.2.7. Otras etapas históricas 43
3. El derecho administrativo en el presente 44
3.1. El estado actual de la evolución histórica 44
3.2. Nuevo impulso del derecho administrativo 45
3.3. La intervención reguladora del Estado en la economía 45
3.4. El cambio social y la Administración pública 47
3.4.1. El consenso y la adhesión 48
3.4.2. La motivación o explicación 48
3.4.3. La participación administrativa 48
4. Los órganos de control del proceso 49
5. Otros aspectos del proceso de cambio en el derecho administrativo 51
5.1. Autoridad y libertad en lo económico y político 51
5.2. Lenguaje y realismo 52

5.3. Expresiones y "poderes" seudonormativos 52
5.4. La fuerza normativa de lo fáctico 53
5.5. La búsqueda de lo incondicionado 53
5.6. Coherencia ideológica 53
5.7. Democratización 54

III. *Bases políticas* 54
6. Libertad y autoridad en el derecho administrativo 54
7. Teorías estatistas del derecho administrativo 55
8. Orientación a seguir 56
9. La división de los poderes y el derecho administrativo 56
9.1. Equilibrio teórico de los poderes 57
9.2. Desequilibrio real 58
9.3. Criterio rector a adoptarse 59

IV. *Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional* 60
10. Pueblo y Estado 60
11. Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo 61
12. Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado 61
13. La personalidad del Estado en el sistema de la soberanía conjunta 62
14. La personalidad del Estado en el sistema del Estado de Derecho 63
15. El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad 64
16. Consecuencias de la personalidad única del Estado 64
17. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad 65
18. Los derechos individuales frente al Estado 66
19. Preexistencia de los derechos individuales respecto a la ley 66

V. *Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar* 67
20. Los derechos individuales en el Estado de Derecho 67
20.1. Crisis del liberalismo clásico 68
21. Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos individuales 68
21.1. Crisis del autoritarismo 69
22. Una nueva solución: El Estado de bienestar 70
23. Estado de Derecho y Estado de bienestar 71
24. Garantías individuales y garantías sociales 72
24.1. Acerca de la posible contradicción entre ambas 73
24.2. Complementariedad 74
25. La libertad en el Estado de bienestar 75
26. La libertad del consumidor 76
26.1. Crítica al principio de la libertad del consumidor 76

26.2. Evaluación de las críticas 77
26.3. La libertad de elección depende del sistema de planificación adoptado 78
27. Orden y libertad 79
28. La distinción entre la libertad política y la libertad económica 80
29. El tipo de planificación y la libertad política 81
30. El equilibrio entre libertad y eficacia 81
31. Crisis y cambio 82

Capítulo I

BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

1. *Enunciación general*

Si en todas las ciencias es importante conocer las bases sobre las que descansan, y la metodología que emplean, para lograr una comprensión más acabada de la disciplina, ello es particularmente necesario en el caso del derecho administrativo, por su complejidad y la falta de cohesión y de sistematización que se advierte en él.

Las "bases" que aquí pretendemos sentar constituyen, además de una explicación del sistema y la metodología a emplear, un intento de señalar los grandes rasgos de una teoría general del derecho administrativo, ubicando su posición y su significado en el mundo moderno. Nos parece en especial importante, en este aspecto, unir dos fuerzas que suelen ir separadas, como si estuvieran dotadas de tensiones antitéticas: La adecuada protección de la libertad individual, y el desarrollo coherente de la actividad económica y social del Estado actual. En realidad, pareciera que siempre se ha dado preferencia a la una o al otro, en desmedro del restante, y quienes se preocupan por uno de tales aspectos muy a menudo han olvidado o incluso negado expresamente al siguiente. Debe igualmente darse la máxima importancia a las bases constitucionales del derecho administrativo, que en nuestro sistema tienen una trascendencia decisiva sobre aquél.

En esencia, las bases de nuestra metodología, que constituyen para nosotros las grandes líneas directrices de la teoría general del derecho administrativo, son las siguientes: 1) *Bases históricas:* La ubicación del derecho administrativo en el pasado, en el presente y en el futuro, para comprender cuál es el momento y la realidad histórica en que le toca vivir, y para saber así dónde está y adónde debe ir; ello es muy importante si se tiene en cuenta que el derecho administrativo, que regula la vida administrativa del Estado, debe ir evolucionando en la misma medida que éste se transforme, so pena de quedarse irremisiblemente en el pa-

sado; 2) *bases políticas*: Los criterios políticos que deben ser rectores del derecho administrativo, en lo que hace a la salvaguardia de la libertad individual, y al funcionamiento de los poderes del Estado, para tenerlos siempre presentes como guía fundamental; 3) *bases constitucionales*: Los límites superiores dentro de los cuales el Estado debe mantenerse, y que lo configuran como Estado de Derecho; 4) *bases sociales:* El significado del Estado de Derecho como salvaguarda de los derechos individuales, debe enriquecerse complementándolo con el contenido del "Estado de Bienestar" en cuanto a la ampliación de la esfera de acción de los individuos, la liberación de la desigualdad, etc.

II. Bases históricas

2. *El derecho administrativo en el pasado*

2.1. *En el Estado de policía*

El derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado.[1] Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados.

Históricamente esta época coincide en su mayor parte con la de las monarquías absolutas,[2] dando origen de tal modo a una serie de principios jurídicos idénticos: *Quod regis placuit legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire*. Tal vez, como señala MERKL, podría decirse que en esta época el derecho administrativo se agota en un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado para administrar;[3] no se reconoce ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano;[4] el individuo es contemplado como un objeto del poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él.

[1] Por ejemplo, señala BODENHEIMER cómo pueden encontrarse normas propias del derecho administrativo ya en el mismo derecho romano: BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del Derecho*, México, 1964, p. 260 y ss.

[2] Esto no es una regla, pues también puede hablarse de sistemas similares en cuanto a la negación de los derechos individuales bajo regímenes políticos diversos. Ver MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 95; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 118.

[3] MERKL, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

[4] Esto, desde luego, como principio, pues siempre se encuentran en la historia países o épocas en que algún limitado grupo de derechos ha tenido algún débil reconocimiento por el soberano. Con todo, la regla puede claramente establecerse en el sentido de que "no existen reglamentos que sean obligatorios para la autoridad frente al súbdito," como dice MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 50; en igual sentido ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1968, 3ª ed., p. 32.

Esta concepción del Estado y de sus relaciones con los administrados ha sido denominada, particularmente con relación a sus últimas manifestaciones, *Estado de policía*.[5] En el Estado de policía, en consecuencia, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podía perseguir y en cuanto a los medios que podía emplear, mal podía desarrollarse una consideración científica de ese poder. No creemos que pueda afirmarse lisa y llanamente que *no existía* un derecho público, como por ejemplo dice MAYER,[6] pues incluso ese principio del poder ilimitado, y las normas que de él emanaran, constituyen un cierto ordenamiento positivo; pero sí al menos puede sostenerse que no existía en absoluto una rama del conocimiento jurídico en torno al mismo.

2.2. *En el nacimiento del constitucionalismo*

Con el nacimiento del constitucionalismo, con la eclosión histórica de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se opera a fines del siglo XVIII un cambio en la vida política que afectará radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes. Ya no se dirá que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino, por el contrario, que existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer por qué son superiores y preexistentes a él. Comienza una larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder.[7]

En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos de los individuos frente al Estado, y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos, y de construir los principios con los cuales ella se rige.

No fue fácil, sin embargo, el cambio del "Estado de policía"al "Estado de Derecho," en lo que respecta al derecho administrativo. Y ello es así porque, como es lógico, el cambio institucional no se produjo de un día para otro y en todos los aspectos. El reconocimiento formal y universal de los derechos del hombre frente al Estado no hace más que marcar el jalón más importante de una evolución histórica que se remonta más atrás y que no termina tampoco allí.

De tal modo, algunas doctrinas y principios que habían comenzado a nacer con anterioridad ganaron mayor importancia y alcance, sin llegar sin embargo

[5] Del alemán, *Polizeistaat*. En otras palabras, como dice MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 35, "Es la lucha entre el rey y el pueblo."

[6] MAYER, *op. cit.*, p. 56 y nota 12. En realidad, dice bien RANELLETTI, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 398, que las leyes con las cuales el príncipe regulaba la actividad administrativa, "no eran obligatorias para el gobierno en sus relaciones con los súbditos; no constituían para éstos ninguna garantía;" en igual sentido LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, pp. 177 y 178.

[7] Ampliar en GARCÍA DE ENTERRIA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1979.

a sustituir del todo a las viejas concepciones. Varios ejemplos de esto pueden demostrarlo:

2.2.1. *La indemandabilidad del soberano.* El soberano no podía en el Estado de policía ser llevado ante los tribunales como un litigante común, y tampoco pudo serlo el Estado moderno durante mucho tiempo, exigiéndose en nuestro país hasta 1900 contar con una venia especial del Congreso; de todas maneras, todavía cuesta demandar al Estado.

2.2.2. *La irresponsabilidad del soberano.* El rey "no podía dañar," esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también el Estado constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable por los perjuicios que sus órganos ocasionaran, y recién en 1933 la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema aceptó la responsabilidad extra-contractual del Estado, la que todavía hoy dista bastante de ser plenamente satisfactoria.[8]

2.2.3. *Los actos del príncipe.* Correlativamente con lo antes recordado, el acto del príncipe era como un acto de Dios, por encima del orden jurídico; su versión en el Estado constitucional fue la teoría de los "actos de imperio," primero, y de los "actos de gobierno" o "institucionales,"[9] después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas teorías, a pesar de la manifiesta desubicación histórica y jurídica de ellas.

2.2.4. *La doble personalidad del Estado.* En la época de las monarquías absolutas, en que el rey era indemandable, irresponsable, etc., se ideó la teoría del "Fisco," que venía a constituir una especie de manifestación "privada" del soberano, colocada en un plano de igualdad con los administrados; de este modo se atemperaba en parte el rigor de la concepción soberana del rey. Suprimido el Estado de policía, abandonada la monarquía absoluta como forma de gobierno, no cabía sino llegar a la conclusión de que toda la personalidad del Estado era la misma, y no precisamente igual que la del rey, sino que la del "Fisco." Sin embargo, casi todos los autores hablaron también de una "doble personalidad" *del Estado*, como poder soberano y como sujeto de derecho; recién en los últimos años los autores argentinos han abandonado la distinción.

2.2.5. *La "jurisdicción administrativa."* En la vieja época monárquica, existía la llamada "justicia retenida:" El soberano decidía por sí las contiendas entre partes; luego se pasa a la "justicia delegada," en que el rey "delega" la decisión a un consejo, que sigue dependiendo de él, sin tener verdadera independencia como

[8] Ampliar en Reiriz, María Graciela, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969. Altamira Gigena, Julio I., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1973.

[9] Los "actos de gobierno" son actos del Poder Ejecutivo que no pueden ser impugnados judicialmente, del mismo modo que los actos del príncipe no podían ser llevados a la justicia. Para una crítica más detallada, ver *infra*, "Los actos de gobierno," cap. XII.

un correcto tribunal de justicia. En el Estado moderno existen tribunales, como también lo existieron en algunas monarquías, pero la legislación o los autores tratan a veces de otorgar a la administración, contra toda lógica, alguna parte del ejercicio de la jurisdicción, produciéndose así la contradicción de la llamada "jurisdicción administrativa;" es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración ejerza atribuciones que le corresponden al otro poder.

2.2.6. En el Estado de policía se hablaba de un "*poder de policía*," que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente; al pasarse al Estado de Derecho la noción fue limitada en cuanto al empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurídico no fundado conceptualmente y que frecuentemente desemboca en abusos.[10]

2.2.7. *Otras etapas históricas.*[11] Lo hasta aquí expuesto en cuanto a los rasgos jurídico-políticos del poder absoluto en el Estado de policía, por lo demás, debe también completarse con la función —positiva o negativa— del Estado en el proceso económico y social. La llamada idea liberal-burguesa del Estado lo idealiza como un Estado árbitro, imparcial, prescindente e independiente, pero en realidad no lo fue, y esto se manifestó en intervenciones autoritarias en favor de determinados intereses o clases sociales. La concepción del Estado y de la administración como agentes del "bien común" o el "interés público," dada como abstracción permanente y generalizada (todo Estado sirve siempre al bien común) es una idea que no puede aceptarse dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria de que el Estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: Habrá que analizar qué intervenciones realiza o deja de realizar, qué modalidades adopta, a qué intereses sirve, para poder evaluar en cada caso el tipo de intervención o abstención.

En este aspecto tampoco se produce una transformación fundamental entre el viejo Estado absoluto y el Estado que sucede al constitucionalismo: Es sólo más adelante en el tiempo que comenzarán a operarse los primeros cambios en la concepción económica y social del Estado. En un primer momento ello no fue así; incluso ha llegado a sostenerse que "la declaración de derechos de la revolución francesa consideró al Estado un aparato creado para garantizar y tutelar los derechos del hombre y *en primer lugar los derechos civiles*,"[12] esto es, los derechos de propiedad. Con todo, no debe olvidarse el valor histórico que significa haber

[10] Ver *infra*, cap. X.

[11] En realidad, cabe subdistinguir muchas etapas históricas del derecho administrativo en el pasado. Al respecto, ver GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1970, pp. 9-62, quien analiza separadamente, el derecho romano, el medieval y separadamente los siglos XVIII, XIX y XX.

[12] STUCKA, PËTR I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Turín, 1967, p. 264. Comparar GROISMAN, ENRIQUE I., *Estado y propiedad*, mimeo, Buenos Aires, 1973.

abandonado el principio absolutista del poder y reconocer la existencia de, cuanto menos, derechos políticos del habitante frente al poder.

Posteriormente, en los estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración de antaño: Ésta "respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico," mientras que luego "estos dos postulados se han, en cierto modo, invertido: El liberalismo se ha introducido en el orden político y la autoridad en el orden económico."[13] Ese es, quizás, el doble juego de valores a que tiende el Estado moderno.

3. *El derecho administrativo en el presente*

3.1. *El estado actual de la evolución histórica*

¿Qué importancia tiene destacar todo esto? Simplemente, advertir que si realmente nos ubicamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, *no podemos de ningún modo mantener las construcciones que para esta última se construyeron y que sólo con ella tienen sentido y fundamento.*

Ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aún ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Con todo, aunque nadie podrá discutir esta afirmación en principio, ello no significa lamentablemente que se la aplique. Son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espurio del pasado; la irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas, denunciar su filiación histórico-política, y suprimirlas cuando ello corresponde, para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho.

Desde ya, es innegable que la tarea no es fácil; que tal vez nunca llegue plenamente la madurez política del derecho administrativo, y que siempre quede en él algún resto de autoritarismo, de absolutismo, o de cualquier tendencia de fuerza.

Por lo que hace al estado actual del problema, puede decirse que en nuestro país sólo la primera de las teorías antiguas de la monarquía absoluta está abandonada: La indemandabilidad del soberano; ello se ha logrado, porque se dictaron dos leyes especialmente para solucionarlo,[14] y aún así, no en forma cabal, porque todavía una de esas leyes dispone que la sentencia que se dicte contra el Estado, si es condenatoria, tendrá mero carácter declarativo..., es decir, no puede ejecutarse coactivamente.[15]

En lo que respecta a las demás teorías, el panorama es desolador: Todas ellas, sin excepción, tienen uno o más sostenedores en el momento actual, y en mayor o menor medida se intenta siempre aplicarlas. Una de las empresas que este autor acomete es precisamente insistir una vez más en el intento de erradicarlas,

[13] Así lo expresa RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4ª ed., p. 23.
[14] 3952, del año 1900, y 11.634, de 1934.
[15] Ley 3952, art. 7°.

coincidiendo en ello plenamente con el espíritu y la orientación que emerge, por ejemplo, de García de Enterría, entre otros.[16]

3.2. *Nuevo impulso del derecho administrativo*

Pero, soluciónense o no esos problemas, sea el derecho administrativo realmente propio de un Estado de Derecho o manténgase atado al marco de un Estado de policía, el mundo no se detiene. Si con optimismo pensáramos que pronto el derecho administrativo se liberará de sus viejas concepciones, tocaría entonces empezar a considerar los múltiples nuevos problemas que la sociedad organizada presenta: Pues aunque la ciencia jurídico-administrativa no haya cambiado, la sociedad y la administración sí lo han hecho. Y en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del derecho administrativo.[17]

No habiendo solucionado todavía el derecho administrativo los problemas recibidos del pasado, y siendo su presente por lo tanto anacrónico en muchos aspectos, ocurre aún más que se acerca a él un futuro intenso y lleno de cambios, para los cuales esta rama del derecho se prepara con pasos inciertos. El Estado cuya función administrativa se trata de regular, se encuentra junto con la sociedad en un constante devenir, y se advierten claramente tanto los cambios que él mismo sufre, como los cambios que a través de él se intentan introducir en las estructuras heredadas del pasado.

La transformación en países como el nuestro parece ser intermedia: Se ensaya con formas embrionarias de planificación, se incorporan al sector público del Estado sectores determinados de la producción; se toma como función del Estado la de intervenir en la distribución de la riqueza; se adopta la idea de la propiedad en función social como meta, aunque está distante aún de concretarse.

Con distintas modalidades y particularidades, se evidencia en todo caso un progresivo abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del concepto liberal de propiedad privada, y del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder. Es un intento arduo y complejo, cuyo análisis a nivel del derecho administrativo es incipiente.

3.3. *La intervención reguladora del Estado en la economía*

Donde primero se advierte una importante mutación en la estructura y actividad del Estado es en su actuación en el campo económico: Desde afuera del proceso económico, *regulándolo* a través de normas que son de derecho administrativo[18]

[16] Ver, con carácter general, García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, *op. cit.*

[17] Ver también Martín Mateo, "Futurología y Administración pública," *REDA,* nº 23, p. 517 y ss.

[18] O derecho público en general, derecho agrario, del trabajo, etc.; normas reguladoras de la producción, industria, comercialización, distribución, etc., de bienes y servicios.

y desde *adentro* a través de la acción de múltiples formas de *empresa pública* que de una u otra forma influyen decisivamente en el proceso, asumiendo la producción de bienes y servicios.

En el primer aspecto se tratará, según los casos, del llamado simplemente "intervencionismo" del Estado en materia económica, o más específicamente en algunos casos de la planificación.[19] En el segundo caso se tratará no sólo de los entes autárquicos tradicionales, sino también de las Juntas Reguladoras, corporaciones de desarrollo, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas con control accionario del Estado, etc.[20]

La acción del Estado, multiplicada así a través de su intervención en el campo de la economía, presenta al derecho administrativo una realidad socio-económica muy diversa. Ya no es suficientemente representativo de la realidad estudiar la "organización administrativa" del Estado; ahora hay que estudiar la organización económica y administrativa del Estado. El sector público de la economía crece por una parte (empresas públicas y mixtas), y el sector privado de la economía se encuentra sometido a crecientes regulaciones, por la otra (intervencionismo o planificación, según los casos); el derecho administrativo que estudia la acción del Estado, no es ya, ni puede ser, el mismo, cuando la acción del Estado ha cambiado tanto. Determinar hasta qué punto modifica sus objetivos y sus postulados, hasta qué punto mantiene sus premisas, es indudablemente la tarea del jurista de este siglo y los venideros.

De todas maneras debe quedar dicho que la intervención estatal, clásicamente orientada a apoyar a la industria y al comercio privados, y a la propiedad privada, a fin de propender a su crecimiento, busca ahora, cada vez más, orientar a la empresa privada hacia la solución de los problemas de los cuales no puede alegar ignorancia o irresponsabilidad: La pobreza, la miseria, la marginalidad, la desigual distribución de la riqueza (todas manifestaciones de falta de libertad del individuo que está excluido de los sectores más caracterizados del poder económico y social.) La intervención del Estado no se limita a la acción social directa (promoción de la comunidad, sistemas de seguridad social, subvenciones y subsidios, jubilaciones y pensiones, sistema de medicina social, etc.), sino que va también a la acción social por la vía económica: Regulación de precios y salarios, participación obrera en la conducción y en las ganancias de la empresa, etcétera. En otras palabras, la acción del Estado tiende a dirigirse no sólo al

[19] Ampliar en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio,* Buenos Aires, 1973. La tendencia es hacia los planes indicativos o de tipo "orientador."

[20] Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado,* Buenos Aires, 1966. Ver también nuestro artículo "El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina," *LL,* 1973, 141: 1030 y ss.

aspecto de la redistribución de la riqueza, sino también a la producción y a la preservación.[21]

En otro sentido, también la creciente intervención del Estado en el proceso económico ha llevado a una intensificación de los esfuerzos por producir una integración económica entre los países, como primera etapa hacia una futura integración de mayor grado. La integración de América latina se encuentra más embrionaria que la de Europa, pero de todos modos es mucho lo que se trabaja en ese sentido, y son muchos también los principios jurídicos que se han ido formando al respecto.[22] En la medida en que la integración latinoamericana pueda ir convirtiéndose de aspiración en realidad, se producirá igualmente una modificación del derecho administrativo, haciendo crecer el campo de acción del derecho administrativo supranacional, de la empresa pública multinacional, etc. Por ahora, con todo, se trata de un proceso que no ha modificado todavía sustancialmente los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales.

3.4. *El cambio social y la administración pública*[23]

Lo antes expuesto sobre la creciente intervención del Estado en la economía, que es también intervención en el proceso social, haría pensar *prima facie* en un Estado que se agiganta en desmedro de las libertades individuales. Ello no es exactamente así: Por una parte, algunos derechos individuales tradicionales sufren embates —propiedad, comercio, industria—; por otra parte, otros derechos individuales no siempre vigentes en la sociedad tratan de ir adquiriendo existencia a través de la acción del Estado. (El postulado de igualdad, y la consiguiente supresión de las desigualdades sociales y económicas existentes.)

Pero no sólo eso: También nace una concepción distinta del orden social, en el cual la sociedad política y la administración que la dirige deben recibir el influjo de concepciones de renovada fuerza. Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una sociedad participativa en el más pleno sentido de la palabra: Participación en los beneficios de la sociedad, participación en la toma de decisiones del poder. Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: *Hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder*, de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos

[21] En particular, la preservación del medio ambiente. Ver Martín Mateo, Ramón, *Derecho ambiental*, Madrid, 1981; Fernandez, Tomás-Ramón, "Derecho, medio ambiente y desarrollo," *REDA,* nº 24, 1980, p. 5 y ss.

[22] Brewer Carías, Allan Randolph, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas, 1968; Kaplan, Marcos, *Problemas del desarrollo y de la integración en América latina*, Caracas, 1968.

[23] Ver también Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.

electorales. Aparecen así múltiples canales de participación política, no todos los cuales se han aceptado ni introducido en los sistemas políticos y administrativos vigentes, pero que necesariamente habrán de serlo con el correr del tiempo.[24]

Como manifestaciones del mismo criterio rector, van apareciendo otros principios semejantes:

3.4.1. *El consenso y la adhesión*. Ya no bastan ni satisfacen la decisión "unilateral ejecutoria" de la administración, semejante a la relación jerárquica castrense: Ahora se tiende a un liderazgo fundado en el consenso de los liderados o administrados, en el cual no solamente la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del que será objeto de la misma, como así también del funcionario que será el órgano ejecutor,[25] sino en que la decisión misma deberá ser compartida con los destinatarios de ella.

3.4.2. *La motivación o explicación*. Del mismo modo, lo que fue en el pasado exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una "motivación" o explicitación de sus fundamentos, es hoy una exigencia política: Ahora hay que *explicar* al ciudadano por qué se le impone una norma, y hay que *convencerlo* con la explicación; pues si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder.[26]

3.4.3. *La participación administrativa*. Pero aún más, se va advirtiendo que la administración no puede ni debe administrar sola: El pueblo administrativo *debe participar en la decisión administrativa misma*.[27] Aparecen así las comisiones mixtas en los distintos ámbitos de la administración, las comisiones administrativas paritarias, la reafirmación de las garantías clásicas del debido proceso administrativo (audiencia, discusión, etc.), la multiplicación de las técnicas consultivas, tanto a los sectores interesados como al público en general, y la gestión tripartita de los diversos servicios públicos: Una parte designada por el poder, una parte designada por los usuarios o administrados, una parte designada por el

[24] Ampliar en nuestro citado libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, *op. cit.*; y en *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; *Problemas del control de la Administración pública*, Madrid, Civitas, 1982.

[25] Rivero, Jean, "À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd' hui: Démocratie et administration," en *Melanges offerts à René Savatier*, París, Dalloz, 1965, p. 821 y ss., 830; Cortiñas Peláez, León, "Estado democrático y Administración prestacional," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXII, nº 14, Montevideo, 1972, p. 87 y ss., p. 112.

[26] Como dice Rivero, *op. cit.*, p. 827 y ss., ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Se trata de superar así, a través de la explicación y la participación, "la manifiesta contradicción entre un poder forjado por ciudadanos y una administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos." (Cortiñas Peláez, *op. cit.*, p. 113.)

[27] Ampliar en Sánchez Morón, M., *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, y las referencias de la nota siguiente.

personal del ente o servicio administrativo;[28] la obligación de realizar audiencias públicas antes de emitir reglamentos o adoptar grandes proyectos, etc.

4. *Los órganos de control del proceso*

Toda aquella creciente intervención y actividad del Estado, que implica cuantitativamente mayor poder de la administración, mayores casos de ejercicio del poder (salvo en el caso de los controles sexuales), y por lo tanto mayor probabilidad estadística de violaciones o abusos en el ejercicio de ese poder, plantea al derecho administrativo que emerge del pasado y tambalea en un presente difícil, un futuro incierto, y aun más difícil.

En efecto, mientras muchos observan acertadamente *aquí y ahora* la insuficiencia del control judicial de la actividad administrativa,[29] e incluso la insuficiencia de los controles políticos existentes respecto de la actividad administrativa,[30] otros se preocupan en cambio en pensar que los jueces no tienen suficiente mentalidad de cambio como para servir al proceso que el día de *mañana* iniciará quizá la administración y, pensando entonces en una administración al servicio del cambio y en jueces al servicio de la reacción, propugnan una reducción de dicho poder.[31]

[28] Sobre el tema de la participación nos remitimos a nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio, op. cit.*; *Participation in Latin America*, *op. cit.*

[29] Ver, entre otros, Parada Vázquez, José Ramón, "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso," *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1968, nº 55, p. 65 y ss.; "Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo," igual revista, Madrid, 1969, nº 59, p. 41 y ss. Ver también González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, 1971, p. 67 y ss.

[30] Real, Alberto Ramón, "Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* año XXII, enero-diciembre de 1971, nº 1-4, Montevideo, 1972, p. 324 y ss.

[31] Ver Cortiñas Peláez, León, "Estado democrático y administración prestacional," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1972, nº enero-diciembre de 1971, año XXII, nº 1-4, p. 87 y ss., especialmente p. 117, notas 133 y 134, y texto. Dice Cortiñas Peláez: "En definitiva, históricamente, por formación y por profesión, es raro que el juez esté a la altura de las exigencias de su época, es casi imposible que presida, como Poder Constitucional responsable en el Estado, la evolución progresiva de las instituciones." (*Op. cit.*, p. 118, nota.) Sin embargo, esta concepción responde sólo a la imagen "popular" de los jueces, pero no se compadece con la realidad: *La reacción también puede estar*, en el aquí y ahora que Cortiñas Peláez critica a Parada, *entroncada en la administración* o en el parlamento; y el cambio ha estado históricamente a menudo en la mentalidad de los jueces. Ocurre con todo que sólo los fallos que implican un freno a la acción de gobierno son publicitados, pero no así las innumerables decisiones en que los jueces han cohonestado la acción de gobierno, *aceptando cambios de juridicidad cuestionable* en una interpretación tradicional. Por lo menos así es la JA en materia de poderes económicos y sociales del Estado, e incluso en materia de poderes políticos del gobierno. Cuando la jurisprudencia ha aceptado, de hecho, el pago diferido de la indemnización expropiatoria, aun con una norma constitucional que exige el pago "previo," por ejemplo, no parece que pueda merecer el mote de "reaccionaria." Véase también, en sentido contrario a la inspiración de Cortiñas, a Bachoff, Otto, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, Tubingen, 1963, p. 41 y ss., Aikin, Charles, "The United States of North America Supreme Court: New Directions in the 20th Century," en el libro de homenaje a Sayagués Laso, t. III, Madrid, 1971, p. 139 y ss.; González Pérez, *op. loc. cit.*

Esta última preocupación nos parece peligrosa e infundada: La historia muestra que los períodos de cambio profundo, buenos o malos, arrastran tras de sí a todo el aparato estatal, y que los jueces no tienen políticamente la fuerza suficiente como para detenerlo. También se olvida que la interpretación judicial de casos, siempre callada y silenciosa, ha tenido muchas veces en la historia concepciones de cambio mucho mayores y más profundas que las sustentadas por la propia administración y aun el mismo Congreso.[32] Por lo demás, si los jueces están al servicio de la "reacción" y no del cambio, la culpa la tienen los poderes ejecutivos y legislativos que los nombran, de donde se desprende que éstos padecen en todo caso del mismo fenómeno y la culpa no la tiene la institución judicial aisladamente.

Creemos por ello que no hay que postularse estados futurísticos hipotéticos, con administraciones "ideales" al servicio del cambio: Ya que ideamos un futuro hipotético optimista en tal sentido, nada nos impide prospectivamente concebir a un poder judicial igualmente al servicio del cambio. Y por lo demás, la concepción del futuro debe tener sus pies bien en tierra en el presente, en el aquí y ahora: Éste no tiene administraciones tan ideales como para que no sea deseable su control, y si algo cabe decir de éste, es que es insuficiente.

Más bien pensamos, con Real, que la cuestión reside en crear nuevos y distintos órganos de control, además de perfeccionar a los existentes (v. gr., introduciendo el recurso o acción de anulación donde no lo hay; admitiendo en mayor grado la suspensión judicial de los actos administrativos, etc.; en la Argentina, dictando el siempre olvidado Código Procesal Administrativo para la Nación.) Esos nuevos órganos de control, "magistraturas" en el sentido de órganos imparciales e independientes, deben estar dotados, a diferencia de los órganos judiciales, *de poderes de iniciativa para ejercer de oficio control preventivo o represivo sobre los actos y procedimientos administrativos*;[33] sin perjuicio de que pueda actuar a pedido de parte, pues, el nuevo órgano del control debe actuar de oficio. El *ombudsman* nórdico sajón, ya difundido con éxito a otros países[34] e incorporado en la Constitución española de 1978 como Defensor del Pueblo, la Contraloría chilena, con sus virtudes y sus defectos,[35] son ejemplos para tener en cuenta al adoptar sistemas independientes de control. El *ombudsman* de origen escandinavo, sea en su concepción original, o en otra, puede sin duda ser un organismo

[32] Es el caso de la integración racial en Estados Unidos con la corte de WARREN; el principio de "*one man, one vote*," introducido también por dicha Corte; la decisión declarando inconstitucional las leyes restrictivas o prohibitivas del aborto, etc. Y fue justamente un presidente conservador, RICHARD NIXON, quien introdujo modificaciones en la composición de la Corte para designar jueces carentes de visión de cambio y sí por el contrario dotados de actitud conservadora; de donde se desprende que la llamada "reacción" puede siempre venir del Poder *Ejecutivo*, y en contra precisamente de los avances jurídicos para el cambio, hechos por el Poder *Judicial*, en el caso norteamericano.

[33] REAL, "Los diversos sistemas...," artículo citado, p. 336.

[34] Ver, por ejemplo, el caso inglés del Comisionado Parlamentario, en WADE, H. W. R., y SCHWARZ, BERNARD, *Legal Control of Government*, Oxford, 1962, pp. 64-73.

[35] Ver ley 10.336, t.o. en 1964. SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, t. II, Santiago, 1961, p. 318 y ss.

que preste un eficaz servicio en el derecho público iberoamericano,[36] y creemos que cabe admitirlo.

También podría intentarse complementar los mecanismos de control creando tribunales administrativos, a los cuales sea potestativo acudir en defensa de los derechos del individuo, manteniendo, desde luego, una ulterior revisión y control judicial amplio y pleno.[37] Corresponde también, sin duda, ampliar a su vez el acceso a la justicia, permitiendo donde ello no ocurra la tutela del interés legítimo y del interés difuso (por ejemplo, para la protección del medio ambiente), etc.

5. *Otros aspectos del proceso de cambio en el derecho administrativo*

5.1. *Autoridad y libertad en lo económico y político*

Explicamos que en el pasado la intervención del Estado tendía hacia lo autoritario en lo político, y hacia lo liberal en lo económico; que en el presente y en el futuro se trata de orientar la intervención del Estado hacia la autoridad en lo económico y la libertad en lo político. Esto implica un cambio cualitativo en la actividad del Estado, pero debe tenerse presente que el nuevo equilibrio intervencionista del Estado no depende de construcciones teóricas sino del modo concreto en que se lo ejerce. Por ello, para no caer nuevamente en un autoritarismo político en aras a una supuesta o real intervención económica, se hace necesario aclarar con precisión dónde comienza y cómo funciona el ejercicio sustancial de los poderes del Estado. Hay concepciones clásicas que sustentan un poder formal más o menos autoritario del Estado: Conviene destacar que históricamente ellas no se han mantenido al margen de excesos políticos, y que el invocarlas para un intervencionismo económico o social, como puede hacérselo y se lo hace, no las depura *ipso facto* de su connotación política tradicional.

Poder de policía, servicios públicos, actos de gobierno, por ejemplo, son todavía hoy manifestación preponderante de autoridad en lo político, sin cambiar sustancialmente la libertad en lo económico. Sólo algunas tibias intervenciones hacia un "Estado de Bienestar" no pueden hacer olvidar los sempiternos apartamientos de un "Estado de Derecho" nunca suficientemente logrado. Por ello creemos prudente advertir contra la existencia de nociones que, con un falso contenido emocional positivo, concitan un consenso no racional de los administrados —y los administradores y jueces— hacia medidas que si se les quitara el ropaje se-

[36] En igual sentido, WADE y SCHWARZ destacan la complementariedad del control judicial y del control del Comisionado Parlamentario, cubriendo este último los casos de mala administración ("*maladministration*"), abusos, arbitrariedades o injusticias, normas reglamentarias defectuosas, etc., que las cortes no llegan a controlar (pp. 70 y 71.) En sentido similar, REAL: "Los diversos sistemas...," *op. loc. cit.*; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 122 y ss. Nos remitimos al mayor desarrollo que hemos hecho en *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, *op. cit.*, cap. V.

[37] Hemos desarrollado esta alternativa en el cap. II del libro *Problemas del control de la Administración pública*, *op. cit.*

mántico que las cubre, quizás serían analizadas con mayor concreción y realismo sociológico, político y jurídico.

5.2. *Lenguaje y realismo*

Conviene disipar algunas falsas expresiones del lenguaje, ideas o "nociones," verdaderas brumas del razonamiento jurídico-administrativo, y contribuir a que cada uno analice la realidad y la legislación, las valore económica, política y socialmente, y penetre en su análisis sin preconceptos teóricos que no hacen sino oscurecer un tratamiento científico, real y concreto, de los problemas de que se trata.

Los poderes o atribuciones del Estado, en suma, no necesitan jurídicamente de conceptualizaciones complejas ni abstrusas: Son la *función legislativa*, sometida a la Constitución en el principio de razonabilidad, proporcionalidad, etc., y la *función administrativa*, manifestada a través de sus distintas formas jurídicas, sometida a la Constitución y a las leyes, ambas bajo control *judicial*.

Ninguna otra abstracción conceptual hace falta para entenderlas, y particularmente son superfluas y negativas expresiones tales como "poder de policía," "servicios públicos" y "actos de gobierno" y otras que, confiamos, el tiempo habrá de ir superando progresivamente.

5.3. *Expresiones y "poderes" seudonormativos*

Según trataremos de demostrar, no hay tampoco sustento normativo ni ideológico para muchas teorías y "principios," a menos que estemos en la idea de legitimar con expresiones seudo normativas el ejercicio de la fuerza por quienquiera que tenga en sus manos el poder.

A veces ocurre con estas expresiones, en efecto, lo que un autor advirtió agudamente respecto de la idea de poder constituyente originario:[38] "... en realidad todo se origina en el carácter ambiguo de la palabra «poder» y en su uso híbrido... A veces esta palabra quiere decir «potestad» (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir «fuerza» (potencia, poderío, dominio, dominación, etc...)" "De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza."[39] No se crea que esto es una exageración. Uno de los autores que sostiene la tesis de los actos no justiciables, por ejemplo, critica la afirmación de que ellos no estén permitidos por el orden normativo, no por falsa, sino por insuficiente para indicar su falta de juridicidad y dice: "No obstante negar el carácter normativo de la misma... ello no significa privarle de su carácter jurídico, sino que *aún sin asidero normativo está impuesta en el orden de la*

[38] Carrió, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, 1973.
[39] *Op. cit.*, pp. 50 y 51.

realidad existencial y, consecuentemente, en el orden axiológico, lo que significa que su carácter es jurídico, no metajurídico o fáctico."

5.4. *La fuerza normativa de lo fáctico*

Aquella tesitura, de que algunos poderes-fuerzas, porque se dan en la realidad empírica o existencial, son por ello valiosos, y que por ser (y ser valiosos, en este predicado) son jurídicos, aunque el sistema normativo no los permita, es una clara evocación de las teorías de la "fuerza normativa de lo fáctico," que buen sustento ideológico dieron a las fuerzas del Tercer Reich en su momento, y lo dan a las ideologías autoritarias de izquierda o de derecha en cualquier tiempo y lugar. En semejante esquema el derecho desaparece como un trasto inútil, prejuicio "burgués" o "liberal," según como se lo quiere denostar: Lo único que basta es averiguar lo que ocurre o puede ocurrir en la *realidad*, para de allí predicar que ello es, por tal sola causa, axiológicamente ponderable y jurídicamente permitido. Pero eso es un sinsentido, es traspasar los límites del lenguaje y la razón. Las seudo-nociones jurídicas tienen así un papel legitimador por excelencia de lo fáctico;[40] resultan estar siempre del lado del que ocasionalmente detenta el poder, es decir, *la fuerza*: Son expresiones extranormativas que llevan en definitiva a sostener que el sujeto estatal "tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza."[41]

5.5. *La búsqueda de lo incondicionado*

Como señala Carrió, habría que indagar una respuesta de alcance general que explicara el porqué de estos asertos;[42] puede tratarse, como él mismo lo señala en el caso que analiza, de "una tendencia irreprimible de la razón: La búsqueda de lo incondicionado. En este caso lo que se busca es una fuente única, ilimitada y suprema, de toda norma jurídica y de toda justificación jurídica."[43] Esa tendencia "irreprimible" a *la búsqueda de lo incondicionado*, de la fuente de toda justificación jurídica, encuentra en esta materia un objeto de atención en las expresiones seudonormativas que aquí criticaremos.

5.6. *Coherencia ideológica*

La búsqueda del origen de estas nociones quizás deba remontarse a una superada coherencia ideológica: Libertad en lo económico, autoridad en lo político. Los actos de gobierno, por ejemplo, son limitaciones a la libertad, pero no a la propiedad; la noción de poder de policía, a su vez, es planteada por muchos autores en un

[40] Y se les aplica la analogía que Carrió hiciera con aquella cuarteta, según la cual "vinieron los sarracenos / y nos molieron a palos / que Dios ayuda a los malos / cuando son más que los buenos." (*Op. cit.*, p. 52.)

[41] Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, *op. cit.*, p. 51.

[42] *Op. cit.*, p. 56: "... desafueros lingüísticos semejantes perpetrados por los teóricos del derecho."

[43] Carrió, *op. cit.*, p. 57.

capítulo referente a las limitaciones a la libertad, claramente diferenciado de las limitaciones a la propiedad, que seguiría reglas distintas y no las del poder de policía: Se omite entonces, expresamente, el encuadre de los derechos humanos y las libertades públicas, y se formaliza el encuadre de las restricciones a tales derechos. Los servicios públicos, a su vez, analizados como potestades que se reconocen a quien presta el servicio y no como derechos de los destinatarios del servicio, son también manifestación preponderante de la idea de autoridad o prerrogativa de poder, en desmedro de los derechos individuales. Por ello estas y otras teorías o expresiones seudonormativas tienen una coherencia ideológica interna difícilmente sostenible en la actualidad; o de lo contrario son ideológicamente incoherentes al propiciar la ampliación del ámbito de poder en aquello en que el mismo no contribuye precisamente al mejoramiento de la libertad. Lo mismo cabe afirmar de otras múltiples "inmunidades" del poder: "Poderes normativos," "discrecionales,"[44] "potestad sancionatoria,"[45] "orden público,"[46] etc.

5.7. *Democratización*

En suma, debe tenerse presente que en modo alguno se halla concluido el proceso de juridización democrática de la administración pública, ni de constitucionalización y democratización del derecho administrativo, y que debe por ello continuarse a tales fines con el empleo de un permanente espíritu crítico.[47]

III. Bases políticas

6. *Libertad y autoridad en el derecho administrativo*

El derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. "Estado e individuo, orden y libertad: La tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble," ha dicho un autor;[48] pero aunque no lleguemos a pensar que la tensión o el conflicto sea insoluble, y admitamos la posibilidad de un equilibrio dinámico entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna.

[44] Ampliar en García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, *op. cit.*, y sus conclusiones de pp. 97-99.

[45] Al respecto, ver García de Enterría, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional," en *REDA*, nº 29, 1981, p. 359 y ss., y sus referencias; "El problema jurídico de las sanciones administrativas," en *REDA,* nº 10, p. 399 y ss.

[46] Martín Retortillo Baquer, Lorenzo, *La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente del ejercicio de los derechos*, Madrid, Civitas, 1975.

[47] Ver también, por ejemplo, la serie de artículos "De la República a la Democracia," de Nieto, en *REDA,* nº. 11, p. 567 y ss., nº 15, p. 573 y ss., nº 18, p. 359 y ss.

[48] Hass, Diether, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, p. 7.

La historia registra primero el despotismo estatal sobre los individuos; luego y como reacción, la exacerbación de los derechos del individuo frente a la sociedad; por fin y como anhelo, el equilibrio razonado de los dos elementos esenciales del mundo contemporáneo libre: Individuo y sociedad, individuo y Estado.

Pero ese equilibrio que se anhela y busca es harto escurridizo e imprecisable: Lo que para unos representa la cómoda solución de la tensión —en cuanto ellos no están involucrados en la misma—, es para otros una sumisión o un atropello; en verdad pareciera que esa incertidumbre tiene una proclividad a resolverse nuevamente en un autoritarismo revivido. Es necesario a su vez, por lo tanto, buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizarán las tensiones y contraposiciones del individuo y el Estado.

Y ese equilibrio primario es equilibrio espiritual y político, es sensibilidad jurídica y humana; es preocupación constante por llenar no sólo formal sino también sustancialmente los requerimientos de la justicia.

7. *Teorías estatistas del derecho administrativo*

En este aspecto puede encontrarse a menudo —en libros, fallos, dictámenes—, variados reflejos de una cierta insensibilidad política y humana; de una cierta insensibilidad hacia la justicia. Cuando el que analiza la controversia concreta entre un individuo y el Estado se deja llevar por la comodidad de la solución negativa para el primero; cuando en la duda condena, resolviendo en contra del particular o administrado; cuando en la dificultad del problema jurídico se abstiene de ahondarlo y lo resuelve favorablemente al poder público, seguro de que esa sola circunstancia le da algún color de legalidad; cuando crea, prohija y desarrolla supuestas "teorías" que sin fundamento ni análisis dan éstos y aquéllos poderes al Estado; cuando desconfía, huye y niega de los argumentos que en algún caso parecen reconocer un ámbito de libertad; cuando como los débiles se inclina hacia el sol de los poderosos —en el caso del Estado—, entonces está destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: La protección de la libertad humana.[49]

Más lamentable aún es que esas actitudes no suelen ser desembozadas: Nadie dice abiertamente que el Estado lo es todo y el individuo nada; nadie, probablemente, lo piensa en el fondo seriamente. Incluso es posible que se exprese con vehemencia acerca de los "abusos" de los poderes públicos, y del "respeto" a las garantías individuales... ¿pero de qué vale esa elocuencia, si cuando se trata de dar una solución a un problema concreto —a una pequeña cuestión que no decide la vida o la muerte de un individuo, pero que entraña un verdadero conflicto entre

[49] Como dice BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del Derecho*, México, 1964, p. 117: "Esta rama del derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos;" "la delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del derecho administrativo." El no adoptar claramente este punto de partida puede llevar a soluciones disvaliosas aun en trabajos bien documentados.

autoridad e individuo—, se olvidan las declamaciones y se resuelve fácilmente que *ese* individuo en *ese* caso no tiene razón? ¿De qué valen aquellos "principios," si luego en cada materia y cuestión de detalle, se los olvida, se los contradice, se los destruye? Este es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho administrativo.

8. *Orientación a seguir*

El equilibrio político, la sensibilidad jurídica, no se satisfacen sólo con declaraciones sobre la libertad; deben ser el *leit motiv* de todo lo que se piensa y resuelve sobre derecho administrativo; deben ser la preocupación constante del jurista, no sólo en los grandes problemas institucionales, sino también en los pequeños y a veces tediosos problemas diarios.

¡Cuántos temas, llamativos o áridos, esconden solapadamente ese profundo desequilibrio! Probablemente pasarán muchísimos años antes de que se los aísle y corrija; o tal vez ello no sucederá nunca; pero debe quedarnos al menos el principio rector, la preocupación constante, por insuflar ese equilibrio y esa justicia en *toda* cuestión que involucre una relación individuo-Estado, por revisar con criterio profundamente crítico, con la metódica duda cartesiana, los fundamentos y soluciones de cada institución o diminuta cuestión a la que nos toque abocarnos, con la atención alerta para descubrir y cauterizar esos desvíos y resabios que constituyen el trasfondo y la raigambre de la enfermedad social y política argentina y latinoamericana.

Y encontraremos así que muchas veces es posible dar soluciones más jurídicas y más técnicas, incluso desde el punto de vista positivo, para controversias que un errado enfoque político había distorsionado y oscurecido.

9. *La división de los poderes y el derecho administrativo*

También es importante advertir acerca de la fundamental importancia política que tiene la interpretación que se dé a la teoría de la división de los poderes; ella fue concebida como "garantía de la libertad," para que "el poder contenga al poder" a través del mutuo control e interacción de los tres grandes órganos del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial. Sin embargo, es muy frecuente que la teoría se distorsione, y que la práctica no ofrezca sino un remedo de la división de poderes; por ello es necesario preguntarse cuál es realmente el equilibrio previsto en la Constitución, qué es lo que ocurre en la realidad, y cuáles son las tendencias que debemos seguir o evitar. A ello nos referimos a continuación.

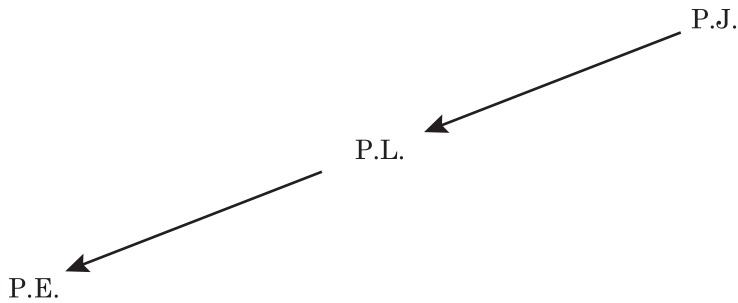
9.1. *Equilibrio teórico de los poderes*

Pues bien, el sistema de la división de poderes previsto en nuestras Constituciones está en principio contemplando un determinado equilibrio. En ese equilibrio —que no es necesariamente igualdad— la jerarquía *relativa* de los poderes puede ubicarse a nuestro juicio, y siempre con referencia a lo dispuesto en la Constitución, de la siguiente manera: El Poder Ejecutivo está supeditado al Poder Legislativo, y el Poder Legislativo al Poder Judicial.

Ello es así por diferentes razones: En primer lugar, la supremacía constitucional del Legislativo sobre el Ejecutivo se evidencia por lo menos a través de una triple preeminencia: El Poder Legislativo 1.°) dispone qué es lo que el Poder Ejecutivo puede o no gastar, en la ley de presupuesto; 2.°) dispone qué es lo que debe hacer o no, en el marco de toda la legislación que le puede dictar para regir la vida administrativa; 3.°) si no está satisfecho con su gestión lo puede remover mediante el juicio político; 4.°) aunque el Poder Ejecutivo puede vetar una ley del Congreso, éste puede de todas maneras insistir en su sanción con una mayoría determinada, y en tal caso la facultad de veto del Poder Ejecutivo cesa. La última decisión en esta relación Parlamento-Ejecutivo la tiene siempre, en el marco de la Constitución, el Poder Legislativo.

A su vez la subordinación del Poder Legislativo al Poder Judicial deriva de que el segundo tiene la atribución de declarar antijurídicas, por inconstitucionales, las leyes del Congreso, mientras que éste no tiene atribución alguna para rever las decisiones de aquél. Tanto es ello así que existe un aforismo de acuerdo al cual "La Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es:" Estando en manos del Poder Judicial la interpretación final, indiscutible, del sentido y alcance de las normas constitucionales, es obvio que es el Poder Judicial el que tiene, en el sistema constitucional, primacía sobre el Poder Legislativo. No altera esta conclusión la circunstancia de que sea el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado el que designe a los jueces, porque en épocas normales —que son las que la Constitución contempla— la estabilidad de los magistrados hace que la designación de uno u otro juez en los cargos vacantes tenga efectos sólo a largo plazo, modificando quizá las interpretaciones vigentes del orden jurídico luego de algunos años, cuando quienes los nombraron no están ya seguramente en sus cargos. Por lo que hace a los efectos inmediatos de la designación de magistrados en la vida política, ésta es usualmente mínima, por la composición colegiada de los tribunales superiores. Los efectos a largo plazo pueden alterar el curso de la jurisprudencia pero no la relación efectiva Poder Judicial-Poder Legislativo-Poder Ejecutivo.

Gráficamente podríamos decir que la relación constitucional de equilibrio de los tres poderes puede representarse así:



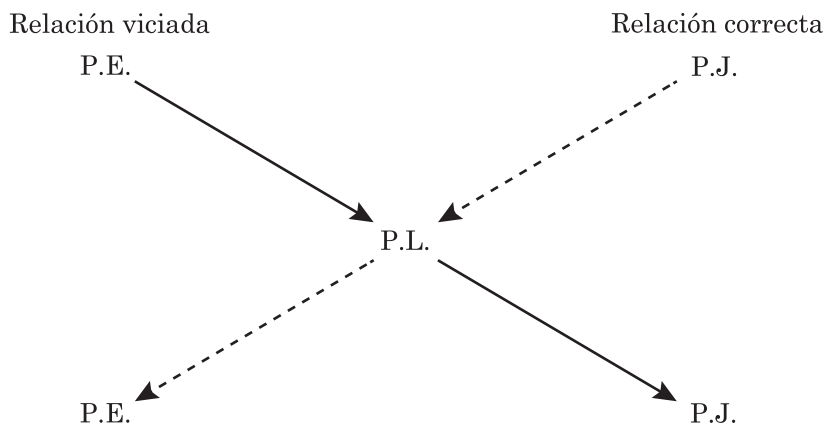
9.2. *Desequilibrio real*

Sin embargo, ese equilibrio previsto en la Constitución no es el que funciona en la práctica ni tal vez haya funcionado nunca realmente así. Por una serie de circunstancias sociales y políticas, el Poder Ejecutivo no está sometido al Poder Legislativo, sino que éste depende de aquél: 1°) Dado que los nombramientos de funcionarios públicos los hace el Poder Ejecutivo, y que una parte lamentablemente importante del éxito político de los parlamentarios la hace su habilidad para obtener retribuciones y puestos para sus afiliados y sostenedores, resulta que cada parlamentario está por lo general solicitando del Ejecutivo el nombramiento de este o aquel amigo o correligionario, en la administración pública, con lo cual el legislador se coloca en posición de peticionante más o menos sumiso al Ejecutivo de quien solicita el favor graciable del caso; 2.°) Dado que el Presidente de la República suele ser, formal o informalmente y salvo pocas excepciones, la cabeza visible del partido gobernante, los diputados y senadores no pueden tampoco tomar una actitud muy firme de control, con el temor de perjudicar su carrera política; 3.°) El Ejecutivo, que cuenta con medios de publicidad que no están en igual grado al alcance de los legisladores, logra usualmente crearse una imagen más popular en la opinión pública que la de los legisladores individualmente o del Parlamento en conjunto; esta imagen popular presiona a su vez en favor del Ejecutivo y sus obras reales o presuntas, y en contra del Parlamento, destacando siempre más los errores y deficiencias del segundo que los del primero.

Además, la posición del Poder Judicial se halla por lo general bastante deteriorada, en primer lugar, a nuestro entender, por su propia culpa: Los jueces suelen entender, con desacierto, que tienen una cierta responsabilidad *política* en la conducción del gobierno, y bajo esa impresión juzgan muy benévolamente los actos del mismo, entendiendo así cooperar con él. De este modo no sólo dejan de ejercer su función, que no es *gobernar*, sino *juzgar* de la aplicación del derecho a los casos concretos, sino que también pierden poco a poco criterio rector en lo que debiera ser su atribución específica. El Ejecutivo, lejos de agradecerle esa supuesta colaboración, pasa entonces a suponer que no está sino haciendo

lo que debe, y se llega así a que en los pocos casos en que el Poder Judicial se decide finalmente a sentar su criterio jurídico, esto es poco menos que motivo de escándalo público, y el Ejecutivo será el primero en protestar por una supuesta "invasión" de sus "atribuciones," que desde luego no es tal. Por si esto fuera poco, el Poder Judicial también limita su propio control de constitucionalidad de las leyes, inventando principios tales como los de que no puede juzgar en general dicha constitucionalidad, sino sólo en los casos concretos y con efectos restringidos a esos casos; de que no sólo declarará la inconstitucionalidad cuando ésta sea "clara y manifiesta," como si no fuera su deber declararla cuando existe, sea o no manifiesta, etc.

Como resultado de todo esto, el equilibrio originariamente contenido en la Constitución para los tres poderes se halla profundamente alterado, aún dentro de un gobierno *de jure*,[50] y se pasa de una jerarquía: Poder Judicial-Poder Legislativo-Poder Ejecutivo, que sería la correcta, a una exacta inversión; el orden de prelación relativa será ahora Poder Ejecutivo - Poder Legislativo - Poder Judicial. Gráficamente sería así:



9.3. *Criterio rector a adoptarse*

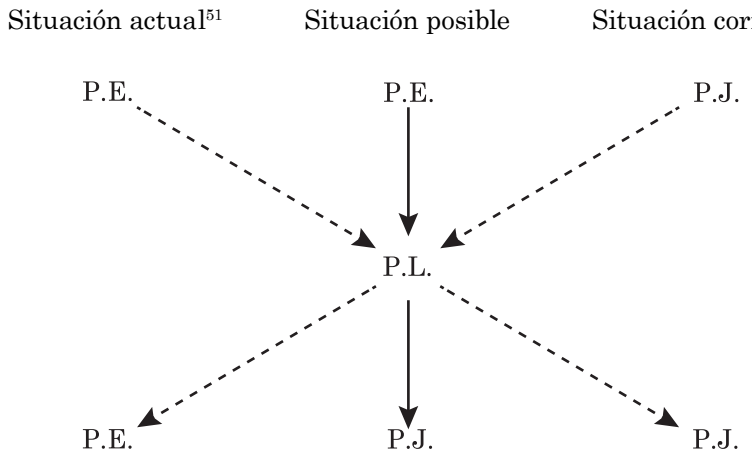
Es necesario, pues, tener presente que la crisis del parlamento con sus consecuencias ya vistas, da por resultado un falseamiento del principio de la división de los poderes, que lo lleva a un extremo sumamente peligroso para el mantenimiento de las libertades, que tiene por función proteger.

Por ello, cuando se trata de adoptar alguna actitud ante dicha crisis, esa actitud no podrá ser jamás la de acentuarla, despojando al Parlamento de las atribuciones que no ha ejercido correctamente y dándoselas al Poder Ejecutivo; si lo hiciéramos,

[50] Y con mayor razón, por supuesto, si se trata de un gobierno *de facto*.

estaríamos destruyendo ya definitivamente la división de poderes y con ella la libertad, base de todo régimen democrático y republicano. Sin división de poderes y libertad no sólo no habrá Estado de Derecho, sino que tampoco habrá Estado de Bienestar alguno. Por ello, si queremos llegar al Estado de Bienestar debemos hacerlo a través del Estado de Derecho, y si encontramos que en éste funciona mal uno de los poderes que lo condiciona, lo que debemos hacer es corregir sus defectos para que funcione bien, y no acentuarlos aún más.

Si no lo hiciéramos así, llevaríamos el desequilibrio a su punto máximo:



Y esto sería, obviamente, la institucionalización de la dictadura. Es nuestro deber, entonces, tratar de solucionar la crisis del Parlamento o de la justicia fortaleciéndolos para que, sin desmedro del equilibrio de los poderes, cumplan con la función que el proceso de desarrollo y de cambio les exige.

IV. Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional

10. *Pueblo y Estado*

El derecho administrativo de cada país, y con él la organización estatal, tienen una estructura formal y un tipo de principios básicos muy diferentes según sea el sistema constitucional imperante, y la manera en que la Constitución haya organizado y constituido al Estado.

Debe distinguirse entre el pueblo en sí mismo —titular esencial de la soberanía— y el Estado jurídicamente organizado que se manifiesta a través de sus órganos habituales —Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial—; la relación existente entre estos dos elementos —pueblo y Estado— nos determinará

[51] En un gobierno "constitucional" o *de jure*; si se trata de un gobierno *de facto*, en que se suprime al Poder Legislativo, entonces tampoco existe, desde el inicio, división alguna de poderes.

la estructura básica del derecho constitucional y especialmente del administrativo, y con ello los caracteres estructurales de la organización estatal.

11. *Sistema de la soberanía exclusiva del pueblo*

En efecto, en algunos países —por ejemplo el nuestro y buena parte de los demás países americanos— la Constitución emana directamente del pueblo soberano, pues es éste, a través de una Convención Constituyente especialmente convocada al efecto, quien decide sobre su creación y modificación. En esta hipótesis el Estado organizado en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial no tiene facultades para modificar ni alterar la Constitución: Él está siempre sometido a lo que la Constitución determine, por voluntad del pueblo soberano directamente expresada en la Convención Constituyente.[52] La Convención Constituyente no es un órgano del Estado, sino que representa directamente al pueblo; por ello cabe afirmar en este caso que la Constitución es impuesta por el pueblo al Estado. El Estado *nace* de la Constitución, con los caracteres y atribuciones que ésta le fija; el Estado está pues *dentro* de la Constitución y ésta no es un producto de él sino que él es un producto de ella.[53] Este es, en sentido jurídico *formal*, uno de los principales elementos que tipifican al Estado de Derecho: El sometimiento de toda la organización estatal a un régimen jurídico pre-establecido.

12. *Sistema de la soberanía conjunta del pueblo y el Estado*

En otros países, en cambio —y podemos dar como ejemplo a Francia en su sistema constitucional tradicional (no tal vez en el actual)—, la Constitución no proviene directamente del pueblo excluyendo la intervención de los órganos regulares —en este caso el Poder Legislativo— es el que crea y reforma la Constitución. De este modo el poder soberano del pueblo no es ejercido por éste mediante un órgano que no dependa del Estado organizado, sino que es ejercido directamente por el propio Estado.[54]

[52] Nos referimos, claro está, a épocas de normalidad constitucional. Las épocas oscuras de la historia en que aparecen gobiernos de facto, desaparecen o son constreñidos de hecho los otros poderes de contrapeso, o en que la propia Constitución queda supeditada a "Estatutos" revolucionarios, no deben ser recordadas sino como lo que son, apartamientos fácticos de una estructura democrática y republicana de poder. No tiene sentido teórico ni valor axiológico, y menos aún educativo, enseñar o mostrar cómo y de qué manera aquellas violaciones se producen: Esto lo sabe cualquiera leyendo nada más los diarios. Debe por ello reiterarse el deber ser constitucional para que cada uno lo compare con la realidad que ocasionalmente lo transgreda, y pueda así formar su propio juicio de valor sobre la misma. Pero un primer prerrequisito de poder criticar la realidad fáctica es conocer la normatividad constitucional: Si no conocemos intelectualmente el sistema constitucional, mal podemos quejamos de que otros lo desconozcan de hecho.

[53] Como dice Maunz, Theodor, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., p. 37, no ha de ser que el Estado "tenga" una Constitución, sino que "esté" en una Constitución; que sea la Constitución la que lo contenga a él.

[54] De allí a afirmar que es el Estado *a través de uno de sus órganos*, el que ejerce la "soberanía," no hay sino un paso. Y eso es en palabras de López, Mario Justo, *Introducción a los estudios po-*

Acá el pueblo no *impone* una Constitución al Estado, sino que el Estado *se da a sí mismo* una Constitución, de acuerdo con su propia voluntad, y en representación y ejercicio directo de la soberanía del pueblo. El Estado no nace aquí de una Constitución, sino que la Constitución nace del Estado, con el contenido y alcances que éste decida: No es el Estado el que está contenido dentro de la Constitución, sino la Constitución que está contenida dentro del Estado.

13. *La personalidad del Estado en el sistema de la soberanía conjunta*

De estos dos sistemas básicos surgen consecuencias muy diferentes entre sí. En la segunda hipótesis, en que el Estado se da a sí mismo una Constitución, en el ejercicio directo de la soberanía del pueblo, no puede encontrarse una distinción neta entre el pueblo soberano y la organización estatal; ambos se confunden en una continuidad ininterrumpida. En este caso el Estado organizado en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, detenta directamente la soberanía del pueblo, y es, pues, en ese sentido *soberano* incluso con referencia a su propio pueblo. Precisamente porque es "soberano" el Estado no está aquí obligado por lo que la Constitución dice: Ella no es un conjunto de normas jurídicas obligatorias e imperativas para él, sino que él puede en cualquier momento apartarse de ellas, sin cometer con eso un acto antijurídico. La Constitución no es así nada más que una expresión de deseos y finalidades producida por el Estado, y que el Estado puede cumplir o no, a su elección.

Cuando un país tiene este sistema constitucional, entonces puede distinguirse la actuación del Estado según que se desempeñe como *poder público soberano* o, en cambio, como persona jurídica común, sujeta al orden jurídico existente en el país. Surge así en tales países la doctrina de la "doble personalidad del Estado," de acuerdo con la cual se sostiene que cuando el Estado actúa como poder público soberano, no está sometido al orden jurídico y, por lo tanto, sus actos nunca pueden ser considerados antijurídicos, ni pueden originarle responsabilidad;

líticos, t. I, Buenos Aires, 1969, p. 359, la justificación "siempre del mando —y naturalmente del mando de uno o de pocos— sin restricciones." "Con la doctrina de la soberanía —cualquiera sea su formulación— se legitima siempre y en definitiva, el gobierno sin restricciones, la posibilidad de oprobio. Los intentos para despersonalizar la soberanía, por nobles y bien intencionados que hayan sido, resultan estériles. Si se admite la soberanía, se admite el sometimiento incondicional de unos por otros." En sentido similar se expresa el mismo autor en su libro *La soberanía*, Buenos Aires, 1967, p. 55, donde agrega: "Ya que es inevitable que alguien mande que no lo haga a cuenta de su capricho y de nuestra deshonra;" "Que haya gobierno, sí, gobierno, todo el gobierno que sea necesario, pero que no haya gobierno soberano, «sin restricciones legales» —para decirlo con palabras de Bodin, "Que el gobierno de los hombres no sea obra de la voluntad exclusiva de ninguno de ellos." (López, *La soberanía*, *op. cit.*, p. 55; ver también del mismo autor, *El mito político*, Buenos Aires, 1973.) Con todo que coincidimos enteramente en el juicio de valor de López pensamos que formular el principio o el mito de la soberanía como soberanía exclusivamente del pueblo y en ningún caso del gobierno o del Estado, conduce al mismo fin. Y pensamos que aún como *mito* —tal como lo califica López— es enteramente válida y preferible a cualquier formulación en que la soberanía pueda aparecer de algún modo ejercida, directa o indirectamente, por órganos de poder. De allí la distinción que formulamos en el texto.

cuando, en cambio, el Estado actúa en el plano común, sus actos son antijurídicos si contravienen las normas preexistentes, y pueden acarrearle responsabilidad. Se sigue de lo anterior que los individuos no tienen auténticos derechos subjetivos frente al Estado como "poder público," y sí sólo los tienen frente al Estado como "persona jurídica."

Fácil es advertir que esto constituye una doctrina autoritaria y de allí que modernamente se tienda incluso en los sistemas considerados en segundo lugar, a suavizarla, diciéndose, por ejemplo, que la doble personalidad es "de derecho público" y "derecho privado" (en lugar de decir en el primer caso que es "soberano" con la consecuencia de irresponsabilidad, etc.), y que no tiene siempre las consecuencias enunciadas.

14. *La personalidad del Estado en el sistema del Estado de Derecho*

Pero esos problemas, por el contrario, estarían todos falsamente planteados en un sistema constitucional como el indicado en primer lugar, o sea, el nuestro.

Es evidente que en este sistema, en que la Constitución no emana del Estado mismo, sino que le es impuesta por el pueblo soberano a través de la Convención Constituyente; en que el Estado carece de facultades para modificar la Constitución, estando obligado por ella; en que, en definitiva, el Estado no tiene el ejercicio directo del poder soberano del pueblo, las consecuencias son diametralmente opuestas.

Si consideramos que "soberanía" es un poder *ilimitado*, no sujeto a norma imperativa alguna, y en virtud del cual puede hacerse absolutamente cualquier cosa, es obvio que en este sistema constitucional tal "soberanía" sólo la tiene el *pueblo*, y no la tiene la organización estatal.[55] No la tiene el Estado, porque él no posee en ningún caso un poder *ilimitado*, no sujeto a norma alguna; él está siempre sometido a las normas imperativas de la Constitución, a las que debe ceñirse estrictamente, sin poder, en modo alguno, apartarse de ellas.

Se concluye de esto que el Estado organizado en los tres poderes no ejerce un doble juego de atribuciones, como ocurría en los otros sistemas: En nuestro país el Estado nunca tiene un auténtico poder público soberano, o poder de imperio; sus

[55] Una distinta forma de llegar a la misma conclusión práctica es afirmar, primero, que las decisiones supremas deban ser adoptadas mediante procesos que eviten el capricho de unos y la deshonra de otros: "Si la elección se hace, y sólo es cuestión de voluntad, la doctrina de la soberanía puede ser olvidada en el rincón de los trastos inservibles." (López, *La soberanía*, *op. cit.*, p. 56, donde sigue a Loewenstein.) Por más que compartimos obviamente, la elección de voluntad de que el poder sea ejercido con límites, tantos como podamos introducirle, siempre será cuestión de *eficacia* establecer si sirve a ese fin tener un dogma de soberanía popular intransferible a órgano alguno del Estado, o en cambio prescindir de él y limitarse a la constante voluntad de mantener limitaciones al ejercicio del poder. Pensamos nosotros que las dos ideas no son necesariamente incompatibles y que bien puede utilizarse en todo momento la segunda idea de contención del poder, sin abandonar por ello la primera, que cumple a nuestro juicio un rol al menos psicológico de contención, sin perjuicio de que puede además operar dogmáticamente como un método de interpretación del orden jurídico constitucional, según veremos en el resto de este capítulo.

facultades emergen siempre de un orden jurídico previo que le ha sido impuesto, y por ello son infra-jurídicas, esto es, se encuentran *bajo* un orden jurídico, sometidas a él: Si lo contravienen, son antijurídicas y carecerán de validez y vigencia. El Estado actúa así siempre en el mismo plano: Siempre bajo el orden jurídico; su personalidad es fuera de toda duda una sola, y los particulares tienen frente a él auténticos derechos subjetivos, que pueden hacer valer plenamente; si el Estado los desconoce, incurrirá en responsabilidad.

15. *El error técnico-jurídico de la teoría de la doble personalidad*

No existiendo fundamento para efectuar una distinción entre un Estado como "soberano" o como sujeto de derecho, tampoco se justifica, por lo demás, intentar hacer similar diferenciación respecto de la actuación estatal dentro de un orden jurídico como sujeto. Algunos autores[56] han querido distinguir entre el Estado como "persona de derecho público" y como "persona de derecho privado," pero ello es doblemente erróneo, *a)* porque, como veremos, la actuación del Estado moderno está en su casi totalidad sometida al derecho público, siendo muy raro encontrar una clara sumisión al derecho privado; *b)* porque incluso aunque existiera una aplicación alternativa de derecho público o privado a la actuación estatal, ello no sería fundamento suficiente para hablar de una "doble personalidad" del Estado.

En efecto, es de advertir que la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos a un sujeto no significa que su personalidad se divida y multiplique; del mismo modo que un industrial estará sujeto al derecho comercial en sus transacciones, al derecho del trabajo en sus relaciones con los obreros de la fábrica, al derecho civil en sus relaciones de familia, al derecho administrativo y fiscal en sus relaciones con el Estado, y al derecho penal en la medida que cometa un delito, no por ello se podrá pretender que tiene una "quíntuple personalidad:" Comercial, laboral, civil, administrativo-fiscal y penal. Ello sería obviamente absurdo, e igualmente absurdo es pretender que porque el Estado se le apliquen, igual que a cualquier sujeto, más de un grupo de normas, tenga por ello más de una personalidad jurídica. La personalidad jurídica es necesariamente una sola en todos los casos, y ello es también válido para el Estado.

16. *Consecuencias de la personalidad única del Estado*

El advertir que la personalidad del Estado es una sola no constituye un mero problema académico, sino que tiene importantes consecuencias. En particular, al

[56] BIELSA, *op. cit.*, t. I, p. 165. El resto de la doctrina está en contra: VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMIN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 161 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 365 y sus referencias de la nota 76; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 127 y ss.; DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69, etc. En el derecho español la cuestión está resuelta de igual modo a texto expreso: Ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 30.

negarse que el Estado tenga una personalidad "soberana" o "de imperio" frente a los administrados, y al sostenerse que la única manifestación de soberanía en el derecho interno se encuentra en la Constitución que el *pueblo* se da, se somete la persona y la organización estatal al orden jurídico constitucional, *cualquiera sea el Poder* que actúe.

No sólo estarán el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial sometidos a la ley, sino que también estará el legislador sometido a la Constitución, cuyos límites y principios no podrá violar ni alterar o desvirtuar (art. 28.) De tal manera todos los órganos del Estado, todas las manifestaciones posibles de su actividad, incluso las que otrora se pudieron considerar como supremas, están hoy sometidas a un nuevo orden jurídico superior. Esto ha de ser un paso de suma importancia para el posterior desarrollo del derecho administrativo, sobre la base de los principios constitucionales, y no sólo legales o reglamentarios.

17. *La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad*

De este modo, lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, el sometimiento de la administración a la ley, aunque en modo alguno deba ni pueda abandonarse, queda de todos modos relegado como una etapa más en la evolución. Ya no basta con que la administración esté sometida a la ley, sino que es también necesario que la ley esté sometida a la Constitución, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, superando así el dogma de la soberanía popular representada en el Parlamento, y pasando a la representación de la soberanía del pueblo en la Constitución.

Esta transición otorga un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete último del significado de las normas constitucionales y, por lo tanto, de la validez de las normas legislativas,[57] aunque no en todos los países los jueces adoptan la postura que les corresponde de acuerdo con su deber constitucional. Sobre esto ya hemos hablado al analizar las bases políticas del derecho administrativo.

De cualquier modo, el Poder Judicial ha sentado algunas reglas de fundamental importancia para el control de la constitucionalidad de las leyes, enunciando en particular el principio de la "razonabilidad" de las leyes, de acuerdo con el cual toda ley que sea *desproporcionada* en los medios que emplea con relación a sus fines, o que sea arbitraria, debe ser tachada de inconstitucional y, por lo tanto, no

[57] Sobre los problemas de la transición de una a otra etapa y el rol del juez, ver MARCIC, RENÉ, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, esp. p. 231 y ss.; ERMACORA, FÉLIX, *Verfassungsrecht durch Richtrspruch*, Karlsrube, 1960, quien señala como principales tareas de la jurisprudencia en la interpretación constitucional las siguientes: 1°) formulación de un sistema de principios del derecho público; 2°) asegurar la efectividad de los principios estructurales de la constitución; 3°) desarrollar el derecho constitucional a partir de las normas constitucionales, en general, y 4°) en particular, para efectividad de los derechos fundamentales y de la libertad, entre otras: *Op. cit.*, p. 12 y ss. Ver también, de MARCIC, RENÉ, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 86 y ss.

aplicada.[58] Es de lamentar con todo, que esta atribución sea ejercida con excesiva prudencia y, por tanto, con insuficiencia.

18. *Los derechos individuales frente al Estado*

De todos modos, la Constitución no es en este caso un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; es un auténtico y efectivo *orden jurídico imperativo*, tanto para el Estado como para los habitantes.

Este orden jurídico constitucional, al crear al Estado y reconocerle ciertas facultades frente a los habitantes, establece y reconoce también los derechos de los individuos frente al Estado.[59] La Constitución ofrece un cierto equilibrio de las atribuciones que otorga; por un lado reconoce algunas atribuciones al Estado, pero por el otro lado reconoce ciertos derechos inalterables a los individuos. Ni uno ni otros pueden tener una supremacía; ambos deben armonizarse mutuamente dentro del marco del orden jurídico constitucional. Es fundamental advertir que la enunciación de los derechos de los individuos no es una mera declaración programática: Es una norma jurídica imperativa, impuesta por el pueblo al Estado al que también reconoce aquellas facultades. Tal como lo señala Alberdi, "La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional."[60]

En definitiva, tenemos que del orden jurídico constitucional nacen en igualdad de situación y en equilibrio necesario, los derechos de los individuos y las atribuciones del Estado; que estas últimas no tienen en ningún caso características supra-jurídicas, de "soberanía" o "imperio:" Son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho; si esas facultades son ejercidas con exceso, se transforman en antijurídicas, y serán dejadas sin efecto por los tribunales ante el reclamo del individuo afectado.

19. *Preexistencia de los derechos individuales respecto a la ley*

Por tales razones los derechos individuales preexisten a las leyes y a los actos administrativos: El art. 14 de la Constitución argentina expresa, similarmente a otras constituciones, que los habitantes de la Nación "*gozan* de los siguientes

[58] Ampliar en LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 228 y ss.; LINARES, *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1971.

[59] Como dice BRUNNER, GEORG, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Colonia, 1963, pp. 105-106, es una característica esencial de los derechos fundamentales que "ellos se dirigen contra el Estado," son su límite, y por ello sólo serán verdaderos cuando se apliquen "también contra la voluntad del Estado" (*op. cit.*, p. 196.)

[60] ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio," o sea, que los derechos existen y los habitantes los gozan *ya*, desde el mismo momento en que la Constitución se ha dictado. Las leyes podrán regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, por imperio de la Constitución.

Inversamente, si la ley quiere desconocer el derecho individual, reglamentándolo irrazonablemente, modificándolo o alterándolo de cualquier otro modo, tal ley es írrita, y el derecho individual mantiene su vigencia a pesar de la ley que inconstitucionalmente ha querido desconocerlo. Expresa el art. 28 de la Constitución, por su parte, que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio," y a los jueces corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto administrativo que haya intentado desconocer o alterar un derecho individual, y restablecer de tal manera el imperio de la norma constitucional.

Por ello es dable afirmar que las normas constitucionales, y en particular aquellas que establecen los derechos de los individuos frente al Estado, son imperativas y deben ser aplicadas tanto si no hay ley que los refirme, como habiéndola, como existiendo una ley que pretenda negarlos; es decir, existen y deben ser aplicados tanto *con, contra* o *sin* la ley. Son, pues, absolutamente independientes de la voluntad de los órganos del Estado, precisamente porque ellos integran un orden jurídico constitucional superior al Estado.

V. Bases sociales del derecho administrativo: Estado de derecho y Estado de bienestar

20. *Los derechos individuales en el Estado de Derecho*

Estos principios que enumeramos anteriormente y otros más de índole similar, integran así uno de los más trascendentales avances en la organización política y jurídica de los pueblos, que se designa por lo general bajo el nombre genérico de "Estado de Derecho." El concepto de "Estado de Derecho," por cierto, no es unívoco, y ha sufrido una evolución que lo ha ido perfeccionando: En un primer tiempo se pudo decir que lo fundamental era el respeto a la ley por parte del Poder Ejecutivo; esto era el todavía vigente principio de la *legalidad* de la administración. Luego los límites que el Estado de Derecho impone son extendidos a la propia ley: Se dice entonces, como ya vimos, que también la ley debe respetar los principios superiores; es el otro principio fundamental del respeto a la Constitución por parte de las leyes, manifestado a través del control judicial de dicha constitucionalidad. El individuo aparece así protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: Por un lado, que la administración respete a la ley, y, por el otro, que el legislador respete la Constitución. El centro

de la cuestión radica siempre, como se advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos.

Ahora bien, esta magnífica concepción del Estado de Derecho es ante todo negativa: Ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares. La ya citada frase de Alberdi puede, nuevamente aquí, ser considerada definitoria: "La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano... *para refrenar y limitar a sus delegatarios*, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional." Es muy explicable que esto sea así, y muy justificado también, pues siempre ha habido y habrá tal vez en el mundo experiencias de gobiernos totalitarios que quieran obrar arrasando a los individuos: Contra esos gobiernos protege la idea del Estado de Derecho, como una valla, como un límite.[61]

20.1. *Crisis del liberalismo clásico*

Pero, si bien ello es justificado y completamente necesario, no es suficiente. El tiempo ha demostrado que el solo cumplimiento de los postulados de libertad e igualdad con la protección del Estado, puede resultar en verdaderas paradojas, pues la sociedad presenta a menudo diferencias económicas y sociales entre sus componentes, que no hacen sino acentuarse continuamente en un régimen puramente negativo de organización política, es decir, en un régimen que se contenta con proteger los derechos de propiedad, libertad, etc., tal y como los encuentra, sin preocuparse de mejorarlos cuando de hecho son insuficientes. Si el Estado se limita a contemplar impasible cómo las diferencias sociales se van acentuando de hecho, sin tomar ninguna acción para ayudar a los más necesitados a progresar parejamente con los demás, estaría contribuyendo tácitamente a una verdadera negación de los derechos que postula para los individuos. De nada serviría *reconocer* a "todos" los individuos un derecho a la propiedad, o libertad de trabajo, o de enseñar y aprender, si las condiciones socioeconómicas imperantes (miseria, enfermedad, accidentes, ignorancia, vejez) excluyen permanentemente a algunos individuos de toda oportunidad de ser propietarios, trabajar libremente, o aprender y enseñar. Esa es la paradoja que el "Estado de Derecho" en un planteo muy tradicional, no había podido al parecer superar.

21. *Las respuestas autoritarias: La negación de los derechos individuales*

Contra esa aparente contradicción surgen en determinado momento las doctrinas que vuelven al punto de partida: Para lograr condiciones sociales y económicas justas para todos, no encuentran otro camino que la rotura total del principio del Estado de Derecho; la negación de todos los derechos individuales y la postulación

[61] Ver también SMEND, RUDOLF, *Staatsrechliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, p. 311 y ss., su artículo *Bürger und Bourgeois in deutschen Staatsrecht*.

terminante del autoritarismo: Es la "dictadura del proletariado," o cualesquiera de las otras formas similares que en una corriente negatoria de los derechos pueden encontrarse.

Si bien los autores han hablado y hablan con frecuencia de la instauración de una "legalidad socialista,"[62] ésta es radicalmente distinta en su finalidad y en su función de la idea de legalidad habitual en el mundo occidental: No trata de proteger individuos o situaciones, sino de crear situaciones nuevas, específicamente, la sociedad socialista.[63] Sin perjuicio de que tiene otros méritos, no tiene el de garantizar la seguridad jurídica o la libertad política, y con ello constituye obviamente otro extremo opuesto, igualmente criticable —aunque con distintos motivos— que el del liberalismo capitalista.

21.1. *Crisis del autoritarismo*

Pero esto tampoco ha probado ser una solución, pues tiene la misma contradicción interna del liberalismo clásico, sólo que a la inversa: Por pretender asegurar a los individuos una situación económica y social satisfactoria, los priva del goce de los derechos de la libertad en sus distintas manifestaciones; también es paradojal de este modo, afirmar que a un individuo se le ha dado una condición social digna si no se le deja expresar su pensamiento, trabajar libremente, entrar y salir del país, etc. Así como no hay verdaderos derechos sin condiciones económicas y sociales para ejercerlos adecuadamente, así tampoco habrá condiciones económicas y sociales verdaderamente justas si no se otorgan derechos para disfrutarlas. En este último aspecto, puede recordarse con RADBRUCH que "de ninguna manera es derecho todo lo que al pueblo aprovecha," sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.[64]

Y desde luego, no podremos llamarnos a engaño con que se nos diga que la negación de los derechos individuales es sólo temporaria, mientras se rompan las estructuras o superestructuras económicas existentes y que una vez lograda tal finalidad podrá otra vez darse el pleno goce de todos los derechos, puesto que: *a)* la experiencia de los que lo han intentado demuestra que la "temporariedad" es poco menos que permanencia; *b)* la prolongada inactividad en el ejercicio de un derecho termina necesariamente por atrofiarlo, tal vez definitivamente; sólo el ejercicio constante de los derechos individuales es la auténtica garantía de su

[62] Desde luego, se trata de la "legalidad comunista," que nada tiene que ver con los socialdemócratas europeos.

[63] Ampliar en BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización,* Madrid, 1965, pp. 30-36, y su lúcida comparación de la "legalidad individualista," la "legalidad socialista," y la "legalidad social."

[64] RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*, Buenos Aires, 1962, p. 36.

supervivencia;[65] c) por lo demás, tan válido como querer suprimir "por ahora" los derechos individuales para lograr las condiciones económicas deseadas, sería suprimir "por ahora" las aspiraciones de una mejor situación económica para afianzar mientras tanto las libertades existentes. Ambos caminos son ilógicos y contradictorios, pues lo que cada uno postula como básico es en verdad inseparable de lo otro. Ha dicho Hobhouse comparando al liberalismo y al socialismo, que en verdad "los dos ideales no están en conflicto, sino que se complementan,"[66] y lo único verdaderamente incompatible es justamente el resultado incidental que dan: En un caso, la perpetuación de la desigualdad económica, en el otro, la destrucción de los derechos individuales.

Por lo demás, hay una profunda contradicción en definir a la libertad como una organización social que "crea las condiciones óptimas para dar una completa respuesta a las necesidades fundamentales del hombre, sea ellas materiales, psicológicas o intelectuales" y que "permite esta expansión de los comportamientos humanos,"[67] si el sistema creado para lograrlo no permite justamente la expansión intelectual, psicológica, cultural y, a veces, ni siquiera física (la mera traslación de la persona de un lugar al otro, dentro o fuera del país, etc.) En esas condiciones es absurdo afirmar que se ha logrado cumplir el postulado del cual se partió. En otras palabras, el socialismo autoritario encierra la misma paradoja, la misma contradicción fundamental, que el liberalismo clásico.

Y es llamativo que, teniendo en última instancia fines coincidentes, y profunda antítesis en los medios para conseguirlos, tanto el uno como el otro fracasen en realizar una perfecta unión de fines y medios. Ello demuestra bien a las claras que en ambos casos los medios elegidos son erróneos e inadecuados para producir los resultados deseados.

22. *Una nueva solución: El Estado de bienestar*[68]

Apartándonos de ambos extremos y buscando justamente la unión de aquello que ha sido lo fundamental en el Estado de Derecho (las garantías individuales

[65] O como dice MANHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática,* México, 1960, p. 168: "... una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura; hay que ahogarla en ciernes, lo cual requiere un nivel nuevo, hasta ahora desconocido, de atención alerta por parte del pueblo, que habrá de estar en guardia ante los peligros que amenazan a la sociedad por parte del personal, las técnicas y las estratagemas de los grupos usurpadores." En igual sentido WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann. Arbor, 1963, pp. 85-86.

[66] HOBHOUSE, *Democracy and Reaction,* Londres, 1903, p. 228.

[67] JANNE, HENRI, "Les problèmes de la planification," en el libro del mismo nombre, Bruselas, 1963, p. 123.

[68] Ampliar: PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y administración pública*, Civitas, 1983; TREVES, GIUSEPPINO, "El Estado de bienestar en el Estado de Derecho," en revista *Derecho del Trabajo,* Buenos Aires, 1959, t. XVIII, p. 5 y ss.; ROBSON, WILLIAM A., *The Welfare State*, Londres, 1957, traducción de DIFRIERI, JORGE A., Buenos Aires, 1965 (mim.); MYRDAL, GUNNAR, *Beyond the Welfare State*, Londres, 1960.

de la libertad) y esto que ahora se aparece como indispensable (la superación del ahogo económico y social), surge en los últimos años la concepción del "Estado de Bienestar" o Estado Social de Derecho,[69] Estado Social,[70] Estado de Desarrollo,[71] etc. Como dice TREVES: "Se trata de una forma de Estado que interviene activamente a favor de los ciudadanos y especialmente de los menos pudientes, quienes más necesitan de su ayuda. Su campo de acción es especialmente económico, a fin de lograr la «libertad de la necesidad.»"[72] O en otras palabras, desde ahora "la idea central en que el derecho... se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico."[73]

Siguiendo otra vez a MANNHEIM, "La esencia del cambio consiste en pasar de la garantía negativa de la libertad y la propiedad a ejercer un influjo positivo en el proceso de la producción y de la distribución de la riqueza."[74] La tendencia contemporánea es hacia la inclusión de cláusulas sociales en la Constitución.[75]

23. *Estado de Derecho y Estado de bienestar*

La diferencia básica entre la concepción clásica del liberalismo y la del Estado de bienestar, es que mientras en aquélla se trata tan sólo de ponerle vallas al Estado, olvidando de fijarle también obligaciones positivas, aquí, sin dejar de mantener las vallas, se le agregan finalidades y tareas a las que antes no se sentía obligado. La identidad básica entre el Estado de Derecho y el Estado de bienestar, a su vez, reside en que el segundo toma y mantiene del primero el respeto a los derechos individuales, y es sobre esa base que construye sus propios principios. Ahora bien, ¿qué relación hay entre ellos? ¿Se trata de una noción que ha venido a sustituir a la otra?

[69] BACHOFF, OTTO, *Begrif und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, separata*, Darmstadt, 1968; FORSTHOFF, ERNEST, *Rechtsstaat im Wandel*, Sttutgart, 1954, p. 27 y ss.; XIFRA HERAS, JORGE, *Curso de derecho constitucional*, t. II, Barcelona, Bosch, 1962, p. 39 y ss., y otros.

[70] BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, p. 58 y ss.; BONAVIDES, PAULO, *Do estado liberal ão estado social*, San Pablo, 1961, p. 203 y ss.

[71] OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, 1969, p. 13 y ss.

[72] TREVES, *op. cit.*, p. 5.

[73] RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162, haciendo referencia en particular al derecho del trabajo. Es muy importante destacar que estas reflexiones en el sentido de que el orden jurídico debe buscar la igualdad entre las personas, y no presuponerla en modo algo simplista, deben aplicarse también al Estado: También ha de ser aspiración del jurista y del mundo moderno eliminar las arbitrarias sumisiones que a veces los individuos deben sufrir a manos del Estado; y lograr también allí la aspiración de igualdad. El Estado debe también ser demandable, responsable, obligado, etc., como un sujeto más del orden jurídico, para que realmente se satisfaga la meta de igualdad humana.

[74] MANHEIM, *op. cit.*, p. 43; BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, p. 43.

[75] PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pp. 29-94.

En realidad, si tomamos la noción tradicional de Estado de Derecho parecería tal vez que ha sido sustituida por la del Estado de bienestar; pero ello no sería verdaderamente exacto. A nuestro juicio, la noción de "Estado de bienestar" ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola y actualizándola, pero en modo alguno suprimiéndola. En rigor, la noción de "Estado de bienestar," tomada aisladamente, podría también resultar insuficiente, por cuanto hace principal hincapié en la acción positiva que el Estado debe tener, dando en cierto modo por supuesta la existencia de todos los límites negativos que la doctrina clásica del Estado de Derecho se ha ocupado de construir. Este supuesto no puede perderse de vista, ni aislarse conceptualmente, so pena de caer en los excesos totalitarios a que ya nos hemos referido.

Desde luego, no existe antítesis entre ambos conceptos, como algunos autores han querido encontrar. Como afirma Treves, "también el «Estado de bienestar» se preocupa por la libertad de los individuos y se esfuerza por extenderla, poniendo a disposición de ellos toda una serie de servicios sociales." El hecho de que la idea del Estado de bienestar implique en algunos casos restricciones a los derechos individuales para mejor lograr ciertos objetivos de bien común, tampoco es demostración de que sería antitética con la noción de Estado de Derecho, pues ésta también admite la limitación de los derechos individuales con finalidades de interés público. Y, en definitiva, "si el «Estado de bienestar» reduce por un lado la esfera individual, lo hace para poder acrecentarla por otro," por lo que "la afirmación del *Welfare* State no implica de por sí una negación del *Rechtsstaat*, sino que presupone, en cambio, su permanencia y hasta su expansión."[76]

24. *Garantías individuales y garantías sociales*

Dentro de la temática del Estado de bienestar se habla a veces de "garantías sociales," que serían las manifestaciones concretas de sus postulados: El amparo del trabajador, la asistencia social, los seguros sociales, etc.; incluso algunas constituciones modernas incluyen entre los derechos de los individuos, al par de los clásicos, estos "derechos sociales." Según la formulación que se les dé, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la misma sanción de la norma constitucional y sin necesidad de norma legislativa alguna que los reglamente, o podrán en cambio resultar meros derechos programáticos, normas de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no deciden por su cuenta efectivizarlos. Entre los primeros figuran generalmente las disposiciones que establecen el derecho a la huelga, derecho esencialmente operativo; entre las segundas, normas que establezcan, por ejemplo, el derecho del obrero "a la participación en la dirección de las empresas," normas

[76] TREVES, *op. cit.*, p. 7. En igual sentido LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, San Pablo, 1966, p. 490.

esencialmente programáticas y que no son exigibles sin ley que las reglamente. Por lo general, la misma esencia de los derechos sociales exige para su operatividad la implantación de todo un sistema normativo e institucional, por lo que no suele ser suficiente la mera inserción en la Constitución de una "garantía social." Señala BURDEAU que "los textos que los enuncian están menos dirigidos a condensar en una fórmula solemne las realidades del derecho positivo, que a trazar para el futuro un programa al legislador;"[77] es decir, que generalmente la enunciación constitucional de tales derechos tendrá un mero carácter programático, y no será el actual y real conferimiento al individuo de un derecho subjetivo. En esa medida resulta a nuestro juicio dudosa la supuesta necesidad de modificar la Constitución para incorporarlos, ya que ellos pueden ser introducidos directamente por la legislación sin necesidad de una reforma constitucional previa, y, a la inversa, sin esa legislación y esa instrumentación práctica, no existirán en la realidad, a pesar de que en la Constitución se los incluya como normas programáticas. Con todo, no interesa aquí teorizar acerca de cuál es el criterio que habrá de seguirse para interpretar una norma constitucional a efecto de determinar si los derechos sociales que "crea" son normas imperativas o programáticas, sino plantearse cuál es la relación concreta que existe entre los "derechos sociales" de contenido actual e imperativo, y los tradicionales derechos individuales también dotados de imperatividad actual.

24.1. *Acerca de la posible contradicción entre ambas*

BURGOA, refiriéndose a la Constitución mexicana, plantea expresamente la cuestión: "... se ha afirmado que nuestra Ley Fundamental es incongruente consigo misma, puesto que, por una parte, consagra garantías individuales y, por otra, establece garantías sociales, conceptos ambos que a veces se oponen."[78] "Ante tal aparente oposición entre las garantías individuales y las sociales, al menos en materia de trabajo, nos formulamos la siguiente cuestión: ¿Son en realidad incompatibles las garantías individuales y las sociales? ¿Existe efectivamente oposición entre ambas?"[79]

Este autor resuelve la cuestión señalando que "las garantías individuales persiguen como objetivo proteger al individuo como *gobernado* frente a las arbitrariedades e ilegalidades del poder público, frente a los desmanes de las autoridades depositarias del ejercicio de la actividad estatal," mientras que las garantías sociales tenderían a proteger sólo a las clases económicamente inferiores, y no tanto frente a las autoridades públicas, sino frente a las clases económicamente más poderosas.[80] En sentido similar BURDEAU considera que los derechos so-

[77] BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; KELSEN, HANS, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, pp. 261-262.

[78] BURGOA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, México, 1961, p. 184.

[79] BURGOA, *op. cit.*, p. 185.

[80] *Op. cit.*, pp. 186-187.

ciales son de una clase y específicamente de la clase obrera.[81] No creemos, sin embargo, que el problema pueda resolverse de ese modo, a) porque las garantías individuales clásicas no sólo son oponibles al Estado, sino también a los demás habitantes (libertad, etc.), aunque la finalidad esencial sea la primera; b) porque las garantías sociales, por su parte, tampoco son exclusivamente oponibles a otros individuos económicamente más poderosos, sino también, en muchos casos, al mismo Estado (jubilación, seguro social, asistencia médica); c) por último, porque no sólo las clases obreras o económicamente inferiores pueden ser titulares de los derechos sociales; prueba de ello es *que existan sistemas jubilatorios no sólo para los obreros*, sino también para los profesionales e incluso para los propios empleadores, patrones y propietarios en general; lo mismo puede decirse del derecho a la asistencia médica gratuita, tanto en un sistema de medicina privada con hospitales públicos, como en un sistema de medicina socializada.

24.2. *Complementariedad*

En realidad, ambos tipos de garantías —si es que una tal división puede efectuarse— se complementan y reafirman mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementan recíprocamente. ¿Podríamos acaso decir que la libertad de enseñar y aprender sería efectiva sin una libertad de expresión del pensamiento? ¿O que la libertad personal sería plena sin la libertad de entrar y salir del país? Evidentemente, no: La existencia de cualquier garantía de libertad será siempre más plena y efectiva en la medida en que existan también las llamadas garantías sociales; por ello, la existencia de éstas, lejos de significar una contradicción con aquéllas, implica en cambio su revitalización más plena; como diría BURDEAU, los derechos sociales "revalorizan la libertad."[82]

Desde luego, siempre existirá el problema de la medida de cada uno de los derechos: Si exacerbamos los derechos individuales en detrimento extremo de los sociales (por ejemplo, negando la posibilidad de expropiar tierras en forma adecuada para realizar una reforma agraria), estaremos desvirtuando el Estado de bienestar; y si exacerbamos los derechos sociales en perjuicio excesivo e irrazonable de los derechos individuales estaremos violando el régimen del Estado de Derecho. Se trata de una cuestión de equilibrio, a resolverse en forma justa y razonable en cada caso; que puede, por la humana falibilidad, resolverse en alguna oportunidad erróneamente, en uno u otro sentido, pero no por ello configura una antítesis, directa ni indirectamente.

[81] *Op. cit.*, p. 310.
[82] *Op. cit.*, p. 311.

25. *La libertad en el Estado de bienestar*

Como afirma ROBSON: "*La libertad debe desempeñar un papel vital en el Estado de bienestar y un interrogante crítico de nuestro tiempo es hasta dónde la libertad es compatible con un grado sustancial de igualdad*. La respuesta, como HOBHOUSE claramente vio, depende de qué entendemos por libertad. La idea tradicional de libertad ha sido la ausencia de restricciones por el Estado. Postula que los hombres deben ser libres para seguir la ocupación que ellos elijan, disponer de su capital o de su trabajo como les plazca. Deben tener libertad de expresión y de reunión, libertad para no ser detenidos y encarcelados arbitrariamente, libertad para asociarse con otros en organizaciones de grupos por propósitos sociales, políticos o económicos. Estos tipos de libertad han sido protegidos por la ley, por la administración de justicia independiente, y por la democracia política. Realmente, una de las grandes diferencias entre el Estado de Bienestar y el régimen totalitario reside en la presencia de tales salvaguardias de la libertad individual. Ningún país que tenga policía secreta, en el cual los ciudadanos están expuestos a arrestos arbitrarios, donde las ideas peligrosas pueden llevar a juicio criminal, donde es un crimen propugnar un cambio de gobierno puede ser un Estado de bienestar."

"No obstante, las antiguas formas de libertad no son suficientes para asegurar el bienestar, y ellas necesitan ser suplementadas por una nueva interpretación de la libertad. La libertad debe ser positiva y no solamente negativa. Debe existir no solamente libertad contra el Estado, sino también libertad alcanzada a través del Estado en la forma de oportunidades para el completo desarrollo ofrecido a cada individuo."

Cuando uno contempla la amplia cantidad de protección que el Estado de bienestar otorga (legislación protectora de los niños, las mujeres, los trabajadores; servicios sociales para la rehabilitación de las personas accidentadas, abandonadas o incapacitadas; educación a la juventud; servicios de prevención y cura de enfermedades; fomento de las actividades recreativas, etc.), se concluye en que: "No se puede afirmar que esta vasta estructura de actividad colectiva administrada por las autoridades públicas o por cuerpos de voluntarios ayudados por dineros públicos, ha sido hostil a la libertad. Por el contrario, ha incrementado la libertad de millones de individuos extendiendo el campo de actividades abierto a ellos, enriqueciendo la sustancia de sus vidas permitiéndoles una oportunidad más amplia para la auto-expresión y participación. HOBHOUSE señaló que "existen otros enemigos de la libertad además del Estado, y que es en efecto, por medio del Estado que los combatimos." Añadió, no obstante, que no podíamos presumir que cada ampliación de los actos del Estado fuera favorable a la libertad. Si el Estado interviene en el control de la vida personal y familiar, si decide lo que se debe vender y comprar, restringe la entrada y salida del país, persigue a los hombres

por sus opiniones, establece un sistema de espionaje sobre la vida privada de sus ciudadanos y requiere constantes registramientos con propósitos múltiples, tales acciones son claramente opuestas a la libertad."[83]

Por ello, entendemos que la ampliación de la esfera de actividad del Estado es sólo admisible en tanto no implique una invasión de las libertades públicas (expresión del pensamiento, domicilio, correspondencia, reunión, salir del país, etcétera) o una irrazonable restricción de los demás derechos individuales; más allá no sólo salimos de la esfera del Estado de Derecho, sino también de la del Estado de bienestar.

26. *La libertad del consumidor*

Una de las críticas que inicialmente se han hecho a la planificación y al Estado de bienestar, es que ellos suprimen la libertad económica de elección por parte del consumidor, al impedirle comprar lo que quiere y forzarle a comprar sólo de entre aquellas cosas que el planificador quiere que consuma: "Si la oferta está fijada rigurosamente en calidad y cantidad por los planificadores, la libertad estará extremadamente reducida."[84]

En realidad, es necesario distinguir entre "libertad de consumir" y "obligación de consumir." Ni una ni otra existen plenamente en uno o en otro caso, según veremos.

La libertad del consumidor se estructura generalmente alrededor de los siguientes elementos:

a) Dentro del sistema del mercado libre, las instituciones permiten a los consumidores elegir los bienes y servicios que les brindan mayor satisfacción; el libre juego de la empresa privada, pues, maximiza la satisfacción del consumidor;

b) a través de la libertad de comprar lo que quiere, el consumidor puede influir mediante su demanda sobre los planes de producción, encauzándolos hacia las actividades para las que hay mayor demanda.[85]

26.1. *Crítica al principio de la libertad del consumidor*

Se reprocha a la primera afirmación el que no existe nunca verdaderamente "libertad del consumidor," puesto que:

a) "*El mercado atiende a todo el que posee ingreso que gastar* sin que importe la distribución del ingreso entre los individuos;"[86] dicho en otras palabras, el acceso del consumidor al mercado está "bloqueado" por las instituciones económicas;

[83] Robson, *op. loc. cit.*

[84] Lambert, M. P., "Les principaux types de planification," en el libro *Les problèmes de la planification*, Universidad Libre de Bruselas, Bruselas, 1962, pp. 33 y 27 y ss.

[85] Lambert, M. P., *op. loc. cit.*

[86] Hagen, Everet E., *Planeación del desarrollo económico*, México, 1964, p. 23.

b) el consumo de los individuos se ve determinado por su escala de necesidades, pero ésta es a su vez una resultante de pautas sociales,[87] de "hábitos de consumo" que están creados por el medio social, la propaganda empresaria,[88] etc., con lo cual su "libertad" no resulta ser tal; se ha dicho incluso que el consumidor actúa por *determinismo*.[89]

c) Se agrega, por fin, que la satisfacción del consumidor no es ajena a la planificación, y que ésta puede también maximizar la satisfacción a través de un análisis de la "estructura de la demanda de los consumidores," y de su influencia sobre los precios relativos del mercado.[90]

Se expresa también que la planificación en realidad no viene a suprimir esta libertad relativa que existe en un sistema no planificado; que no pretende imponer un consumo determinado, sino que el consumidor siempre tendrá la elección final entre consumir o no, o entre qué cosas consumir. Se afirma que la libertad del consumidor "no quedaría suprimida más que por la introducción de un *sistema de racionamiento* análogo al aplicado en tiempo de guerra y que sólo permite al consumidor adquirir cantidades determinadas de los diferentes productos. Pero *racionamiento y planificación* no son idénticos. Por el contrario, veremos que *no hay posibilidad de planificación racional más que en el marco de una cierta libertad de consumo*."[91]

26.2. *Evaluación de las críticas*

Con todo, estas observaciones pecan en parte de forzadas. Es cierto que la planificación no sustituye la *elección pura* —que por otra parte no existe— por la *orden pura* —que sería absurda e irracional—; pero no es cierto que la relativa libertad de consumir que existe en un mercado libre, no sufre alteración alguna al pasarse a un sistema planificado. Es evidente que esa *relativa* libertad de elección se ve transformada en una distinta *relativa* libertad de elección, aunque de naturaleza y alcances diversos. El consumidor ya no estará tal vez bloqueado por las instituciones económicas, pero en lugar de que sus hábitos de consumo estén determinados por pautas sociales o por la propaganda empresarial, estarán ahora determinados por pautas gubernamentales y por la propaganda gubernamental;

[87] BETTELHEIM, CHARLES, *Problemas teóricos y prácticos de la planificación*, Madrid, 1962, p. 27.

[88] Ver AUSTRUY, JACQUES, *Le scandale du développement*, París, 1965, pp. 72 y 73. Desde luego, no puede dejar de verse el clásico libro de PACKARD, VANCE, *The Hidden Persuaders*, sobre las formas sutiles que la propaganda asume.

[89] BETTLEHEIM, CHARLES, *op. loc. cit.*

[90] DOBB, MAURICE, artículo "Planificación, en el Diccionario de economía política," de NAPOLEONI, CLAUDIO, Madrid, 1962, pp. 1299-1324, quien agrega, con referencia a la planificación soviética: "... si se analizan las recientes variaciones de los precios, especialmente después de la segunda guerra mundial, se puede comprobar que los artículos que se ofrecen en cantidades insuficientes en relación con su demanda tienden a ser aumentados en el siguiente período de planificación, y que la medida de tal aumento depende de la medida de la insuficiencia de la oferta."

[91] BETTELHEIM, *op. cit.*, p. 27.

la maximización de su satisfacción, en lugar de obtenerla en forma principal directamente a través de su poder de compra, la obtendrá indirectamente a través de las valoraciones de los organismos de planificación.

Tampoco es cierto que planificación y racionamiento nunca lleguen a confundirse: Si se adopta el principio de la *gratuidad* de algunos productos, como lo han ensayado ya algunos países socialistas, es evidente que al faltar el parámetro de los precios, que funciona como elemento de repartición (compra quien quiere y tiene el dinero para hacerlo), debe crearse un nuevo sistema de repartición: Tal sistema sólo puede ser autoritario, similar a los racionamientos de la guerra, ya que el producto gratuito se habrá de entregar a las personas que acrediten que no lo han recibido anteriormente, que se encuentran dentro de las condiciones legales establecidas para recibirlo, etc.; en otras palabras, quien tenga el vale o tiquet de racionamiento, o figure en la lista que al efecto se confeccione.[92] Como se advierte, la supresión de los precios lleva inevitablemente a un sistema de racionamiento,[93] y esto, tanto socialistas como no socialistas están de acuerdo, no conduce a una optimización de la satisfacción del consumidor.[94]

26.3. *La libertad de elección depende del sistema de planificación adoptado*

Siendo ello así, es obvio que los extremos absolutos no deben ni pueden existir, en materia de libertad del consumidor. En otras palabras, lo que ocurre es que a una falta de libertad absoluta se sustituye otra falta de libertad absoluta: Por ello, para poder establecer si la planificación altera o no la libertad del consumidor, es necesario determinar de qué naturaleza es esta nueva libertad relativa que suplanta a la anterior: Esto, a su vez, se logra analizando cuál es el tipo de planificación empleado.

Si la planificación es imperativa y unilateral, entonces pareciera no haber duda de que la anterior libertad relativa se ha visto sustituida por otra de mayor relatividad aún: La maximización de la satisfacción del consumidor se verá lograda sólo si el órgano técnico acierta en la elección que hará unilateralmente y sin consultar a la comunidad; además, su decisión se transformará en una imposición para toda la economía. En cambio, si la planificación es indicativa, y si el plan sólo se elabora en plena armonía y concertación con los representantes de la comunidad, a través de comisiones mixtas que trabajan en él, entonces sí no puede verdaderamente afirmarse que la planificación sea limitativa de la libertad

[92] LAMBERT, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

[93] LAMBERT, *op. cit.*, p. 34.

[94] LAMBERT, *op. cit.*, p. 34. Ya citamos más arriba a DOBB, MAURICE, cuando expresa que "racionamiento y planificación no son idénticos... no hay posibilidad de planificación racional más que en el marco de una cierta libertad de consumo." (*Op. cit.*, p. 27.) Cuando el bien es gratuito, nadie se va a privar de consumirlo, con lo cual la libertad de consumo en la práctica no existe; y para evitar que sea consumido en forma no igualitaria, se impone un sistema de control que no es otra cosa que un racionamiento.

de elección del consumidor, ni que resulte en una restricción de su satisfacción en la elección del consumo que va a realizar; por el contrario, la planificación elimina algunos —no todos, pues ello resultaría imposible—de los obstáculos que hacen relativa la libertad del consumidor, y le da en esa medida un grado algo mayor de libertad de consumo. Desde luego, la *absoluta* libertad del consumidor nunca podrá existir, sea en un sistema planificado imperativa o indicativamente, o en un sistema no planificado; pero ello es algo específico al derecho de consumir lo que desea, sino común a todos los derechos, si se tiene presente que ningún derecho es absoluto.

Por lo demás, también tiene su importancia para determinar el grado de optimización que se puede lograr en la satisfacción del consumidor, saber si existe o no una auténtica libertad de prensa: Si ella no existe, la prensa sólo hará algunas críticas anecdóticas y mínimas a los defectos del sistema de planificación en satisfacer al consumidor;[95] si, en cambio, "la democracia política es real, si la libertad de prensa es real, puede haber un control de la calidad infinitamente más eficaz."[96]

27. *Orden y libertad*

Lo que acabamos de decir, acerca de la falta de absoluta libertad del consumidor, en cualquier sistema, y de la inutilidad de un reparto autoritario similar a los racionamientos de guerra, como maximización de la satisfacción del consumidor, nos lleva también al planteo fundamental del orden y la libertad.

"Estado e individuo, orden y libertad: La tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble,"[97] se ha dicho, pero no debe pensarse que asegurar simultáneamente el orden y la libertad sea imposible;[98] la tensión o el conflicto no es insoluble, aunque es claro que la obtención de un equilibrio dinámico entre ambos, ha de ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna. No es de extrañar, entonces, que aparezcan muchas "soluciones" que se salen del cauce y sacrifican el orden a la libertad, o la libertad al orden.[99]

Sin embargo, las posiciones antagónicas que sacrifican un extremo al otro, en última instancia se asemejan: El orden absoluto, en que la libertad es apenas una excepción, no es sino una apariencia de orden...,[100] y la libertad absoluta, en que

[95] Tal es el caso de la revista *Krokodil,* en la Unión Soviética, conocida por sus pullas menores a los defectos de calidad de la producción soviética, y que más que una crítica *del pueblo a su gobierno*, "es la crítica de los subordinados por los jefes," como acertadamente lo indica LAMBERT, *op. cit.*, p. 31.

[96] LAMBERT, *op. cit.*, p. 31.

[97] HASS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigunsgspflichten*, Karlsrube, 1955, nº 1, *supra*, p. 7. Nos permitimos reiterar esta cita en atención a que encierra, a nuestro modo de ver, el núcleo del problema de la materia. Sigue la misma idea DROMI, *Acto administrativo*, *op. cit.*, p. 3.

[98] SCHUMACHER, E. F., "Betrachtungen zur Wirtschaftslenkung in Grossbritannien," en el libro *Planung ohne Planwirtschaft*, dirigido por PLITZKO, ALFRED, Tübingen, 1964, p. 23.

[99] SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

[100] SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

la intervención ordenadora del Estado es también la excepción, no es sino una apariencia de libertad. Es que, en definitiva, una existencia humanamente valiosa no es posible ni en absoluta libertad ni en el absoluto orden: La cuestión central de la política es entonces: ¿Dónde libertad?, ¿dónde intervención ordenadora?[101] Esto nos lleva a la cuestión de determinar no sólo el tipo de planificación que adoptaremos, sino también el tipo de libertad que queremos lograr y/o asegurar, y el tipo de orden que queremos admitir.

28. *La distinción entre la libertad política y la libertad económica*

Pues bien, hemos esbozado ya en las páginas anteriores una distinción entre libertad política y libertad económica, o entre liberalismo político y liberalismo económico, que es de fundamental importancia para el tema de la planificación y la libertad. Desde luego, si se identifica el término genérico "libertad" con libertad tanto política como económica, estamos dando una definición semejante a la del *laissez faire*.

Sin embargo, esa asimilación total es inexacta: Primero, porque si bien es verdad que el liberalismo económico frecuentemente va acompañado del liberalismo político,[102] no resulta cierto lo contrario, o sea, que la falta de liberalismo económico (el intervencionismo del Estado) sea necesariamente causa de una supresión de las libertades políticas. Ejemplo de esto último puede serlo Inglaterra bajo gobiernos laboristas, país que se puede caracterizar en tales circunstancias como económicamente intervencionista y contrario al *laissez faire*, pero políticamente liberal y sumamente respetuoso de las libertades públicas.[103]

De todo ello sacamos la conclusión de que ambos tipos de libertad se disocian, y que la una no es necesariamente determinante de la otra. Por el contrario, intentaremos indicar en las páginas que siguen, que la unión de la plena "libertad económica" con la libertad política resulta de hecho negatoria o atentatoria contra la segunda; en otras palabras, que la libertad política no existe de hecho plenamente cuando hay también, al mismo tiempo, un completo liberalismo económico caracterizado por la clásica máxima del *laissez faire*.

A la inversa, deberá notarse igualmente que la existencia de libertad económica sin libertad política también resulta en última instancia irreal. Esto nos lleva a la aparente contradicción entre el concepto "liberal" de libertad (ausencia de toda restricción, de cualquier naturaleza, por parte del Estado) y el concep-

[101] SCHUMACHER, *op. loc. cit.*

[102] La inexistencia de controles económicos suele ir acompañada de inexistencia de restricciones políticas, aunque esto no sea una regla absoluta, como lo señalamos en la nota siguiente. Igualmente, es frecuente que las personas liberales en materia política sean también liberales en materia económica, es decir, que participen plenamente de la vieja idea del *laissez faire*.

[103] Por lo demás, la afirmación de que el liberalismo económico conlleva el liberalismo político no siempre es exacta tampoco: Puede servir de ejemplo de ello el caso de Rhodesia, que bajo el presente régimen puede considerarse un país económicamente liberal, pero políticamente autoritario; en igual situación se encuentra probablemente Africa del Sur.

to socialista de libertad (que la organización social permita a las personas el máximo de expansión),[104] pues si se piensa bien, ambos valores coinciden en su fin último, divergiendo, en cambio, en cuanto a cuál sea el medio por el cual ese fin debe expresarse.

29. *El tipo de planificación y la libertad política*

Con todo, es del caso recordar nuevamente que el tipo de planificación que se adopte tiene siempre una cierta fuerza atractiva hacia los caracteres mutuamente similares. No debe olvidarse nunca que si bien puede todavía ser posible hacer una planificación económicamente intervencionista, parcialmente imperativa, pero políticamente liberal, será muy difícil que la planificación sea políticamente liberal si además de económicamente intervencionista, es socialista, centralizada, total, completamente imperativa.[105]

30. *El equilibrio entre libertad y eficiencia*

Como dice Medina Echevarría,[106] "las fórmulas totalitarias —soviéticas y de otros tipos— serán quizá más eficaces en muchos casos, pero el hombre heredero de la mejor tradición europea preferirá siempre la posibilidad del diálogo o, si se quiere, el valor quizá intangible de la *legitimidad* sobre el pragmatismo de la *eficacia*." "Es evidente que nunca han existido regímenes perfectos ni momentos sin mácula —ni la misma Atenas de Pericles—, pero todo el esfuerzo europeo ha consistido en mantener a la inglesa un mínimo de equilibrio entre el poder civil y el militar, el temporal y el espiritual, el político y el económico, el administrativo y el parlamentario. Los momentos claros fueron cuando eso se pudo conseguir; los momentos oscuros, cuando se impuso la confusión o el predominio transitorio de uno u otro."

Es necesario entonces buscar y hallar, al emplear la planificación como instrumento del desarrollo económico y social, ese inasible equilibrio entre la eficacia y la libertad y procurar que ninguno de ellos sea sacrificado al otro; debemos buscar la eficacia, pero nunca a costa de la libertad. Lamentablemente, "las más nobles entre las palabras que el hombre inventó son como cuchillos romos por el uso;" "Por desgracia, no hay palabra más desgastada que «libertad.» Importa, sin embargo, invocarla de nuevo con la esperanza de apresar su sentido primigenio."[107]

[104] Janne, Henri, en su estudio sociológico sobre *Les problèmes de la planificación*, en el libro de igual título de la Universidad Libre de Bruselas, *op. cit.*, p. 117 y ss., p. 123, considera que ambos sistemas de significación son antinómicos; sin embargo, creemos más bien, como los indicamos en el texto, que tienen una profunda coincidencia valorativa, y que sólo se apartan en cambio, aunque radicalmente, en los medios con los cuales cada uno considera que deben obtenerse los fines buscados.

[105] Ampliar en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, y en *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, 1981.

[106] Medina Echevarría, José, *Consideraciones sociológicas sobre el desarrollo económico*, Buenos Aires, 1964, p. 129.

[107] Medina Echevarría, *op. cit.*, p. 130.

31. *Crisis y cambio*

Todo lo expuesto sobre el Estado de Bienestar ha tenido una potencialidad creciente durante varias décadas en las cuales muchos países iberoamericanos consiguieron niveles constantes de incremento de su desarrollo económico, lo cual facilitó la implementación de políticas redistributivas y correctoras de las desigualdades e injusticias sociales.

A partir de la década del ochenta, el excesivo endeudamiento de muchos países, en los cuales el sólo pago de los intereses de la deuda externa absorbe todo posible crecimiento y condena a un crecimiento negativo, con más una crisis económica general que objetivamente determina situaciones de austeridad pública, introduce nuevos condicionamientos y limitaciones a aquellas ideas. De alguna manera se tornan más críticos y necesarios algunos principios del derecho administrativo moderno: Participación decisoria de los ciudadanos, controles más eficientes de racionalidad, de oportunidad y mérito, mecanismos operativos de responsabilidad, etc.[108]

[108] Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestros libros *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982 y *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, *op. cit.*; *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, etc. Ver también las ponencias presentadas al Congreso Iberoamericano sobre *Democracia, Sociedad y Administración Pública*, INAP, Alcalá de Henares, España, 12 al 14 de junio de 1984, y nuestra comunicación acerca de *La participación administrativa.*

Capítulo II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Sumario

1. La división de los poderes y la libertad 85
2. Soluciones y dificultades existentes..... 86
3. Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica.. 88
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo, o sustancial) 90
5. Insuficiencia de los criterios "subjetivo" y "objetivo" 90
6. Concepto orgánico-material de función legislativa..... 91
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional..... 93
8. Alcance jurídico-político del problema..... 95
9. Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración 96
10. Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes 96
11. Resumen de las funciones del Estado..... 98
12. Otros problemas..... 99
12.1. La "jurisdicción voluntaria" y las leyes concretas..... 99
12.2. Funciones administrativas de órganos no estatales..... 99
12.3. Las funciones materiales del Estado..... 100

Capítulo II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1. *La división de los poderes y la libertad*

MONTESQUIEU, partiendo de la hipótesis certera de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él,[1] concibió su famosa teoría de la separación de los poderes.[2] Esta doctrina propone que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente;[3] ello, a su vez, se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos, constituidos por personas físicas distintas.

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.

Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. Precisando el lenguaje se habla ya más de "separación de funciones," antes que de separación de poderes, ya que el poder es uno sólo,[4] pero se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.

[1] "*C'est une experience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.*"

[2] Sobre el tema, ampliar en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944; IMBODEN, MAX, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, Berlín, 1959; MARTÍN MATEO, *op. cit.*, p. 38 y ss.

[3] "*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*"

[4] Con todo, por tradición, se sigue llamando "poderes" a los *órganos* básicos, del Estado: "Poder Legislativo," "Poder Ejecutivo" y "Poder Judicial."

Es de cierta importancia destacar que muy a menudo —incluso en fallos— se incurre en el error de suponer que división de poderes significa que cada uno de los tres poderes sea "soberano en su esfera," es decir, que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su propia actividad. Tal concepción es completamente errada, pues, reiteramos, lo esencial de la teoría analizada es la división de *funciones*, y no sólo la división en *órganos:* Una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.[5] De tal modo, división de poderes significa fundamentalmente que cada poder, cada órgano del Estado, tenga a su cargo *una sola función del Estado*, que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa en modo alguno *que la teoría misma* pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar *las tres funciones* en su propia esfera de actividad.

Resulta, pues, de lo que antecede que la "división de los poderes" se manifiesta en una "separación de funciones" correlativa de una separación de "órganos." Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, *es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados.* El Estado tendrá así tres tipos de órganos: Legislativos, judiciales y administrativos. Los órganos legislativos son las cámaras que integran el Congreso de la Nación; los órganos judiciales se caracterizan por constituir órganos imparciales (ajenos a la contienda) e *independientes* (no sujetos a órdenes de ningún superior jerárquico acerca de cómo deben desempeñar su función específica); los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: No son, pues, independientes.[6]

2. *Soluciones y dificultades existentes*

Todo sería sencillo si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativo (Congreso), administrativos (órganos dependientes del Poder Ejecutivo) y judiciales. (Órganos independientes.) Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde, y que, por lo tanto, la separación de funciones en cuanto atribución de éstas a órganos diferenciados, se realiza tan sólo imperfectamente. De allí también la dificultad en hallar la noción que identifique plenamente a cada una de las funciones estatales.

En efecto, la práctica y la doctrina han ido elaborando soluciones para casos concretos, antes que lineamientos generales convincentes, y es por ello que si

[5] GIACOMETTI, ZACARÍAS, *Allgemeine Yehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, p. 37 y ss.

[6] Como dice MERKL, ADOLF, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 59, los órganos administrativos están regidos por relaciones de dependencia que se traducen en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior."

en algunos casos puede afirmarse pragmáticamente con certeza de qué tipo de función se trata, en los más la duda es inevitable y permanente.

De las soluciones existentes veamos, por ejemplo, los actos y hechos que realiza el Congreso. Se conviene en que su actividad de control sobre el Poder Ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, venias, autorizaciones, etc.) es actividad administrativa; lo mismo se admite para otras labores propiamente ejecutivas del mismo cuerpo: Así, todo lo referente a la Biblioteca (organización, funcionamiento, compra de libros y de material, ficheros, etc.) y a la Imprenta (adquisición de material, edición de los diarios de sesiones, venta de éstos, etc.), al servicio de confitería (el otorgamiento de la concesión respectiva, su control, etc.), y en general al nombramiento, dirección y remoción de los empleados del Congreso. Estos actos, que *orgánicamente* (es decir, en razón del órgano que los dicta) son legislativos, *materialmente* (sustancialmente, en razón de su esencia propia) son entonces administrativos.

Lo mismo ocurre con el Poder Judicial: Cuando éste nombra y dirige o remueve a sus empleados, cuando alquila sus locales o los adquiere, cuando compra libros, edita fallos, adquiere papel, tinta, etc., evidentemente realiza actividad materialmente administrativa, a pesar de no ser un órgano administrativo, sino judicial, el que la ejecuta.

No se soluciona el problema con afirmar que estas actividades son "seudo-administrativas" y que tan sólo presentan una cierta "semejanza" con la actividad administrativa *stricto sensu*, pues es obvio que ninguna diferencia intrínseca podrá encontrarse entre el acto de nombrar un ordenanza para el Palacio de Justicia o el acto de nombrar un ordenanza para el Ministerio del Interior; entre el acto de pedirle un café al primer ordenanza o de pedírselo al segundo; entre el acto de adquirir papel y lápices para una oficina de tribunales o el acto de adquirirlos para un Ministerio del Poder Ejecutivo. Pero el problema no termina allí; a más de esa innegable identidad sustancial entre la actividad administrativa del Poder Judicial y del Congreso con respecto a la que realiza el Poder Ejecutivo, existe una identidad de régimen jurídico que es decisiva. No puede afirmarse que los actos de tipo administrativo de los poderes Legislativo y Judicial "estén al margen del régimen jurídico administrativo," a menos que se entienda por tal sólo y exclusivamente las normas positivas que son de aplicación a la administración central. Por lo menos en el derecho administrativo argentino, son los principios de éste los que se aplican a las actividades administrativas de los tres poderes, e incluso en algunos casos las mismas normas positivas son comunes: Es lo que ocurre, por ejemplo, con la ley de contabilidad, aplicable en el ámbito de los tres poderes; tanto es ello así, que su art. 87, luego de expresar: "El Poder Ejecutivo, bajo su exclusiva responsabilidad, podrá insistir en el cumplimiento de los actos observados por el Tribunal de Cuentas," agrega: "En jurisdicción de los poderes Legislativo y Judicial, la insistencia será dictada por el presidente de la respectiva

cámara o por el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente." ¿Podrá acaso negarse, ante tan clara prescripción, la identidad sustancial y de régimen jurídico entre los distintos actos en cuestión?

No debe llamar a engaño el que a veces haya distintos textos normativos de aplicación a una u otra actividad, si el régimen sigue siendo el del derecho administrativo: No porque haya un Estatuto del Personal de la Administración Pública nacional (central) y otro Estatuto semejante para el personal de la justicia nacional, por ejemplo, podrá pensarse que este último no integra ya el derecho administrativo.

Sobre esto y con pocas excepciones hay acuerdo en doctrina: Las dificultades más serias comienzan cuando se trata de analizar la actividad de los propios órganos administrativos. Estos órganos dictan actos materialmente similares a los actos legislativos y jurisdiccionales (como ejemplo de lo primero, cuando crean reglamentos; de lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por los administrados contra actos de órganos inferiores), pero pareciera predominar actualmente la opinión de que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad administrativa a pesar de su similitud con la legislativa y jurisdiccional; la razón de ello está, a juicio nuestro, en que su régimen jurídico es precisamente también el del derecho administrativo.

3. *Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica*

¿Es posible hallar algún criterio general que tomando esas soluciones concretas dé un concepto para cada una de las funciones del Estado?

Normalmente se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas para todos los habitantes,[7] y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable,[8] pero no hay hasta el presente un concepto de *función administrativa* que pueda ser *armonizado con los dos anteriores*. Todos los conceptos existentes de "función administrativa" son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones, y si bien ello ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o jurisdiccional.

3.1. Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo,[9] criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas.

[7] Eso es lo principal: Los autores agregan detalles como "la permanencia," "la novedad," etc., pero ello no quita la claridad del concepto básico.

[8] Al igual que el concepto material de legislación, el de jurisdicción es susceptible de agregados; pero lo principal a efectos de lo aquí tratado es lo ya señalado.

[9] Santamaría de Paredes, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, p. 34.

3.2. Se dijo luego que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,[10] a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción —y por lo tanto sí administración—, quedan muchos más en los que se duda de qué actividad se trata.[11]

3.3. Ante el fracaso del concepto *orgánico* y del *negativo*, se intentó definir a la función administrativa en forma *material*, como "la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios,"[12] o "la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,"[13] o "la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,"[14] o como "una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley,"[15] o como "la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran."[16]

Todos estos conceptos de tipo *material* y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa—, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son imprecisos. Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo concreto en casos individuales —oponiéndola así a la legislación (norma *abstracta* de tipo *general*) y a la jurisdicción (norma individual, pero *abstracta*)—; mas esa noción no es adecuada, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, siendo que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas. (Pues el reglamento es una norma *abstracta* de tipo general.)

Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son sustancialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido material.

3.4. Finalmente, se produce un retorno al criterio *orgánico*, considerándose que función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos, a cuyo efecto se aclara que son órganos *legislativos*

[10] Fleiner, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.
[11] Confr. Antoniolli, Walter, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 3.
[12] Zanobini, Guido, *Corso di Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed., p. 13.
[13] D'Alessio, E., *Istituzione di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.
[14] Jellinek, Walter, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 6.
[15] Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 660.
[16] Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 43.

aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales (con lo cual se excluyen los reglamentos del concepto de legislación), órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de *independencia*, y órganos *administrativos* aquellos sujetos a órdenes (*weisungsgebundenen*); con lo cual el concepto final sería: La función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerles del órgano inferior,[17] a lo cual se observa lo mismo que a la primera definición: Que los otros órganos también realizan funciones administrativas. (*Supra*, n° 2.)

4. *La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo, o sustancial)*

De lo dicho se desprende que, además del concepto *negativo* ("administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción"), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: El *orgánico* y el *material* o sustancial.

Desde el punto de vista orgánico (a veces llamado "formal"), según el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional (independiente), administrativo (dependiente) o legislativo (de índole constitucional), nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, erróneo, por cuanto en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas. Desde el punto de vista material o sustancial, es decir, ateniéndonos a la naturaleza *interna* de los actos mismos, son actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos los que crean normas o reglas de derecho), son actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable: Y son actos de la función administrativa los que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal. Este criterio también es insuficiente y erróneo, pues ya hemos visto que la función administrativa no siempre se limita a manifestaciones concretas de voluntad.

5. *Insuficiencia de los criterios "subjetivo" y "objetivo"*

Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones jurisdiccional, administrativa y legislativa; pues hay actos *materialmente legislativos* que son *orgánicamente administrativos;* actos *materialmente administrativos*

[17] MERKL, *op. cit.*, p. 59; en igual sentido ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 4 y ss.; GARRIDO FALLA, *op. cit.*; DIEZ, MANUEL MARÍA, *op. cit.*, t. I, p. 99 y ss.: "Aceptamos, pues, el concepto jurídico de administración pública desde un punto de vista subjetivo, aunque no dejamos de reconocer que se presta a críticas." (*Op. cit.*, p. 106.) Posteriormente, DIEZ se inclina por un concepto material, "Control judicial de la administración. El proceso administrativo," *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* n°1, Buenos Aires, 1971, p. 11 y ss., p. 19.

que son *orgánicamente legislativos* (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc., que conceden o realizan las Cámaras); actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente judiciales.* (Las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales: El nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Corte Suprema.)

Hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico, etc.

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas, sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales, sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas, sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra inobjetablemente que no puede pretenderse hallar un criterio orgánico o material *positivo* y *puro* para conceptuar cada una de las funciones: Es necesario buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda finalmente ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.

6. *Concepto orgánico-material de función legislativa*

Podemos ya observar un dato en este entrecruzamiento de funciones: En materia de *función legislativa* el criterio sustancial o material no designa suficientemente a la función, y es necesario agregarle una referencia al órgano respectivo.

Sucede así que el régimen jurídico previsto para la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean *materialmente legislativos y que* ADEMÁS *hayan sido realizados por el órgano legislativo.*

En efecto, aunque los otros poderes del Estado parecen ejercer también, en ciertos casos, función legislativa, ello no es así desde el punto de vista jurídico.

6.1. En el caso del Poder Ejecutivo ello se advierte al considerar los reglamentos: Éstos están integrados por normas jurídicas generales emitidas unilateralmente por la administración. Su contenido material es, pues, similar al contenido de las leyes: Ambos contienen normas jurídicas generales.

Sin embargo, ocurre aquí que el régimen jurídico aplicable a los reglamentos no es en modo alguno el aplicable a la función legislativa. En primer lugar, existe una gradación jerárquica entre la ley y el reglamento, a resultas de la cual el segundo está siempre sometido a la primera, y no puede contradecirla en ningún caso, pues si lo hace es considerado antijurídico; la ley, en cambio, puede contradecir lo que expresa una ley anterior, sin ser por ello antijurídica: Simplemente deroga la ley a la que se opone. Además, las atribuciones de regular los derechos individuales están conferidas por la Constitución específicamente

a la ley (cuando dice el art. 14: "... gozan de los siguientes derechos conforme *a las leyes* que reglamentan su ejercicio..."), mientras que el reglamento tiene sólo una función secundaria y supletoria con respecto a la ley. Esta notoria diferencia de régimen *jurídico* entre la ley y el reglamento nos demuestra que el concepto *jurídico*, formal, de función legislativa, no puede comprender a los reglamentos, a pesar de que por su contenido sean similares. Los órganos administrativos, pues, no ejercen función legislativa.

Simbólicamente representado, sería: PE ≠ FL.

6.2. En el caso del Poder Judicial la cuestión es idéntica: Los reglamentos que en algunas oportunidades dicta la justicia para regir su funcionamiento interno no tienen el mismo régimen jurídico de las leyes ni pueden oponérseles; están, pues, en una gradación jerárquica inferior y no pueden ser considerados formalmente, desde el punto de vista jurídico estricto, como "función legislativa." La jurisprudencia tampoco puede considerarse como función legislativa, pues ella no es siquiera una regla general, sino tan sólo la reiteración de un determinado criterio de interpretación del orden jurídico, en cada caso concreto.

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia Nacional ha declarado que "... el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, comprensivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, con arreglo a principios conocidos —art. 16 del Código Civil—, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos... atribuirse... facultades legislativas de que carecen."[18] En lo que respecta a los fallos plenarios y su obligatoriedad, hay que distinguir dos aspectos: *a)* En lo que respecta a *las Salas* que integran la Cámara respectiva, y *b)* en lo que respecta a los jueces inferiores. En el primer punto hay simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto: Como las Salas no constituyen tribunales aislados sino que son parte *de la Cámara, es perfectamente razonable que deban ajustarse* a la opinión de la mayoría. En cuanto hace a los jueces inferiores, estimamos que es inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho que hace un tribunal superior, pues ya ha dicho también la Corte Suprema que "la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia conciencia de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones;"[19] la inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a la esencia de nuestro sistema inconstitucional.[20]

[18] Corte Suprema, *Fallos*, 234: 82 y 98.
[19] Corte Suprema, *Fallos*, 131: 105 y 110.
[20] Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. I, p. 27 y ss.

Si por el contrario se admitiera la constitucionalidad de los fallos plenarios, la solución no varía, pues en tal caso habría obviamente una delegación del Congreso al Poder Judicial, delegación que estaría destinada a la fijación del recto sentido de la ley dictada por el Congreso: En tal alcance, el fallo plenario tendría la misma jerarquía normativa que un reglamento delegado; se dicta en virtud de una ley que delega la facultad pertinente, y obliga en la medida en que el legislador así lo ha dispuesto; con ello, resultaría que el fallo plenario, por su sustancia normativa delegada y no originaria, tendría también contenido de tipo administrativo reglamentario. Lo mismo cabe sostener de las acordadas que dictan los tribunales, que constituyen típicos actos reglamentarios, de contenido y régimen administrativo: Están por debajo de la ley, y si la violan son antijurídicos.

Desde el punto de vista jurídico, entonces, el Poder Judicial no realiza función legislativa: PJ ≠ FL.

6.3. La conclusión a que arribamos es así que la función legislativa en estricto sentido jurídico, es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

$$PE \neq FL \qquad \boxed{PL = FL} \qquad PJ \neq FL$$

Podemos definir entonces a la función legislativa como "el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso."[21]

En esta definición encontramos dos elementos: *a)* Uno material, objetivo, que conceptúa cuál es el contenido de la función (el dictado de normas jurídicas generales); *b)* otro orgánico o subjetivo, que aclara que esta función es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

7. *Concepto orgánico-material de función jurisdiccional*

En lo que respecta a la función jurisdiccional, el problema se repite en sus partes esenciales; desde el punto de vista material o sustancial, podemos considerarla como la "decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes." De acuerdo con este primer concepto objetivo, que atiende al contenido de la función, podría parecer a primera vista que ella puede en ciertos casos ser ejercida también por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo.

7.1. En efecto, en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares o entre ella misma y los particulares; pero advertimos inmediatamente que lo que allí ocurre es sólo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es *semejante*, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que ésta.

[21] De acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución para la formación y sanción de las leyes, desde luego, para efectuar así la distinción con los reglamentos meramente administrativos del Congreso.

El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser *definitiva* y, además, que sea producida precisamente por un órgano imparcial e independiente:[22] Así lo exige el art. 18 de la Constitución, cuando expresa que es inviolable la defensa *en juicio* de la persona y de los derechos, y lo reafirma el art. 95 de la misma, en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo "ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas." Sería inconstitucional, a la luz de estas normas, querer atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin posibilidad de que éstos recurran ante la justicia. El particular puede renunciar, si quiere, a plantear la cuestión ante la justicia, pero ello no altera la naturaleza de la actividad desarrollada en tal caso por la administración, que sigue siendo típicamente actividad administrativa, sin participar del régimen jurídico de la función jurisdiccional. Se concluye así en que esas actividades de la administración que materialmente se asemejan a la actividad jurisdiccional, no tienen, sin embargo, el mismo régimen jurídico que ésta, y por lo tanto, no pueden ser jurídicamente definidas como "función jurisdiccional." El concepto jurídico atiende estrictamente al régimen jurídico de que se trata, para precisarlo y delimitarlo: Si encontramos aquí que el régimen jurídico de la función jurisdiccional a cargo de los jueces no se aplica a las actividades similares que realice la administración, entonces es obvia la conclusión de que ellas no constituyen, jurídicamente hablando, funciones jurisdiccionales de la administración. Esto lo ampliaremos con el necesario detalle en los § 8 a 20.

Concluimos así en que la administración no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, y que si sus actos se parecen en alguna hipótesis, por su contenido a los de aquella función, no tienen, sin embargo, el mismo régimen jurídico. Representándolo simbólicamente, diríamos entonces que PE ≠ PJ: Esto es, que *la administración no realiza función jurisdiccional.*

7.2. A igual conclusión cabe arribar en el caso del Congreso, aunque podría aquí haber lugar a algunas dudas. El único caso en que podría decirse que el Congreso ejerce función jurisdiccional es en realidad el del juicio político. No compartimos tal criterio, por considerar que se trata simplemente de la remoción de un funcionario público —acto eminentemente administrativo— sujeto a ciertas garantías que salvaguardan el derecho de defensa del interesado; pero a todo evento podría recordárselo como una hipótesis de excepción. Con tal posible reserva, pues, concluimos aquí también en que *el Poder Legislativo no ejerce función jurisdiccional, simbólicamente:* PL ≠ FJ.

[22] Asimismo cabe hacer notar que los órganos administrativos carecen también de los atributos formales típicos de la función jurisdiccional: La *executio*, o el poder de embargar y ejecutar bienes; el poder de llamar a declarar a testigos bajo apercibimiento de llevarlos por la fuerza pública; la circunstancia de que el falso testimonio se configura como delito solamente si es prestado ante órganos judiciales y no ante órganos administrativos, etc.

7.3. Nos queda finalmente por considerar el órgano especial y exclusivamente encargado por la Constitución de ejercer la función jurisdiccional: El Poder Judicial, integrado por órganos imparciales en la contienda y no sujetos a órganos superiores, por lo tanto independientes. *Es a estos órganos que corresponde el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional:* PJ = FJ.

El régimen jurídico de la *función jurisdiccional*, entonces, sólo se aplica a los actos *materialmente jurisdiccionales* realizados por *órganos jurisdiccionales:* No así a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos: El régimen jurídico pertinente se aplica sólo cuando el acto es *materialmente* el que corresponde y *además* ha sido dictado por el órgano a quien compete realizar la función: El juez. Tenemos así, en lo que respecta a la distribución de la función jurisdiccional entre los órganos estatales, el siguiente esquema:

$$PE \neq FJ \qquad PL \neq FJ \qquad \boxed{PJ = FJ}$$

Y definimos entonces a la función jurisdiccional como *"la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente."* Esta definición comprende dos elementos: *a)* Uno material (sustancial, de contenido) que se refiere a lo que la función es en sí misma (decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes), y *b)* uno orgánico (o subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la función. (Los jueces, órganos imparciales e independientes.) La reunión de ambos elementos —el material y el orgánico— nos da la definición respectiva, que incluimos en el § 20 de este capítulo. En los § 8 a 19, que siguen, profundizaremos en particular el problema de la llamada "jurisdicción administrativa."

8. *Alcance jurídico-político del problema*

Ya decía COUTURE, refiriéndose a la doble instancia judicial (que él postulaba en lugar de la instancia única) que "luego de larga y trágica experiencia en la conquista de las libertades del hombre, siempre cabría pronunciarse en favor de aquella solución que traiga consigo el prestigio del libre examen, que es la esencia del sistema democrático de gobierno. Y si aún quedara alguna duda, en nombre del precepto agustiniano que nos impone, en la duda, la libertad."[23] Ello es más aplicable aún cuando se trata, no ya de suprimir una instancia judicial dejando otra, sino de suprimir o reducir incluso a ésta; por eso, adelantándonos a cuál sea en verdad la interpretación constitucional que corresponda, no podemos dejar de señalar la trascendencia que desde el punto de vista político tiene la cuestión: La limitación de la revisión judicial en beneficio de la administración y en desmedro

[23] COUTURE, en el prólogo al libro de COSTA, *op. cit.*, p. 5.

de los particulares es característica de los Estados totalitarios, de la negación del Estado de Derecho.[24] Por ello, si compartimos los principios superiores de la libertad y del Estado de Derecho, no podremos sustentar una tesis que excluya o limite la protección judicial de los administrados frente a la administración.[25]

9. *Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración*

En resumen: Ni de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con las normas constitucionales, puede hablarse de función jurisdiccional por parte de la administración, con el alcance de sustituir total o parcialmente la actividad jurisprudencial propia de los jueces. Si hacemos la dicotomía "jurisdicción judicial" y "jurisdicción administrativa," ello no sólo implicará una contradicción lógica insuperable, sino que será otro de los términos que arrojará siempre dudas innecesarias sobre la naturaleza de la revisión judicial. Si, a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a tales supuestas "facultades jurisdiccionales de la administración," tendremos que hacerlo con la reserva mental de que *no se confunden ni se sustituyen a la función propia de los jueces;* no se trata de especies de un mismo género, ni son intercambiables; *la necesaria intervención judicial* exigida por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la Constitución, *no se salva con la intervención de un organismo administrativo,* llámense como se llamen las atribuciones que en el caso ejerza. Esto es lo fundamental, y lo que nos lleva a afirmar que *la revisión judicial de los actos administrativos no es en absoluto una continuación limitada del "proceso administrativo," ni un proceso especial con caracteres esencialmente distintos del proceso judicial ordinario.* Este es el punto de partida, a nuestro juicio más importante, para toda consideración de los distintos aspectos que dicha revisión presenta.

Para expresarnos con absoluta corrección, en consecuencia, no debemos hablar en caso alguno de "facultades jurisdiccionales de la administración," por cuanto en nuestro sistema las facultades jurisdiccionales sólo corresponden a los jueces.

10. *Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes*

La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige en un todo por el régimen jurídico propio de la misma actividad adminis-

[24] Real, Alberto Ramón, "El Estado de derecho" (*Rechtsstaat*), Montevideo, 1957 (en el libro *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*), pp. 601-2; ver también, del mismo autor, "La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas," en *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, sección 2, doctrina, 1948, p. 47 y ss.

[25] Consecuentemente, no creemos que pueda decirse que reconocer facultades jurisdiccionales a la administración, con el alcance de que entonces sólo procederá contra ellas el recurso extraordinario, pueda conceptuarse como ventajoso para el administrado, pues a nuestro criterio la verdadera garantía procesal está en la natural y normal intervención de la justicia ordinaria, y no en un recurso excepcional y sumamente restringido como es el recurso extraordinario.

trativa, no correspondiendo en principio aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, aunque de esos poderes se trata.

10.1. Tratándose del Poder Legislativo, observamos que cuando las cámaras nombran y remueven a su personal; cuando otorgan una concesión para los servicios de confitería, etcétera, del Congreso; cuando organizan y administran la Imprenta del Congreso, la Biblioteca del Congreso, etc.; cuando contratan con empresas la construcción o refacción de las obras del palacio legislativo; cuando compran materiales, libros, etc., en todos estos casos y muchos más *el Poder Legislativo se encuentra realizando una función típicamente administrativa, que además se rige por el régimen jurídico propio de la función administrativa.*

Simbólicamente representado: PL = FA.

10.2. El Poder Judicial, al igual que el Legislativo, realiza una enorme cantidad de funciones de tipo administrativo: Nombramientos, dirección y remoción de su personal; suministros de papel, libros, máquinas, muebles, etc.; construcción de obras; edición de fallos; alquiler o compra de edificios para los juzgados, etc., todo ello constituye ejercicio de la función administrativa regido también por el régimen jurídico propio de la misma.

En consecuencia: PJ = FA

10.3. El poder administrador es obviamente el que realiza la mayor parte de la función administrativa. Pero cabe observar que, a diferencia de los otros poderes, que realizan su propia función y además la administrativa, él realiza sólo la función administrativa, no correspondiéndole —con criterio jurídico formal— ni siquiera parte del ejercicio de las otras funciones. Expresamos así: PE = FA.

10.4. El concepto de función administrativa es así el más indefinido de todos, pues no tiene, a diferencia de las demás funciones, un contenido único. En efecto, la función administrativa, desde el punto de vista de su contenido, puede consistir tanto en el dictado de normas jurídicas generales, como en la decisión de controversias entre partes, como, y he aquí lo más frecuente, en la actuación material en los casos concretos que se le presentan.

A diferencia de las otras funciones, que no sólo tienen un contenido preciso y único (*supra*, nº 6 y 7), sino que también son realizadas sólo por los órganos específicamente creados por la Constitución al efecto, la función administrativa no está sólo a cargo de la administración: También la realizan en cierta medida los otros poderes; y este desempeño de la función administrativa por parte de los otros poderes del Estado, se efectúa bajo el mismo régimen jurídico de la función administrativa: Es decir, no ocurre aquí lo mismo que en los casos anteriores, en los cuales los otros poderes realizaban alguna actividad semejante a las de uno, pero esa actividad no tenía su régimen jurídico y no podía, por ende, ser considerada como parte de la misma función.

La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige, repetimos, por el régimen jurídico de la actividad administrativa y no procede aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, salvo en las posibles excepciones que comentamos en el punto 22.1.

11. *Resumen de las funciones del Estado*

Resumiendo en un cuadro comparativo las premisas que hemos ido sentando, tendríamos que:

	P.E.	P.L.	P.J.
F.J.	1º) PE ≠ FJ	PL ≠ FJ	**PJ = FJ**
F.L.	2º) PE ≠ FL	**PL ≠ FL**	PJ ≠ FL
F.A.	3º) **PE = FA**	**PL = FA**	**PJ = FA**

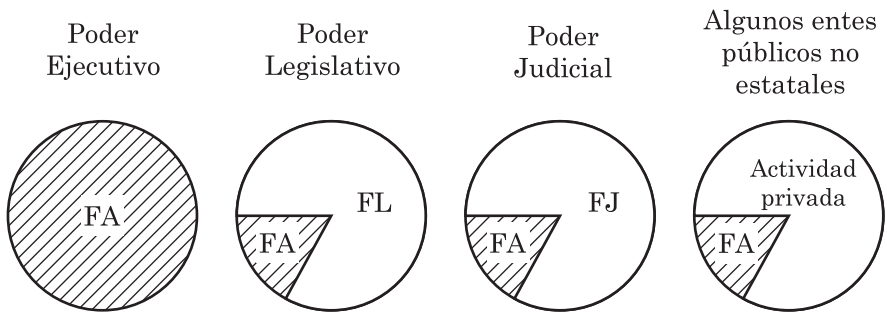
Y resumiendo, veríamos que las funciones que cada poder desempeña son las siguientes:

PE = **FA**

PL = **FA** + FL

PJ = **FA** + FJ

Gráficamente, si representáramos con un círculo el total de las actividades de cada poder, y agregáramos el caso de los entes públicos no estatales, encontraríamos lo que sigue:



Con esto se advierte que, dado que la función administrativa no es realizada por ningún órgano con exclusión de los demás, y que no tiene un contenido propio que la caracterice, su definición es un poco la suma de las conclusiones parciales que hemos expuesto. Diremos así que la función administrativa es: *a)* En primer lugar, toda la actividad que realizan los órganos administrativos; *b)* en segundo lugar, toda la actividad que realiza el órgano legislativo, excluida la

función legislativa (en sentido material y orgánico) que le es propia; *c)* en tercer lugar, toda la actividad que realizan los órganos judiciales, excluida la función jurisdiccional (en sentido material y orgánico) que específicamente realizan. O sea, que es *"toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos, respectivamente, los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales."* Por razones de simplificación no incluimos en el concepto el caso de las funciones administrativas excepcionalmente realizadas por instituciones no estatales.

12. *Otros problemas*

12.1. *La "jurisdicción voluntaria" y las leyes concretas*

Finalmente, es necesario referirse al problema planteado por ciertas actividades tradicionalmente consideradas administrativas: La "jurisdicción voluntaria" ejercida por los jueces, y ciertas leyes concretas del Poder Legislativo. (Presupuesto, pensiones, etc.) Si fueran verdaderamente función administrativa, su calidad de tal es perfectamente coherente con las definiciones que hemos expuesto; sin embargo, se ha planteado la objeción de que tales actividades no se rigen en verdad por el derecho administrativo, por lo cual mal puede aplicárseles la denominación de función administrativa. La objeción es exacta en la medida en que se sostenga que tales actividades son de tipo administrativo, pero la cuestión es que tal vez lo inexacto sea considerar, como se hizo tradicionalmente, que tales actos sean de sustancia administrativa. En ese sentido es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de estos actos, y decir que si bien ellos no tienen intrínsecamente carácter jurisdiccional, en un caso (en cuanto no son resolución de una contienda entre partes) o legislativo, en el otro (en cuanto no son normas generales), *deben con todo asimilarse a los actos de tal naturaleza*, por su íntima relación sustancia y formal con ellos, y por la aplicación que reciban de igual régimen jurídico. Con esa aclaración, mantenemos, pues, las definiciones aportadas.

12.2. *Funciones administrativas de órganos no estatales*

Otra cuestión de interés, que implica también una excepción a la idea genérica que la definición transmite, es la relativa a la realización de funciones administrativas por órganos no estatales. Los llamados entes públicos no estatales, a que nos referimos más abajo, y a veces simples personas privadas, ejercen una parte del poder del Estado y en esa medida ejercen función administrativa y dictan consecuentemente actos administrativos. La cuestión es discutida en el derecho argentino, primando la opinión contraria, pero las razones que exponemos en su lugar creemos que la excepción cabe ser admitida, por lo menos en el derecho administrativo argentino. En otros países la práctica de otorgar funciones ad-

ministrativas a entidades no estatales se halla más difundida aún,[26] por lo que debe tenérsela presente como una excepción de cierta importancia.

12.3. *Las funciones materiales del Estado*

Cabe advertir contra una errada concepción que asimila a las así denominadas "funciones" del Estado, con una noción finalista o teológica, pretendiendo por asimilación verbal suponer que el fin del Estado es realizar las tres funciones antedichas. Por el contrario, el fin del Estado se concreta hoy en día principalmente en sus funciones económicas y sociales, que son así funciones en sentido material pero no en sentido formal jurídico. Lo que ocurre es que la clasificación formal de las tres "funciones" del Estado en legislativa, jurisdiccional y administrativa, es una primera manera de aproximarse al conocimiento del funcionamiento jurídico del aparato del Estado. Luego de esta primera aproximación corresponderá seguir analizando otras clasificaciones igualmente formales, pero que responden a diversos aspectos del régimen jurídico administrativo: Facultades discrecionales y regladas, actos y hechos administrativos, derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, entes públicos estatales y no estatales, etc. También será necesario referirse a algunas instituciones clásicas del derecho administrativo que hoy día están cuestionadas: Servicio público, poder de policía, etc. Una vez explicados en el primer y segundo tomo de la parte general estos diversos aspectos del régimen jurídico administrativo, y en el tercer volumen lo atinente al acto administrativo, corresponderá entonces al cuarto tomo el exponer el sistema económico y administrativo de la sociedad en que la administración actúa: El régimen de propiedad privada y sus limitaciones por el Estado, el régimen de propiedad pública y mixta, las formas de producción de bienes en lo que hace al derecho administrativo, etc. Explicar aquí las funciones del Estado en la trilogía clásica mencionada no quiere en modo alguno decir, pues, que esas sean las funciones materiales que el Estado moderno debe realizar para satisfacer con ello sus fines: Será en todo caso a *través* de estas funciones formales que habrá luego de cumplir, o no, sus finalidades materiales en el campo económico y social.

[26] Ver Fernández Rodríguez, Tomás, *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, p. 179 y ss.; Moderne, Frank, "Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en derecho francés: Los actos administrativos de origen privado," *REDA*, n°4, p. 3 y ss.; Fernández, Tomás Ramón.; "¿Contratos administrativos entre personas privadas?" *REDA*, n°1, pp. 115.

Capítulo III

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sumario

1. Derecho público y privado 103
2. El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas 104
3. No es solamente derecho interno 105
4. Es un derecho en formación 106
5. No se refiere principalmente a los servicios públicos 108
6. No se refiere exclusivamente a la administración pública 108
7. No sólo estudia las relaciones de la administración pública 109
8. El derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa 110
   8.1. Sujetos de la función administrativa 110
   8.2. Formas jurídicas y facultades 111
   8.3. Límites 111
   8.4. Medios materiales 111
9. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa 111
10. El contenido de la protección judicial 112
   10.1. Anulación de actos violatorios de los límites de las facultades discrecionales 113
   10.2. Protección judicial del interés legítimo 113
   10.3. La misión judicial de proteger al individuo contra el Estado 113
   10.4. La misión judicial de hacer respetar la Constitución principalmente contra las extralimitaciones de los Poderes Públicos 113
   10.5. La misión de control de la actividad administrativa 113
11. Definición de derecho administrativo 115
   11.1. Rama del derecho público 115

11.2. Que estudia el ejercicio de la función administrativa 115
11.3. Y la protección judicial existente contra ésta..... 115
12. Relaciones con el derecho civil 116
13. Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública..... 117
14. La transformación del derecho administrativo..... 119
15. Relaciones con el derecho constitucional..... 120
16. Relaciones con el derecho de los recursos naturales..... 121
16.1. Tierras..... 121
16.2. Aguas..... 123
16.3. Minas..... 124

Capítulo III

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Derecho público y privado*

El derecho público (derecho penal, derecho tributario o fiscal, derecho constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (derecho civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, derecho comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí.[1] Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: Cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público.

Ello ha llegado a ser así debido a que, generalmente, toda vez que el legislador o el juez ha considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pie de la letra la legislación común. Una consecuencia de esto es que en el derecho público hay a menudo una relación de *subordinación* (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, un número de atribuciones superiores a los derechos individuales del habitante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la *coordinación*: Los sujetos se encuentran allí en un plano de cierta igualdad. Esa diferencia de régimen tiene por raíz sociológica que tales relaciones afectan, respectivamente, el "interés público," colectivo, o el "interés privado," individual.

Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*, ni se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las

[1] Comparar García Maynez, Carlos, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, p. 130 y ss. Otras teorías son expuestas por Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 63 y ss., y por Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, p. 17 y ss. Cirne Lima, Ruy, *Preparação ã dogmática jurídica*, 2ª ed., Porto Alegre, 1958, pp. 27-41.

del derecho privado, ni de que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo de que las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares van acumulando una serie de prerrogativas y privilegios para el Estado, y de que tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: Todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y las entidades estatales requiere principios diversos de los del derecho común. De tal forma esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen en determinado momento un todo estructurado y regido por principios propios, ajenos al derecho común: Las que empiezan siendo excepciones se tornan principios, y así las reglas generales del derecho privado se ven desplazadas por éstos. Al llegar a esa situación, es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios e instituciones correlativas y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho general: Allí nace el derecho público.

Se trata, pues, de una cuestión circunstancial que depende exclusivamente de la fisonomía adoptada por el orden jurídico de un país determinado y en una época determinada. Cuando se postula, pues, la "unicidad" del derecho, y la no existencia de diferencia entre el derecho público y el privado, se tiene razón a medias: Será exacto, en efecto, postular que no hay diferencias de *estructura* en las normas jurídicas respectivas, pero no lo será afirmar que no hay *diferencia alguna* entre ambos conjuntos normativos. La distinción entre derecho público y privado tiene el mismo sustrato científico que puede tenerlo la diferencia entre derecho civil y penal, comercial, etc.: Son distintas ramas con autonomía, de principios y que, a su vez, se agrupan en dos grandes conjuntos con caracteres propios, comunes internamente en cada grupo, y diversos en los grupos entre sí.

2. *El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas*

No debe confundirse al derecho administrativo en cuanto *rama del conocimiento jurídico* o disciplina científica, y al *derecho administrativo como parte del orden jurídico positivo,* como *conjunto de normas jurídicas.*

Así como al hablar del derecho civil podemos referirnos tanto al Código Civil y leyes complementarias, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes, así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de leyes administrativas, principios de derecho público y reglas jurisprudenciales que integran la *normación positiva*, *el régimen jurídico positivo* de la función administrativa, como *en la disciplina que los estudia.*

Dado que el conjunto de leyes y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llegan a nuestro conocimiento y valoración a través del *estudio* y análisis de los mismos, y que, por lo tanto, nuestro primer contacto cognoscitivo

se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, debe darse preferencia al concepto de ciencia del derecho antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo es, pues, una disciplina científica, jurídica y, por ende, una rama de la ciencia del derecho. No creemos acertadas, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como un "conjunto de normas y de principios de derecho público,"[2] pues hacen prevalecer un carácter legalista y exegético antes que metodológico o cognoscitivo en el concepto pertinente. Desde luego, el definir formalmente al derecho administrativo como disciplina o rama del conocimiento jurídico, no significa que deje de usarse la acepción también en su significado de "conjunto de normas positivas," pues la noción de "derecho" recibe casi siempre esa ambivalencia que ya señalamos (como disciplina y como conjunto de normas); pero ello no quita que al darse específicamente la definición *metodológica* corresponda usar más adecuadamente el vocablo. Así como nadie definiría al derecho civil como "el conjunto del Código Civil y sus leyes complementarias," así tampoco cabe definir al derecho administrativo como un "conjunto de normas y de principios de derecho público." Ubicándolo en la distinción que se hace del derecho en razón del objeto, es una disciplina o rama del derecho.

Por fin, aclaramos que esta rama del conocimiento no es aún una ciencia formada, sino que se encuentra todavía en formación. (Ampliar *infra*, nº4.)

3. *No es solamente derecho interno*

No creemos adecuado expresar que constituye una rama del derecho público *interno*,[3] por cuanto existe hoy en día un régimen administrativo internacional. (La *organización* administrativa de los organismos internacionales: ONU, OEA, CIES, ALALC, Corporación Andina de Fomento, Mercado Común Centroamericano; el régimen administrativo del *personal* de tales organismos internacionales;

[2] Así, Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 37, lo define como "el conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente control jurisdiccional de la administración pública;" a quien siguen: Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 77: "Es un complejo de normas y de principios de derecho público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, para la satisfacción concreta, directa e inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal;" Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 149: "El conjunto de normas y de principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, como así la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados;" Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 264: "El complejo de principios y normas de derecho público interno que regula la organización y la actividad de la administración pública; Canasi, José, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1972, p. 59. Sigue en cambio nuestro criterio Altamira, Pedro Guillermo, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 10.

[3] Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 77; Marienhoff, *op. cit.*, t. I, p. 149; Cretella Junior, José, *Tratado de direito administrativo*, t. I, San Pablo, 1966, p. 182.

sus *contratos* y *actos* de carácter administrativo, etc.)[4] Si bien los organismos internacionales están fundamentalmente bajo el régimen del derecho internacional público, ello no quita que tengan también, según se ve, un régimen de derecho administrativo que no es "interno" a ninguno de los países contratantes, y que tampoco integra estrictamente el derecho internacional público.[5] Los principios de competencia, jerarquía, control administrativo, deber de obediencia, requisitos de validez y competencia de los actos, etc., son todos los propios del derecho administrativo y no los del derecho internacional. Por tales motivos nos inclinamos por no hacer la limitación antedicha en la definición de la materia, máxime cuando una creciente tendencia del mundo hacia la integración subregional, regional y mundial hace cada vez más importante el mentado aspecto internacional de la disciplina.

Hay además, incipiente, un derecho público supranacional en materia de derechos humanos, cuya importancia será creciente con el correr del tiempo.[6] Del mismo modo, con la aparición del nuevo derecho internacional del mar, surge inevitablemente el derecho administrativo correspondiente, por ejemplo, en lo atinente a las concesiones para la explotación de los fondos marinos.

4. *Es un derecho en formación*

Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un sistema, sino tan sólo un complejo o conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales. A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se halla ésta completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales para configurar una institución de derecho administrativo: Eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, a arbitrariedades y despotismos de los órganos administrativos cuando los jueces carecen de personalidad para imponer la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones: Es netamente un derecho en formación, tanto en sus normas positivas como en sus principios científicos.

[4] Ver, por ejemplo, VILLAGRÁN, FRANCISCO, *Teoría general del derecho de integración económica*, Costa Rica, 1969, p. 165 y ss.; VERGARA ESCUDERO, EDUARDO, *Bases institucionales y jurídicas del mercado común centroamericano*, Santiago de Chile, 1969, p. 32 y ss.; PLANTEY, A., *Droit et pratique de la fonction publique internacionale*, París, 1977.

[5] Ver IPSEN, HANS PETER, "Deutsche Verwaltung und europäische Wirtschaftsintegration," en la revista *Die öffentliche Verwaltung,* Stuttgart, 1968, n° 13-14, p. 441 y ss.

[6] Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, LINDE, ORTEGA y SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1979.

Por lo mismo que es una ciencia en *formación*, como generalmente se dice,[7] o un derecho *joven*, como también se ha dicho,[8] no siempre resulta convincente en sus construcciones. A juicio del autor, en esta materia existen muchas construcciones, teorías e "instituciones" que no siempre tienen una base lógica o jurídica fuerte: Frente a ellas es necesario adoptar una drástica actitud, un espíritu crítico cartesiano, de duda permanente, y estar decidido de antemano a cortar de raíz con aquellas teorías y doctrinas que no tengan un fundamento evidente.

Una explicación psicológica de esta peculiaridad del derecho administrativo puede ser una inconsciente tendencia a tratar de crear principios propios y específicos que den un falso color de legitimidad al ejercicio del poder, sea éste bien o mal ejercido; que "justifiquen" la existencia autónoma de la materia, frente al derecho común; de ese modo, el poder ostentar una serie de teorías extrañas es la mejor demostración práctica de que la autonomía existe y de que alguna extralimitación del poder es válida.[9] Pero eso queda para el pasado: No estando ya en tela de juicio la autonomía científica de la materia, es hora de que madure definitivamente y se despoje del ramaje y la fronda innecesaria, que le impide a veces ver claramente la realidad.

Para superar las observaciones de que es una materia muy "oscura," "teórica," "inventada" o muy difícil, nada mejor que atacar directamente las causas de su oscuridad, irrealidad, etc.: Es necesario entonces tratar de dar fundamentos lógicos y jurídicos a los principios que se enuncian, y en caso de no encontrarlos, pronunciarse decididamente por la supresión del supuesto principio. Es lo que hacemos, por ejemplo, con las conocidas teorías del "poder de policía," de los "actos de gobierno," de los "servicios públicos," de la "jurisdicción administrativa," de la "ejecutoriedad" del acto administrativo; de la "doble personalidad" del Estado; de las "potestades" administrativas, etc.

Si se procede de otro modo, o sea, si se acepta continuar repitiendo las construcciones elucubradas sin base real en el pasado, entonces el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia esotérica, árida, supuestamente oscura, difícil y compleja, realmente teórica e inmadura. Su madurez intelectual

[7] Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. I, p. 47; Marienhoff, *op. cit.*, p. 147; Bielsa, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37; Diez, *op. cit.*, t. I, p. 281.

[8] Rivero, Jean, *Droit administratif*, París, 1970, p. 27; Clarke Adams, John, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, 1964, p. 21; Marienhoff, *op. cit.*, p. 148.

[9] Una explicación alternativa encontramos en Meilán Gil, José Luis, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967: "Este es el drama íntimo del derecho administrativo: Su innata aspiración a ser un derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de derecho episódico. Así se comprende la permanencia de las tentaciones a que se aludía al principio: La del abandono de la construcción conceptual y la de la evasión, que se traduce en la ausencia de tratamiento de aquellas materias más inestables o en el atrincheramiento en las categorías generales." (*Op. cit.*, pp. 42 y 43.) Véase la aguda comparación práctica entre derecho civil y administrativo, en cuanto a su evolución, en Wolff, Hans J., *Verwaltungsrecht*, I, Munich, 1971, 8ª ed., p. 1. Ver también Nass, Otto, *Reforma administrativa y ciencia de la administración*, Madrid, 1964, pp. 175 y 176, a quien sigue Meilán Gil, *op. cit.*, p. 43.

definitiva sólo la alcanzará verdaderamente cuando no sea necesario, en una obra de la materia, ocuparse de tales falsas teorías y principios y pueda omitirse su consideración sin peligro de que el error reaparezca en la mente de los juristas.

5. *No se refiere principalmente a los servicios públicos*

Ese conjunto de normas y principios no se refieren exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*, sino que abarcan a toda la *función administrativa*, trátese o no de servicios públicos: La función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos.

Por ello puede considerarse superada, en este aspecto, la definición de BIELSA: "Conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública;"[10] si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó especialmente sobre la noción de "servicio público" al punto de constituirla en el pivote central de la disciplina, hoy en día han surgido muchos otros temas de fundamental importancia en la materia y que no tienen, sin embargo, una relación directa con aquélla: Además de los mencionados, puede recordarse toda la teoría del *acto administrativo,* de las empresas estatales que no prestan servicios públicos, sino que realizan actividades comerciales o industriales, de la *planificación económica,* etc. Por ello, si bien la noción de servicio público sigue siendo para algunos importante, no es en absoluto la más importante de la materia, y no justifica por ello que se defina en base a ella al derecho administrativo.[11]

6. *No se refiere exclusivamente a la administración pública*

Algunas definiciones antiguas[12] y otras modernas[13] consideran que el derecho administrativo estudia la actividad de la administración pública, o lo que es lo mismo, del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina prefiere ampliar el campo del derecho administrativo al estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo, sea o no realizada por los órganos administrativos.

En realidad, la cuestión está supeditada al criterio que se adopte al definir qué es la función administrativa o la actividad administrativa: Si se interpretara que

[10] BIELSA, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37.

[11] Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 40-1; 4ª ed., p. 45; *op. cit.*, t. I, p. 55; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 138 y otros.

[12] SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, p. 38; SARRIÁ, FÉLIX, *Derecho administrativo*, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 47.

[13] GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, t. I, 1961, p. 26 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 263 y ss.

sólo el Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes realizan función administrativa regida por el derecho administrativo, entonces es coherente definir a este último de ese modo.[14] En cambio, si se acepta que también los Poderes Legislativo y Judicial realizan actividad de tipo administrativa sujeta a los principios de esta disciplina, entonces la conclusión contraria es inevitable. No podrá, en efecto, sostenerse que haya actividad administrativa regida por los principios del derecho administrativo y no comprendida, sin embargo, en la definición de este último.

En consecuencia, entendemos que el derecho administrativo no sólo estudia la actividad del *órgano* administración pública, sino más bien el total de la *actividad* de índole administrativa, sea que la realice el órgano administrativo o los órganos Poder Judicial o Poder Legislativo.

7. *No sólo estudia las relaciones de la administración pública*

Aun tomando al concepto de administración pública en sentido amplio —abarcando todo órgano que ejerza función administrativa, sea él o no órgano administrativo—, no sería suficiente con indicar que el derecho administrativo estudia las relaciones "entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí,"[15] porque también estudia la organización interna de la administración, su estructura orgánica y funcional, y también los medios de la actividad administrativa y la forma que ella adopta.[16]

Por tales razones la doctrina dominante prefiere denominar al derecho administrativo en el sentido de que abarca "la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa,"[17] o "la organización y la actividad de la administración pública,"[18] o "la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados."[19]

Estas definiciones, sin embargo, pecan en parte por exceso y en parte por insuficiencia. Son excesivas en cuanto enumeran los dos elementos en cuestión —organización administrativa y relaciones—, lo que puede parecer un poco superfluo si se tiene en cuenta que, dado que la organización administrativa hace al estudio del sujeto u órgano que ejerce la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo *estudia el ejercicio de la función administrativa.* En esta tesitura, hemos sostenido que no es necesario aclarar

[14] Así los autores mencionados en la nota precedente.

[15] Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. I, p. 77.

[16] Zanobini, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, Milan, 1958, 8ª ed., pp. 26 y 27: "La parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las consecuentes relaciones jurídicas entre la misma y los demás sujetos."

[17] Sayagués Laso, *op. cit.*, t. I, p. 21.

[18] Diez, *op. cit.*, t. I, p. 264.

[19] Marienhoff, *op. cit.*, t. I, p. 149.

expresamente que dentro del "ejercicio de la función administrativa" se incluye el estudio del órgano que la ejerce, pues dicha inclusión es obvia.[20] En efecto, si no resultara claro que hablar de la actividad administrativa presupone también la consideración de la organización administrativa, *a pesar de que el autor lo diga expresamente,* entonces nada es suficiente: En tal actitud sería necesario hacer una enumeración de todas las cosas que el derecho administrativo comprende, ya que muy pocos las captarían por sí mismos en forma directa de la definición. Habría que señalar entonces que el derecho administrativo estudia la "estructura administrativa, la organización centralizada y descentralizada, la función pública, el acto administrativo, los reglamentos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, el dominio público, las limitaciones a la propiedad privada...," etc., lo que ciertamente no seria conveniente. La definición científica de una disciplina debe buscar un elemento de síntesis que en lo posible pueda ser comprensivo de todas las partes que la componen, y no por buscar mayor claridad debe caer en la mera enumeración. Justamente, la definición será una síntesis que por sí sola no es suficiente para el conocimiento de la materia, y que precisamente debe ser completada con los conocimientos que el autor proporcionará al lector en la obra.

Si, en consecuencia, los autores que incluyen la "organización" como un elemento *conceptual* del derecho administrativo, además de las "relaciones" administrativas, no están dispuestos a agregar todos los demás elementos mencionados (contratos, función pública, responsabilidad, etc.), entonces tales definiciones o son insuficientes o tienen exceso al enumerar en el concepto lo que no constituye sino elementos particulares, y no ciertamente los fundamentales de la disciplina.

8. *El derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa*

El elemento de síntesis que pueda reflejar adecuadamente la totalidad de las partes que componen a esta rama del derecho, es, según lo hemos expresado anteriormente, la "función administrativa." Es de advertirse que al particularizar que nos referimos al "ejercicio de la función administrativa," estamos comprendiendo no sólo los dos elementos cuestionados, sino también los restantes; en consecuencia, abarca:

8.1. El estudio del *sujeto* que ejerce dicha función, o sea, la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus *órganos* jurídicos (con los consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.), de los *agentes* que se desempeñan en esos órganos, y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada. (Entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado.) También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a

[20] Lo sostuvimos en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 46.

personas no estatales, y aparece en ese caso el fenómeno de las personas *públicas no estatales*. (Algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etc.)

8.2. El estudio de las *formas jurídicas* que dicho ejercicio presenta, es decir, los actos administrativos, los "actos de gobierno," los "servicios públicos;" el análisis de las *facultades*, "potestades," o "poderes" que tiene o que se le atribuyen por parte de la doctrina: Facultades discrecionales y regladas, "potestad jurisdiccional de la administración," "poder de policía," etc.[21]

8.3. El estudio de los *límites* de tales facultades, como contrapartida necesaria al ejercicio del poder en un Estado de Derecho: Los recursos y remedios del procedimiento administrativo (recursos de reconsideración, jerárquico, jerárquico menor, reclamación administrativa previa, denuncias, etc.), y las acciones y recursos del proceso judicial (acción ordinaria, acción de amparo, interdictos, recursos especiales de apelación; en el orden provincial, acciones de plena jurisdicción, de anulación, de interpretación, etc.); por último, la sanción por el agravio causado, a través de la responsabilidad de los funcionarios públicos (civil, penal, administrativa, política) y del Estado. (Responsabilidad extracontractual por hechos y actos ilícitos de sus agentes.)

8.4. El estudio de los *medios materiales* puestos a disposición de esa actividad, a través del dominio público y el dominio "privado" del Estado; en general, el estudio de la propiedad en su relación con la función administrativa, sea a través de la propiedad pública, sea a través de las limitaciones que el Estado impone a la propiedad privada (meras restricciones, servidumbres administrativas, ocupación temporánea, expropiación, etc.), sea a través de vinculaciones contractuales de contenido económico. (Los contratos administrativos.)

En otras palabras, el estudio del "ejercicio de la función administrativa" es comprensivo no sólo del *quién* ejerce la función, sino también del *cómo* y con *qué fundamento, con qué medios y* fundamentalmente *hasta dónde*, con qué limitaciones se la ejerce.

9. *La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa*

Si bien acabamos de decir que los elementos que integran la disciplina no deberían en principio ser incluidos en la definición de ésta, sino que debería buscarse una expresión que pudiera servir de síntesis a todos ellos, existen razones de otra índole que justifican aislar a uno de esos elementos y elevarlo a la categoría de caracterización conceptual de la materia.

[21] En general, es en este ámbito de los poderes del Estado donde se encuentran las teorías de más dudoso carácter científico.

Nos referimos a los *límites* de la actividad administrativa, y dentro de éstos en particular a la *protección judicial* del administrado frente a la administración. Aquí reside uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo: La protección del administrado contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto, su diferenciación con el derecho administrativo totalitario. Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es sólo la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino también su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. Consideramos que el derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana, y que la protección de éstos contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades; debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y dársele en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado.

Asimismo, debe advertirse que se habla aquí de protección *judicial* y no "jurisdiccional" como lo indican otras definiciones,[22] las que se refieren más particularmente a la protección que existe dentro del mismo ámbito de la administración pública, en especial "lo contencioso-administrativo." En rigor de verdad, tales definiciones son correctas para un sistema como lo es por ejemplo el francés, en que las contiendas entre los administrados y la administración son resueltas en forma definitiva por un tribunal emanado de la misma administración, que es el Consejo de Estado, pero no lo son para un sistema judicialista como el nuestro, en que tales contiendas son siempre resueltas por el Poder Judicial.[23] Ello no agota, por supuesto, el tema del control, ya que es necesario también instituir otros controles suplementarios, como lo explicamos en el cap. I.

10. *El contenido de la protección judicial*

Al tratarse de la protección judicial de los individuos contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder de la administración, no se estudia con todo principalmente el *procedimiento* que debe seguirse ante el Tribunal judicial al impugnarse un acto administrativo, pues ello forma parte *stricto sensu* de otra disciplina científica, el *derecho procesal administrativo*, que formaría parte del derecho procesal y no

[22] Así Laubadère, André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, París, 1963, p. 30; Bielsa, Rafael, *op. cit.*, p. 39 y ss.

[23] Ello en virtud de los arts. 18 (garantía de la defensa en juicio) y 95 (prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales) de la Constitución. Ver también Bosch, Jorge Tristán, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951.

del derecho administrativo.[24] Se estudia en cambio, fundamentalmente, aquello en que tal protección judicial difiere de la que el juez otorga habitualmente a un particular frente a otro.

10.1. Así es como se pueden impugnar y anular actos de la administración que no hayan contravenido una norma jurídica positiva, pero sean arbitrarios, desviados, de mala fe, etc.

Sin perjuicio de que lo anteriormente señalado es una caracterización importante del sistema conceptual del derecho administrativo, cabe indicar que a veces la propia legislación positiva reconoce ya estos principios, como ocurre en parte con el art. 7º del decreto-ley 19.549/72, que consagra la prohibición legal de la desviación de poder y la desproporcionalidad, tipificándolos como vicios del acto administrativo.

10.2. Así es también como debe crearse un remedio judicial o ampliar la legitimación en la acción procesal administrativa, de modo tal que el particular pueda impugnar un acto administrativo, aunque no afecte sus derechos subjetivos sino sus intereses legítimos o difusos; esta protección existe en algunos países (especialmente, España) y también en algunas provincias argentinas, en forma limitada (Córdoba, Jujuy, etc.), o amplia (Corrientes, Formosa, Mendoza, la Rioja), pero no existe en el orden nacional argentino.[25]

10.3. Del mismo modo, el juez, en materia administrativa, debe extremar su cuidado en proteger los derechos del administrado frente a la administración; y esto es muy importante recordarlo, pues "Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado."[26]

10.4. También es importante destacar de la función del juez que él tiene la trascendental misión de hacer respetar la Constitución por encima y a pesar del legislador y del administrador, pues "Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos*."[27]

10.5. También debe tenerse presente que en nuestra interpretación (que es la americana en general) de la división de los poderes, corresponde al Poder Judicial el control de la actividad administrativa, a diferencia del sistema francés en que

[24] González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 125 y ss.; Ule, Carl Herman, *Verwaltungsprozessrecht*, Münich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.

[25] Ver al respecto nuestro artículo "Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina «lo contencioso-administrativo»)," en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, p. 111 y ss. La situación no ha cambiado, a nuestro entender, con el decreto-ley 19.549/72.

[26] Linares, Juan Francisco, "Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal," *LL,* 94: 929.

[27] CSJN, *Salazar de Campo*, 1922, *Fallos*, 137: 254.

se considera que en virtud de dicha división de poderes, no corresponde que la justicia controle la actividad administrativa. De aquel principio se desprende la importante función del juez, como contrapeso fundamental de la administración pública.

De esta corta enunciación de razones que otorgan especial realce al contenido y alcance que la protección judicial tiene en el derecho administrativo, se desprende la necesidad de elevarla a la categoría de elemento fundamental de la disciplina. *No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los administrados contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa.*[28]

Por eso no compartimos una crítica que se ha hecho a nuestra definición, señalándosenos que no sería posible disociar el estudio del contenido y del procedimiento en la protección judicial del administrado, para llegar así a la conclusión de que, puesto que el procedimiento no forma parte del derecho administrativo, tampoco lo formará el contenido de la protección judicial;[29] no la compartimos porque cuando hablamos del "contenido" de la protección judicial nos referimos a la manera en que el sistema judicial influye o debe influir sobre el derecho de fondo. *No es lo mismo para el derecho administrativo que exista un tribunal desprendido de la propia administración pública*, o un tribunal judicial para resolver las contiendas que se planteen; *no es lo mismo que se admita o que se niegue la llamada "jurisdicción administrativa," que se admita o niegue la revisión judicial de los "actos de gobierno," de la actividad administrativa discrecional,* etc.; no es lo mismo que el juez entienda que su deber es proteger a la administración, o en cambio al administrado; no es lo mismo que el administrado sólo pueda defender su derecho subjetivo, y cuando encuentre una norma positiva expresa, a que pueda defender también su interés legítimo, incluso cuando el acto es ar-

[28] Como dice ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed., p. 138, el control por órganos estrictamente judiciales, independientes, de la legalidad de la actividad administrativa, es una relación fundamental en la materia: "En esta especial relación de la administración como objeto del control, y de la Justicia como órgano de control, encuentra el moderno Estado de Derecho el medio más eficaz para... el aseguramiento del principio de la legalidad de la administración." Ya recordamos también anteriormente la opinión de BODENHEIMER, quien da a la función de control su carácter predominante en el derecho administrativo, a punto tal que sostiene: "Debe definirse el derecho administrativo como *el derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas*" (BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 116); y en otra parte expresa: "Esta rama del derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos. Determina y circunscribe la esfera de acción dentro de la cual deben operar los órganos administrativos; indica también los remedios que quedan abiertos a los ciudadanos en el caso de que el órgano administrativo trascienda su esfera de acción: El control ejercido por los tribunales de justicia sobre los órganos administrativos está destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar cualquier violación de los derechos individuales por actos administrativos. *La delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del derecho administrativo.*" (*Op. cit.*, p. 117.)

[29] MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147.

bitrario o irrazonable pero no hay norma que prohíba esa arbitrariedad. Y así sucesivamente, cada una de estas trascendentales postulaciones va decidiendo automáticamente, objetivamente, el carácter autoritario o no del derecho administrativo que se define.

11. *Definición de derecho administrativo*

Por todo ello hemos definido al derecho administrativo como "la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta."

11.1. *Rama del derecho público*

O sea, que no es un mero complejo de normas, sino una rama del conocimiento o disciplina científica, la que estudia ese complejo normativo; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero.

11.2. *Que estudia el ejercicio de la función administrativa*

Debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos, respectivamente, los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Por lo tanto, el derecho administrativo estudia *toda* la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior, y *también* la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa, y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional.[30]

Al analizar el ejercicio de la función administrativa, se estudia no sólo la actividad administrativa en sí misma, sino también quién la ejerce (organización administrativa, agentes públicos, entidades estatales, etc.), qué formas reviste (actos administrativos, reglamentos, contratos, etc.), de qué medios se sirve (dominio público y privado del Estado), en qué atribuciones se fundamenta ("poder de policía," facultades regladas y discrecionales de la administración, etc.), y qué límites tiene. (Recursos administrativos y judiciales, responsabilidad del Estado y de sus agentes.)

11.3. *Y la protección judicial existente contra ésta*

Una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho consiste en que este último considera esencial la protección

[30] También corresponde al derecho administrativo el estudio del ejercicio de la función administrativa, cuando ésta aparece otorgada a entidades o instituciones públicas no estatales; en tales casos, con todo, la aplicación del derecho administrativo se limita a los aspectos que constituyen aplicación o ejercicio estricto de dicha función.

judicial del administrado frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección judicial al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control judicial sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo.

12. *Relaciones con el derecho civil*

Las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado en general, y con el derecho civil en particular, son de tres tipos:

12.1. Existen ciertos principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho civil y también en el derecho administrativo; no se trata de que el derecho administrativo los haya tomado del derecho civil, sino tan sólo de que el derecho civil fue uno de los primeros en utilizarlos. (Así, los elementos esenciales de los hechos y actos jurídicos, los contratos, la responsabilidad, etc.)

12.2. Hay disposiciones de derecho administrativo que están contenidas en el Código Civil. (Éste determina cuáles son los bienes del dominio público, habla de expropiación, del arrendamiento de bienes públicos; dice que ciertas cuestiones son ajenas a él y se regirán por el derecho administrativo: La reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.) Tales disposiciones no son, pues, del derecho civil, y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas.

12.3. En cuanto a las reglas propiamente de derecho privado, su aplicación en el campo del derecho administrativo era muy frecuente en los orígenes de éste, pero ha ido decreciendo paulatinamente a medida que adquiría más autonomía.[31] Por regla general el derecho administrativo, cuando toma principios del derecho común, no los mantiene con sus caracteres iniciales, y por ello aparecen sea deformados (responsabilidad indirecta del Estado, derechos reales), sea "publicizados" (obligaciones, extinción de las obligaciones, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.), de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios del derecho civil.[32]

La afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo[33] no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las *integra* con los principios y normas del derecho administrativo, *conformándose* y *remodelándose*, en consecuencia, a éste. El abogado no especializado que en un caso concreto quiera recurrir supletoria-

[31] Comparar Zanobini, *op. cit.*, p. 32 y ss.
[32] Ampliar en García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 43.
[33] Comp. Bielsa, *op. cit.*, 6ª ed., t. I, p. 159; Marienhoff, *op. cit.*, t. I, p. 171.

mente al Código Civil, deberá proceder en consecuencia con sumo cuidado, pues la doctrina, la jurisprudencia o incluso la propia práctica administrativa pueden haberle dado un sesgo distinto a la cuestión precisamente en ese caso concreto, no efectuando una aplicación lisa y llana del Código Civil.[34]

13. *Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública*

Ello se advierte muy bien cuando se considera la evolución que ha sufrido la aplicación del derecho civil como tal a la administración pública. Tradicionalmente, en efecto, han existido grandes campos de actividad de la administración que según la doctrina clásica estuvieron sometidos *exclusivamente* al derecho civil, sin ingerencia alguna del derecho administrativo, creando así una supuesta dicotomía entre ambos campos de actividad. Es así como la doctrina antigua, y los que la siguen a veces hoy en día, señaló:

13.1. Que existe una doble personalidad del estado: El Estado como persona de derecho público (o como poder público, o soberano, etc.), y el Estado como persona de derecho privado.

13.2. Que existen dos tipos de actos de la administración: Los actos administrativos, y los actos de derecho privado de la administración.[35]

Estas dos concepciones están hoy en día prácticamente abandonadas por la doctrina moderna, pero existen todavía algunos restos de la orientación clásica que siguen en pie:

13.3. La supuesta distinción entre dos tipos de contratos que celebra la administración: Contratos administrativos y contratos civiles;

13.4. La distinción entre dos tipos de dominio o propiedad que tendría el Estado: Dominio público y dominio privado.

Por nuestra parte, señalaremos en su momento la completa relatividad de estas dos últimas distinciones, pero aún sin entrar a considerar en esta oportunidad los argumentos que pueden indicarse al respecto, puede ya advertirse la evidente similitud que presentan con las anteriores clasificaciones. Si se habla de una "personalidad de derecho privado," y de "actos de derecho privado" de la administración, es perfectamente coherente distinguir luego correlativamente los contratos de derecho privado de la administración y su dominio privado. Si, en cambio, se niega una supuesta doble personalidad, y se aclara que los actos

[34] Si bien la jurisprudencia suele hacer aplicación "supletoria" del Código Civil, ya la Corte Suprema ha aclarado que existiendo una ley de derecho administrativo, el "Código Civil... sólo es aplicable en cuanto sea compatible con los principios de aquélla." (*Fallos*, *Besana*, 1938, 182: 502-547.)

[35] Sobre estas dos diferenciaciones pueden verse, entre los libros más viejos, MAYER, *op. cit.*, t. I, p. 184 y ss., y entre otros algo más recientes, BIELSA, *op. cit.*, t. II, 6ª ed., p. 27.

de la administración nunca son de derecho privado, mal puede luego sostenerse que exista un contrato o un dominio estatal que sea estrictamente privado.

Sin perjuicio de lo dicho sobre el tema en su oportunidad, puede recordarse aquí que la personalidad jurídica del Estado es siempre una sola, y que ésta es predominantemente de derecho público, por lo que se debe calificarla necesariamente como tal;[36] que los actos que emanan de los órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma, por el derecho administrativo, y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos siempre como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.[37]

A su vez, por lo que se refiere a los supuestos contratos civiles de la administración, es obvio que también todo lo referente a la competencia de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de celebración, a las *formas* de concertación, etc., se rige estrictamente por el derecho público; a nadie se le ocurriría fundamentar la *competencia* de un órgano estatal para celebrar ese contrato, en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la ley de contabilidad exija la *licitación pública*, pueda prescindirse de ella porque no figure en el Código Civil,[38] ni que si de acuerdo con el derecho administrativo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas un decreto del Poder Ejecutivo, sea necesario de todos modos escritura pública,[39] etc. La conclusión es en definitiva la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: sólo podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto del acto o contrato, pero ello no quita que lo dominante siga siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato del derecho civil. Y por lo demás, incluso la aplicación del derecho civil en el objeto mismo del acto es sumamente limitada y poco frecuente.

Por último, la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado tiene algún basamento normativo en el Código Civil,[40] pero se le ha dado en la

[36] VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. II, p. 161 y ss.; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, pp. 127-8; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 365; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 287, etc. Los fundamentos constitucionales también los expusimos en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 17 y ss.

[37] Lo hemos desarrollado en nuestro *Tratado*, t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*; en igual sentido, DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 210; PTN, *Dictámenes*, 92: 74 y ss.

[38] La ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56) dispone en su art. 55 que "Toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros se hará por regla general previa licitación pública," sin efectuar distinciones entre supuestos contratos administrativos y privados de la administración.

[39] La ley 4167 dice que el decreto del Poder Ejecutivo por el cual se vende una tierra pública tiene "fuerza de escritura pública" (art. 3°) a pesar de que intrínsecamente no lo sea.

[40] Ya que el art. 2340 enumera lo que denomina "bienes públicos del Estado," y el 2342 lo que llama bienes privados del Estado. Una diferencia sustancial pues, entre esta diferenciación y las anteriores, es que ésta es la única que tiene un claro sustento normativo.

actualidad una interpretación muy amplia al concepto de dominio público, que abarca todos los bienes estatales inmuebles, muebles, u objetos incorporales, y tanto que estén afectados al uso directo como indirecto de la comunidad (por ejemplo, a través de los servicios públicos), con lo que prácticamente son de excepción los casos en que se puede señalar un típico bien del "dominio privado" del Estado.

14. *La transformación del derecho administrativo*

¿Esa evolución hacia el derecho público es positiva o negativa? Sería negativa si el derecho administrativo, al avanzar sobre campos antiguamente sometidos al derecho civil, lo hiciera con una aplicación rígida de sus principios clásicos; pero ello no ocurre exactamente así, sino que la tendencia contemporánea representa una suerte de transacción entre el derecho administrativo y el derecho privado.

En efecto, en la distinción de estos dos derechos a fines del siglo pasado, se consideraba típico del derecho administrativo la *supremacía* que se otorgaba a la administración, y una larga serie de privilegios y prerrogativas especiales que se le reconocían incluso sin que una ley lo dispusiera expresamente, cuando actuaba en el campo del derecho administrativo. Por el contrario, cuando actuaba en el campo del derecho privado, la administración estaba en una relación de *coordinación*, de igualdad con los administrados, y no tenía privilegios y prerrogativas. Se decía así entonces, en los viejos libros, que la administración cuando estaba como "poder público" no era responsable por los daños que causara; no necesitaba de un fundamento legal expreso para poder imponer una sanción a los administrados; no estaba sujeta a control judicial; no estaba plenamente ligada por los contratos que celebraba; podía ejecutar por sí misma y por la coacción sus propios actos, etc. Nada de ello ocurría, en cambio, cuando actuaba como "persona jurídica privada."

Modernamente los extremos se unen: La administración actúa siempre como persona de derecho público, pero sin contar con las supremacías y privilegios que antiguamente se le reconocían sin hesitación; actualmente el Estado es responsable si comete un daño, aun actuando como persona de derecho público que es; necesita de un fundamento legal expreso para imponer sanciones; está sujeto en todos los casos al control judicial; está también obligado por los contratos que celebra, etc. Por ello, si bien el derecho administrativo gana en extensión, gana también cualitativamente al transformarse en un derecho más justo y razonable, menos arbitrario y autoritario;[41] de ese modo la distancia con el derecho privado, en cierto modo, se ha acortado.

[41] Ver sobre el punto, García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)," en *Revista de administración pública*, Madrid, 1962, n°38, p. 159 y ss.; Garrido Falla, Fernando, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1962, 2ª ed.

Sin embargo, es de advertir que estos nuevos rasgos del derecho administrativo contemporáneo no se hallan todavía suficientemente asentados, ni tampoco compartidos por algunos autores, por lo cual se encuentran todavía algunas aplicaciones indebidamente autoritarias de principios superados: Toca a los juristas de hoy y del mañana estar atentos a fin de corregir, en cada caso, las desviaciones aún existentes.

15. *Relaciones con el derecho constitucional*

De todas las ramas del derecho público, ninguna está más estrechamente ligada al derecho administrativo que el derecho constitucional; cada capítulo de derecho administrativo, se ha dicho, está encabezado por una introducción de derecho constitucional. "Ningún derecho está más subordinado y conformado a las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo," y por ello "el derecho administrativo tiene el carácter o la fisonomía del *derecho constitucional* de cada Estado."[42] En efecto, la Constitución crea la separación de poderes (o no) y establece los límites del poder estatal en los derechos individuales: Dentro de esos lineamientos habrá de desenvolverse el derecho administrativo.

Constitución y administración se influyen recíprocamente; pero mientras que la influencia de la primera sobre la segunda es de *sistema*, la de la administración sobre ella es de *eficacia*.[43] La Constitución es una *estructura*, es el ordenamiento fundamental del Estado; la *administración* es un órgano[44] jurídico de ese Estado, y la *función administrativa* es una actividad que se realiza dentro del marco y las directivas básicas fijadas por aquella estructura. En la Constitución predomina lo estático, en la función administrativa lo dinámico; en la primera hay estructuración y establecimiento de limites, en la segunda hay expresión de actividad concreta y choque contra los límites prefijados.

Al igual que en el caso del derecho civil, hay que distinguir tres tipos de relaciones entre ambas ciencias:

15.1. Hay *principios generales de derecho* que si bien se hallan más fuertemente protegidos por encontrarse en la Constitución, no son exclusivos del derecho constitucional. (La igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y conciencia, el que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, etc.)

[42] Bielsa, *Compendio de derecho administrativo, op. cit.*, p. 7. Incluso hay autores que identifican ambas disciplinas en un "Derecho del Estado," como recuerda Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1971, p. 22.

[43] Von Stein, Lorenz, *La Scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897, p. 3; Bielsa, *op. loc. cit.*; Giese, Friedricch, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 1.

[44] No parece que pueda hablarse de una personalidad jurídica de la administración como tal; con todo, ver García de Enterría, Eduardo, "Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario," en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* año 1960, n° 2/3, p. 323 y ss.

15.2. Hay disposiciones de *derecho administrativo* que están contenidas en la Constitución. (Las referentes a la expropiación, a la imposición, la prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, el régimen carcelario, el servicio militar obligatorio, la libertad de navegación de los ríos interiores, etc.)

15.3. En cuanto a las que se consideran típicamente de *derecho constitucional* (creación y organización de los tres poderes; facultades de los mismos; derechos individuales), su aplicación en derecho administrativo es necesaria, ineludible, y éste aparece como una prolongación de aquél; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas.

En este último aspecto, hay varias cuestiones de enorme trascendencia para la orientación que ha de asumir el derecho administrativo:

15.3.1. Si la Constitución ha establecido un Estado de Derecho, lo que se contesta averiguando si la Constitución constituye un *orden jurídico* pleno y autónomo, al cual esté *sometido* el Estado en absolutamente todas sus manifestaciones, de forma que no sea que el Estado "tenga" una Constitución, sino que "esté" en una Constitución.

15.3.2. Si los derechos individuales concedidos por la Constitución a los habitantes son auténticos *derechos subjetivos* frente al Estado como "poder."

15.3.3. Si la violación del *fin* y la *valoración* o el *espíritu* de una norma constitucional da lugar a la inconstitucionalidad del acto estatal respectivo.[45]

16. *Relaciones con el derecho de los recursos naturales*[46]

El conjunto de los recursos naturales del Estado, básicamente aguas, tierras y minas, tienen su ámbito de regulación disperso y asistemático, encontrándose parte de él dentro del derecho administrativo, parte dentro de otras ramas del derecho y parte aún dentro de diversas ramas no jurídicas.

16.1. *Tierras*

Lo atinente a las tierras públicas y su utilización por el Estado en forma directa o indirecta es en parte estudiado por el derecho administrativo y en parte por el derecho agrario. El derecho administrativo estudia: *a)* Todo lo atinente al régimen de los recursos naturales dentro de los llamados "parques nacionales," "reservas nacionales" y "monumentos naturales," que tienen un régimen propio específico de derecho público; *b)* estudia también lo atinente a las tierras del dominio público stricto sensu (parque, plazas, etc., libradas al uso público directo o indirecto) como *c)* también lo atinente a las llamadas "tierras fiscales,"

[45] Sobre estos puntos ampliar *infra*, cap. IV, N°2-5.

[46] Sobre el tema de los recursos naturales, en general, ver PIGRETTI, EDUARDO A., *Teoría jurídica de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1965, y *Derecho de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1971.

tierras que, perteneciendo al Estado, se entregan preferentemente en planes de desarrollo agrario a colonos o campesinos. Existen aquí múltiples alternativas, entre las que cabe mencionar: 1°) La más tradicional de la subdivisión de la tierra y su entrega en propiedad a los campesinos (con el inconveniente de que al cabo de una generación la tierra generalmente no cumple ya una función social directa, pues los herederos del colono no siempre la trabajan por si, apareciendo entonces nuevamente los fenómenos de aparcería, etc.);[47] ó 2°) la de su entrega en concesiones de tierra temporarias o vitalicias (con lo que, al terminar la vida del colono, la tierra revierte a manos del Estado, que puede entonces nuevamente otorgarla a quien la tierra sirva a un mejor fin útil); ó 3°) la entrega en propiedad sin subdivisión a formas cooperativas de explotación (con lo cual serán únicamente los que trabajan la tierra, si es por ejemplo una cooperativa de trabajo, los que tendrán la propiedad de la misma), etc. En estos últimos problemas el derecho administrativo linda con los temas de "reforma agraria," "planes de colonización," etc., en los cuales comparte el campo de acción con otras disciplinas jurídicas y no jurídicas.[48] Quizá el aporte más importante del derecho administrativo a este tema del derecho sea precisamente su concepción iuspublicista, que se ve como lógico que las tierras del Estado sean en forma permanente propiedad inalienable e imprescriptible de éste, y que no sean objeto de adquisición por los particulares, siguiendo con ello la concepción tradicional del dominio público del Estado; en cambio, otras formas de pensamiento, o ramas del derecho, más próximas al clásico derecho privado, sólo atinan a ver como posible la clásica entrega en propiedad a manos privadas, en forma definitiva y no controlable ya por el Estado

[47] Sobre este punto la experiencia es uniforme. Como observa la FAO, *La reforma agraria en Italia. Realizaciones y perspectivas*, Roma, 1961, p. 63, "Un labrador que hereda o compra un pedazo de tierra se esfuerza durante el resto de su vida en ampliar su propiedad. Pero cuando muere comienza de nuevo el proceso de subdivisión y fragmentación."

[48] El fin de la reforma agraria es por lo general prevalentemente social, sin perjuicio de su incidencia económica. Las grandes extensiones de tierra son a veces explotadas en forma no maximizada, con gran cantidad de tierras de cultivo en descanso (Secretaría de la CEPAL, *Problemas y perspectivas de la agricultura latinoamericana*, Buenos Aires, Hachette, 1965, pp. 102 y 103), pero aun admitiendo que "la mayor productividad de la tierra y el mayor rendimiento por acre suelen ser una característica del sistema de plantaciones... La necesidad de reformar el régimen de las plantaciones se debe a consideraciones de índole social, como son la necesidad de distribuir con más uniformidad la renta y de aumentar las posibilidades de progreso social." (Naciones Unidas, *Reforma agraria. Defectos de la estructura agraria que impiden el desarrollo económico*, Nueva York, 1951, p. 24; Organización Internacional del Trabajo, *Problemas básicos del trabajo en las plantaciones*, Ginebra, 1950, y otros.) En suma, "las posibles ventajas económicas de la gran empresa agrícola pueden ser más que contrapesadas por perturbaciones en otras áreas de la economía y de la sociedad. Algunos fenómenos de subocupación rural y de uso no maximizado de la tierra, por ejemplo, pueden llegar a ser considerados como males menores por comparación a la intensificación de las migraciones internas, a la desocupación urbana, al crecimiento de la fuerza de trabajo en actividades no directamente productivas, y otros fenómenos semejantes." (Palerm, Angel, *Observaciones sobre la reforma agraria en Italia*, Washington, 1963, p. 99.)

ni la sociedad después de transcurridos los plazos que los boletos de compraventa o las escrituras traslativas de dominio fijen.[49]

Desde el punto de vista de la concepción iusadministrativista, en cambio, parece más lógico que la propiedad adquirida por el Estado, por expropiación o cualquier otra forma traslativa de dominio, se mantenga en manos del Estado, y se entregue al colono solamente la concesión temporaria para el uso de la tierra, sea en forma vitalicia, sea a través de formas cooperativas, etc. En tales casos las concesiones deberán otorgar las pertinentes garantías de seguridad jurídica a los colonos, y desde luego preservar asimismo su derecho de propiedad sobre las mejoras que introduzcan, pero lo importante es que al terminar la vida útil del colono la tierra no se transmita nuevamente por sucesión a un heredero que probablemente no explotará ya directamente la tierra, sino que pueda otra vez ser entregada a aquél que de acuerdo con sus condiciones socioeconómicas más la necesite y esté en condiciones de explotarla en forma directa; el sistema actual de entrega de la tierra en propiedad al colono, aunque sea el resultado de una "reforma agraria," no es sino una solución aparente y temporaria, pues con el transcurso del tiempo se reproduce la situación de no explotación directa, que fue lo que probablemente dio origen a la reforma agraria en primer lugar. De ese modo el objetivo de la reforma se ve destruido al cabo de una generación, y es necesario comenzar de nuevo: De allí la necesidad de cambiar de sistema, tal como lo sugerimos.

16.2. *Aguas*

Lo referente al régimen de las aguas siempre se consideró en este siglo básicamente regido por el derecho público, habiéndose inclusive acuñado el principio de que todas las aguas son públicas,[50] en el sentido de ser necesariamente partes integrantes del dominio público del Estado, por lo tanto, inalienables e imprescriptibles. Esta materia ha sido objeto de estudio por el derecho administrativo,

[49] En efecto, el colono cumple los planes de desarrollo agrario mientras es titular de un boleto de compraventa, sujeto a un régimen de revocación por incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fue otorgado; pero una vez entregado el título de propiedad, aunque éste consigne también obligaciones determinadas, ellas de hecho no se cumplen, e incluso serían de dudosa validez frente al derecho civil. Esto se ha intentado remediar fijando plazas cada vez más largos para el otorgamiento de la escritura, que han llegado en algunos casos hasta veinticinco años; pero eso no es sino esquivar el problema real, que no es, como se advierte, entregar la tierra a perpetuidad, sino en forma temporaria, al igual que el agua.

[50] Marienhoff, Miguel S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, reedición, p. 437, quien aplicando el principio de la analogía, concluye que "en materia de «aguas» el «principio» general de nuestra legislación es que sean «públicas.»" En igual sentido, Biblioni, Juan Antonio, *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino*, t. III, Buenos Aires, 1929-1932, p. 7 y ss., enuncia el criterio de que todas las aguas son públicas, invocando al antecedente de la legislación de Indias, en que el dominio de "todas" las aguas pertenecía a la Real Corona.

y las distintas provincias ostentan sus propios Códigos o leyes de Agua como muestra de esta ubicación metodológica y jurídica del problema.[51]

Pensamos que la razón de ser de que las aguas hayan sido casi siempre consideradas parte del dominio público del Estado e insusceptibles de apropiación privada, bajo forma alguna, sin perjuicio de su utilización por permiso o concesión revocables, se debe justamente al haber sido siempre reguladas por esta rama del derecho público, no habiendo participado en su elaboración reciente otras ramas del derecho.

16.3. *Minas*

En cambio, la situación es bastante diferente con los minerales; aún dejando de lado el hecho de que ciertos minerales son considerados *ipso jure* de propiedad particular,[52] y sólo los de primera y segunda categoría son claramente de propiedad del Estado,[53] se advierten graves fallas en su régimen jurídico. Ubicados los problemas generalmente sólo en el derecho minero, tienen una obvia carencia de visión publicística: Es así como el Código de Minería es nacional, en lugar de haber códigos locales como correspondería, tratándose de un recurso regido por el derecho público y de propiedad de las Provincias; es así como el Código de Minería consagra normas de *procedimiento* administrativo minero, inconstitucionales por avanzar también sobre el ámbito provincial; es así, sobre todo, como se ha interpretado que las minas de primera categoría deben ser necesariamente explotadas por particulares,[54] salvo ley expresa en contrario. Con todo, la calificación de utilidad pública que el art. 13 del citado Código de Minería les otorga (con el fin obvio de hacer prevalecer el derecho del explotador o concesionario minero por sobre los derechos del superficiario), no puede incluso prevalecer por sobre el derecho de expropiación que a la Nación y a las Provincias les compete de acuerdo con sus pertinentes leyes de expropiaciones; la expropiación de minas se rige por la ley especial pertinente de derecho administrativo y no, a nuestro

[51] Así, Corrientes, Mendoza, Salta, Jujuy, San Juan.

[52] Dentro de la clasificación de las minas que establece el art. 2° del Código de Minería, se encuentran las de primera y segunda categoría, que pertenecen al Estado (incisos 1° y 2°), y las minas de tercera categoría, que pertenecen al propietario privado. (Inciso 3° y art. 5°.) Ver Silenzi de Stagni, Adolfo, "Clasificación legal de las sustancias," *LL*, 13: 167 y ss.; Pigretti, Eduardo A., *Código de Minería y Legislación de hidrocarburos*, Buenos Aires, 1969, 2ª ed., p. 14 y ss.

[53] Código de Minería, art. 2°, inc. 1° y 2°, y art. 7°.

[54] Código de Minería, art. 9°: "El Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley." Y se ha sostenido aún, en aparente contraposición al art. 7º del Código, que el particular que pone de manifiesto una sustancia adquiere sobre ella un derecho de propiedad que excluiría la propiedad del Estado, no existiendo por lo tanto un derecho de propiedad en calidad de concesionario, sino en calidad de titular dominical de la cosa: Así Pigretti, *Código de Minería...*, *op. cit.*, p. 37. Este punto tiene importancia para el caso de expropiación, ya que si el derecho es emergente de una concesión, se pagará el daño emergente, pero no el lucro cesante del mineral no explotado; en cambio, si es un derecho dominical se podría pensar que hay que indemnizar también al mineral no explotado; esto último nos parece no fundado e inconstitucional.

juicio, por normas o principios de derecho minero o de cualquier otra rama del derecho privado. Fácil es advertir la inconsecuencia de pretender que la expropiación, instituto de derecho público, se rija o limite por normas o principios de derecho privado.

Esas fisuras han ido siendo parcialmente corregidas a través de leyes dispersas nacionales, que han transferido del dominio de las Provincias al dominio de la Nación (quitándolos igualmente de la explotación de manos privadas) distintos minerales de primera categoría: Gas, carbón, petróleo, con la llamada nacionalización de los hidrocarburos;[55] yacimientos de diversos minerales, en forma aislada,[56] etc. No se ha avanzado, en cambio, hacia la nacionalización o provincialización y consiguiente desprivatización, de recursos mineros importantes, como son el hierro, el cobre, etc. Otros países tienen dado en este sentido avances notorios en relación al nuestro.[57]

En suma, estimamos que el derecho minero debe ser contemplado como parte del derecho público,[58] en estrecha relación con el derecho administrativo, y compartiendo con éste muchos de sus principios. Para ello será necesario un cambio de mentalidad en la interpretación del Código, por una parte, y un cambio de legislación misma, por el otro. Mientras ello no ocurra subsistirá la evidente disfuncionalidad del sistema global de los recursos naturales, por su tratamiento asistemático y no coherente de los diversos elementos que lo componen.

[55] La ley de hidrocarburos, nº 17.319, del año 1967, establece en su art. 1° que "los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional," y que pueden ser explotados por empresas estatales. (Art. 2º.) Anteriormente al decreto-ley 17.319, la ley 14.773 disponía ya que "los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos existentes en el territorio de la República Argentina y los de su plataforma submarina son bienes exclusivos, imprescindibles e inalienables del Estado nacional." Ver Oyhanarte, Julio, "Régimen constitucional de las fuentes de energía," *LL*, 88: 863; Pigretti, *Código de Minería...*, *op. cit.*, p. 476 y ss.

[56] A partir de 1935 la ley 11.668 (precedida de las leyes 7059 y 9664, de reservas petrolíferas en Comodoro Rivadavia) consagra la explotación por el Estado de los yacimientos petrolíferos, complementada por la ley 12.161 y toda la legislación posterior. También fueron creados por ley diversos entes estatales para la realización de actividades mineras, tales como la Dirección General de Fabricaciones Militares, ley 12.709; la Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, SOMISA, ley 12.987; la Comisión Nacional de Energía Atómica: Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio, YMAD, ley 14.771, etc.

[57] Es típico el caso de Chile, con la reforma constitucional de 1967 y la de 1971, respecto del inciso 10 del art. 10 de la Constitución. Sobre la evolución del problema en Chile véase Escalabaltra, Enrique, *El dominio del Estado sobre las minas*, Santiago de Chile, 1965; Bruna Vargas, Augusto, *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera*, Santiago de Chile, 1971, ambos de la Editorial Jurídica de Chile; Novoa Monreal, Eduardo, *La nacionalización chilena del cobre. Comentarios y documentos*, Santiago de Chile, Quimantú, 1972.

[58] Entendemos, pues, que debe abandonarse la concepción según la cual el derecho minero es una rama del derecho privado, como puede verse, por ejemplo, en Uribe Herrera, Armando, *Manual de derecho de minería*, Santiago de Chile, 1968, 3ª ed., p. 11. Todo lo atinente a la propiedad minera como concesión administrativa, a la expropiación de las minas, a la caducidad de la concesión, etc., tiene como es obvio una ubicación y solución distinta si se lo analiza como problema de derecho público, en íntima vinculación al derecho administrativo, que si se lo analiza como supuesto problema de derecho privado, análogo entonces a los planteamientos y soluciones del derecho civil.

Capítulo IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sumario

I. *Introducción* 129
1. Concepto de fuente 129

II. *La Constitución* 130
2. Importancia de la Constitución como fuente del derecho administrativo 130
2.1. El Estado en la Constitución 131
2.2. El Estado de Derecho en la Constitución 132
3. Caracteres de las normas constitucionales 133
3.1. La supremacía de la Constitución 134
3.2. La imperatividad de la Constitución 134
3.3. El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales 135
4. Los principios constitucionales 136
5. El Estado bajo el orden jurídico constitucional 138
5.1. La reforma constitucional se impone al Estado 138
5.2. El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho 140
5.3. La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional 141
5.4. La pirámide jurídica estadual y la Constitución 141

III. *La ley* 142
6. Ley y función legislativa 142
7. Leyes y tratados 143
8. Ámbito de la ley frente a la administración 144
9. La administración frente a la ley inconstitucional 147

IV. *Los reglamentos* 148

10. Concepto 148
11. Clases de reglamentos 149
11.1. Reglamentos de ejecución 150
11.2. Reglamentos delegados o de integración 151
11.3. Reglamentos de necesidad y urgencia 152
11.4. Reglamentos autónomos 152
12. Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo 153
13. Relación entre el reglamento y el acto administrativo 154

V. *Jurisprudencia* 155
14. Concepto y alcances 155

VI. *La costumbre* 157
15. Concepto y admisibilidad en general 157

Capítulo IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

1. *Conceptos de fuente*

Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serian aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable, y las segundas las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras. Fuentes en sentido formal serían así la Constitución, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia; fuentes en sentido material u "orígenes," los hechos sociales, doctrinas y costumbres. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes, y dicen así que las fuentes del derecho administrativo son la ley (en sentido amplio), la doctrina y la costumbre;[1] otros agregan a los hechos como fuente formal.[2]

Estas dudas provienen de una confusión, no tanto sobre el concepto de fuente como sobre el concepto de derecho administrativo: Puesto que éste es una rama de la ciencia del derecho (una disciplina; un saber) que analiza el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa, las fuentes de la disciplina serán todas las normas y principios —sea cual fuere el origen de éstos— que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos.

Si, en cambio, se considera que el derecho administrativo es el conjunto mismo de esas reglas y principios, sería absurdo pretender que la ley, por ejemplo, sea fuente del derecho administrativo, pues ello significaría que es fuente de sí misma;[3] en este concepto del derecho administrativo, hablar de fuente no tiene

[1] Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 75.
[2] Jellinek, Walter, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, p. 125 y ss.
[3] Zanobini, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, Milán, 1958, 8ª ed., p. 59.

sentido —salvo en el aspecto puramente sustancial—[4] y lo que nosotros estudiamos aquí como "fuentes" debe analizarse bajo el nombre de "derecho administrativo objetivo."[5] Conceptuar al "derecho administrativo" de una u otra manera no tiene gran trascendencia, pero debe cuidarse que la noción de "fuente" sea coherente con la misma.

Considerando, pues, al derecho administrativo como una rama de la ciencia del derecho, las fuentes del mismo serán en sentido estricto únicamente aquellas normas y principios que tienen imperatividad, esto es, que integran el orden jurídico positivo; todo aquello que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido social o político, pero no fuente en sentido jurídico.[6]

Tomamos así posición en contra de la injustificada admisión de la doctrina como fuente del derecho administrativo; en cuanto a la costumbre, la consideraremos más adelante.

II. La constitución

2. *Importancia de la Constitución como fuente del derecho administrativo*

La Constitución es una fuente de extraordinaria importancia en el derecho administrativo; hablamos, claro está, de los países en que la Constitución es imperativa,[7] en que es un orden jurídico pleno impuesto por el pueblo al Estado, en el cual le regula su estructura y organización, establece las facultades del mismo frente a los individuos y los derechos de los habitantes frente a él.

Puesto que el derecho administrativo estudia la estructura de uno de los órganos jurídicos del Estado (la administración) y el ejercicio de la función administrativa (facultades del Estado en el órgano "administración" y limitaciones a las mismas, en los derechos de los habitantes), fácil es advertir la importancia del derecho constitucional y concretamente de la Constitución como fuente del derecho administrativo. En España, por ejemplo, la aparición de la Constitución de 1978 implica, como es obvio, una profunda renovación del derecho administrativo.[8]

[4] Es decir, "fuente" en el sentido de condiciones sociales, económicas, etc., de un pueblo que originan que el legislador establezca nuevas normas. Las denominaciones tradicionales de "fuente formal" y "fuente sustancial" o material no son en verdad acertadas, y tal vez fuera mejor reservar el nombre de fuente a las reglas y principios imperativos, llamando orígenes a todo lo demás. Ver SARRIÁ, FÉLIX, *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, República Argentina, 1950, 4ª ed., p. 172 y ss.

[5] Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60.

[6] También puede decirse, en sentido similar, que las fuentes se clasifican en "directas" (las basadas en normas jurídicas positivas) e "indirectas" (las que no se basan en normas positivas.) Así, MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 197.

[7] Ver *infra*, 3.1., 3.2. y 3.3.

[8] Ver, por ejemplo, los trabajos reunidos por PREDIEN y GARCÍA DE ENTERRÍA, en *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1981; GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

2.1. *El Estado en la Constitución*

En los países en que no es el Estado el que crea la Constitución a través de sus órganos ("constituciones flexibles"), sino que ésta le es *impuesta* por una Asamblea Constituyente dependiente directamente del pueblo y no de ese Estado ("constituciones rígidas"), la personalidad *política* se manifiesta al crear y modificar la Constitución, y al votar: Esos son los únicos casos en los cuales el *pueblo* actúa como tal, con *fuerza soberana*, y sin estar sometido a régimen jurídico alguno en cuanto a la oportunidad o acierto de sus actos.

Pero el Estado creado en la Constitución no es ya el "Estado" de la personalidad política; aquí aparece la organización y la figura jurídica que centraliza esa organización: *La personalidad jurídica del Estado*, el Estado actuante que conocemos en la vida diaria.

La personalidad jurídica del Estado es un *concepto unitario,* que abarca la actuación del Estado legislador ("Poder Legislativo"), juez ("Poder Judicial") y administrador ("Poder Ejecutivo"); en otras palabras, el Estado actúa con su personalidad *jurídica* tanto cuando dicta actos administrativos, como leyes o sentencias.

Esta actuación del Estado en su personalidad jurídica no tiene el mismo régimen legal que la actividad de los seres humanos en sus propias e individuales personalidades jurídicas, pues la Constitución establece que los actos del Estado tienen en su mayor parte la virtualidad de *obligar* a los habitantes, mientras que los habitantes no pueden ordenar nada a nadie a menos que la ley lo autorice.

Esa facultad de *mandar* concedida por el pueblo soberano a través de la Constitución a la persona jurídica estatal, se denomina "poder público." El poder público o poder estatal es ejercido por personas físicas (gobernantes, jueces, legisladores, administradores) dentro del ámbito correspondiente a los órganos jurídicos (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial) de esta persona jurídica estatal.

El poder público es así una facultad de mandar, pero es distinto e inferior al poder soberano: No existe por sí mismo, sino en tanto y en cuanto el poder lo crea; sus límites son los que el pueblo le impone en la Constitución.

Como contrapeso a esta facultad de mandar, a este "poder público" del Estado en su personalidad jurídica, se conceden a los habitantes una serie de protecciones, consideradas como *límites a la actividad del Estado.* Esos límites se denominan *derechos subjetivos públicos.* El poder público estatal se halla, en consecuencia, equilibrado —un poco tan sólo— por los derechos subjetivos públicos de los habitantes. Tanto el poder público estatal como los derechos subjetivos públicos de los habitantes encuentran su origen y su fuerza jurídica en la Constitución, que es el instrumento mediante el cual el pueblo soberano se da sus reglas fundamentales de organización; por ello, tanto uno como otro son facultades que se desenvuelven *dentro del orden jurídico.*

2.2. *El Estado de Derecho en la Constitución*

Estas afirmaciones, sin embargo, no pueden hacerse por vía de principio general sin demostrar su procedencia en relación a las normas positivas imperantes en un país determinado; se trata, entonces, de investigar si la Constitución argentina establece o no un *Estado de Derecho,* sin perjuicio de que luego la legislación y administración deberán también instituir el funcionamiento de un *Estado de Bienestar.*

No nos referimos, por supuesto, al problema *valorativo* según el cual todo Estado debe ser un "Estado de Derecho," es decir, que debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, y que debe respetar los derechos individuales y en especial la libertad, sino al problema concreto de si las normas jurídicas imperantes en un determinado país tienen o no al Estado sometido a ellas.[9] Como es el Estado mismo quien produce las normas *legislativas*, es con referencia a la Constitución que debe analizarse la cuestión.[10]

No nos referimos tampoco al problema *práctico* de si la gestión gubernativa de un determinado momento histórico responde o no a los ideales subsumidos en la concepción valorativa del "Estado de Derecho;" si es o no incapaz, venal o liberticida; tampoco nos referimos a las épocas en que la Constitución aparece despojada de vigencia integral. Nos referimos al problema *positivo* de saber si la Constitución es o no un *orden jurídico,* y el Estado un sujeto de derecho sometido al mismo; favorecido por los poderes que aquél le confiera de la misma manera que un particular se ve favorecido por los derechos que le concede una ley, y constreñido al cumplimiento de los deberes que le imponga, de la misma manera que un individuo está constreñido a respetar los derechos que el orden jurídico constitucional conceda al Estado.

Si la Constitución establece un Estado de Derecho, y por lo tanto es un principio constitucional de este Estado el respeto de los derechos individuales, se justifica, por ejemplo, la introducción de la acción de amparo a pesar de no haber ley al respecto; se justifica el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes sin necesidad de que una ley lo establezca; y el control de legalidad por parte de los tribunales, en cuanto a la forma, el contenido o el *fin* de cualquier acto administrativo o "de gobierno,"[11] aunque no haya recurso jurisdiccional especial para ello; etc.

En realidad, de la solución del problema teórico de saber si la Constitución es o no un orden jurídico imperativo y pleno, y si el Estado está sometido a dicho orden jurídico, *depende toda la orientación del derecho administrativo,* puesto que la consideración de los derechos individuales contenidos en los arts. 14 al 20 de la Constitución como *derechos subjetivos* exigibles jurisdiccionalmente frente

[9] Confr. MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., p. 37.
[10] MAUNZ, *op. loc. cit.*
[11] Sobre este problema puede verse *infra*, cap. IX.

al Estado,[12] en las mismas condiciones que el Estado exige sus "poderes" constitucionales frente a los individuos, es un dilema inmanente a toda la materia.

El derecho administrativo de corte europeo del siglo pasado y comienzos del presente, como así también la doctrina clásica, no admiten que existan tales *derechos subjetivos* frente al Estado como "poder," ni que el "poder" sea un derecho subjetivo similar al de los particulares;[13] pero la tendencia opuesta es cada vez más fuerte y responde a una necesidad social-política innegable.

3. *Caracteres de las normas constitucionales*[14]

Para poder afirmar que la Constitución es un orden jurídico, tendremos que demostrar que está compuesta por *normas jurídicas* (por lo tanto, imperativas), y que las mismas tienen una característica común (la supremacía) que, permitiendo diferenciarlas de las demás normas jurídicas (legislativas, administrativas, etc.), las particulariza en un grupo especial, carente de lagunas y "pleno;" un orden jurídico que no se integra con el resto de las normas de derecho, sino que las domina y regula manteniendo una diferenciación que permite reconocerlo a él como tal, e invocarlo en todo momento sin importar lo dispuesto por las otras normas de derecho.

Si el Estado ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, a un orden jurídico imperativo (elemento que lo señala como Estado de Derecho en sentido positivo), no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado positiva o negativamente por el orden jurídico mencionado. *En consecuencia:* La reforma de la Constitución debe estar fuera del alcance del Estado; éste debe tener una personalidad jurídica emergente de la misma Constitución para todas sus manifestaciones externas —incluso como "Poder"—; su estructura debe ser infraconstitucional; su vida y su esencia misma deben encontrar principio y fin dentro de lo regulado por la Constitución; en resumen, no ha de ser que el Estado "tenga" una Constitución, sino que "esté" en una Constitución,[15] y que sea la Constitución quien lo contenga a él.

Probados esos principios, podremos afirmar que el Estado está absolutamente, íntegramente, sometido a un orden jurídico, siendo, por lo tanto, Estado de Derecho; podremos entonces afirmar que las "declaraciones, derechos y garantías" contenidas en la Carta Fundamental son, sin distinción alguna,[16] *derechos*

[12] Exigibles, se entiende, de acuerdo con lo dispuesto por la ley y también a pesar de lo dispuesto por la ley, o a pesar de la carencia de ley. En los dos últimos casos tal solución depende específicamente de que el Estado esté o no sometido a tal orden jurídica constitucional.

[13] Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 181; en igual sentido la doctrina francesa tradicional y parte de la moderna.

[14] Ampliar en García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 49 y ss.

[15] Maunz, *op. loc. cit.*

[16] Exceptuando por supuesto aquellas materias que la Constitución deja libradas a la *iniciativa* del Estado, como el juicio por jurados, el fomento de la inmigración, el sostenimiento del culto, etc.

subjetivos de los particulares, exigibles jurisdiccionalmente con, contra, o sin ley que reglamente el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable.

3.1. *La supremacía de la Constitución*[17]

Es un principio elemental de nuestro derecho constitucional que la ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley; pero aún más, es una ley superior al común denominador de las leyes.

Su superioridad consiste en que las leyes comunes *no pueden derogarla*, lo que comprende, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar ni alterar sus disposiciones, pues eso importaría precisamente aquello. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación del interesado ante la justicia. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en antijurídico todo lo que la viole, y si lo que la viola es por ello mismo insusceptible de aplicación —por la interposición de reclamo jurisdiccional— es evidente que ello se debe a que la Constitución, aun con referencia a las leyes parlamentarias, es suprema.

Las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes: Los "actos de gobierno" deben respetar la Constitución; luego, dentro del Estado, la Constitución es la máxima y última expresión de la juridicidad.

3.2. *La imperatividad de la Constitución*

Esa supremacía de la Constitución, que nadie discute, no es, por supuesto, moral o ética: Se trata de una supremacía jurídica, lo que explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva del Estado, puedan perder validez e imperatividad en algún caso.

Decir que una ley o un acto administrativo puedan perder juridicidad e imperatividad en algún caso, importa a su vez afirmar que, aquello que destruye dicha juridicidad, es forzosamente algo de más imperatividad que la ley o el acto administrativo: De otra manera la hipótesis resultaría absurda.

Y bien, a pesar de que la supremacía jurídica va enlazada a la suprema imperatividad o fuerza coactiva, no siempre se admite con seguridad lo segundo. Que la Constitución es suprema, nadie lo discute; pero que sea imperativa, es decir, una norma vigente, directa y obligatoriamente aplicable en todo momento, a toda circunstancia, y por todo tribunal del país, es objeto de frecuentes dudas expresas o implícitas.

[17] Ampliar en García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 87 y ss., 131 y ss.; 4ª ed., p. 97 y ss.

Sin embargo, el razonamiento básico es elemental: Si la Constitución tiene la virtud de dejar *sin fuerza coactiva* a una ley o a un acto administrativo —expresiones ambas de la potestad pública— ello tiene que ser debido, inexorablemente, *a que ella misma tiene la suficiente imperatividad directa* para inhibir la que a su vez tienen aquéllos.[18]

3.3. *El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales*

Si la Constitución es un conjunto de reglas *imperativas* de conducta humana, y si ella es *suprema*, es notorio que constituye un orden jurídico rudimentario, pero orden al fin, y carente de lagunas: Todo lo que la Constitución concede con su imperatividad suprema (derechos individuales, poderes públicos) se tiene el *derecho* de hacerlo,[19] haya o no ley al respecto,[20] y todo lo que la Constitución exige, se tiene el *deber* de cumplirlo, e inversamente, el derecho de exigir su cumplimiento.

Algunos filósofos del derecho, sin embargo, sostuvieron que las disposiciones constitucionales no son normas jurídicas porque *carecen de sanción*.[21]

Ello es inexacto: Las sanciones no son siempre *penas* (privación de la libertad, la vida o la propiedad, a título *no de reparación sino de castigo*), puesto que pueden consistir en el establecimiento de una relación jurídica nueva,[22] la extinción de una relación jurídica preexistente,[23] o la ejecución coactiva del deber jurídico violado.[24]

Si se quiere, en todos estos casos hay un *aliquid* de castigo, pero debe apreciarse que, salvo en el caso del *derecho penal*, lo más importante en la sanción o "específica reacción del derecho ante la violación de un deber jurídico," no es el

[18] Ampliar en García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 72 y ss.

[19] O el deber jurídico de respetarlo, cuando no es el titular del derecho, de donde se concluye que el individuo tiene el deber de respetar el poder estatal, y el Estado el deber de respetar los derechos de los individuos.

[20] Ver Sainz Moreno, "Los casos de aplicación directa de la Constitución: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos," *REDA,* n°24, p. 118 y ss.; Sánchez Morón, "La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: El nuevo derecho de asociaciones," *REDA*, n°22, p. 442 y ss.

[21] Merkel, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 1924, 5ª ed., p. 48, quien a su vez refleja el pensamiento alemán de fines del siglo pasado.

[22] Roguin, Ernest, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 68. En Roma, por ejemplo, el acreedor impago adquiría un derecho sobre el cuerpo de su deudor; la destrucción culpable de una cosa origina la obligación de indemnizar el daño causado, etc.

[23] Roguin, *op. cit.*, p. 68. Por ejemplo, el incumplimiento del contrato por una de las partes autoriza a la otra a no cumplir su obligación y producir la extinción del contrato *(exceptio non adimpleti contractus);* el incumplimiento de sus obligaciones por parte de un funcionario da lugar a su cesantía, o sea, a la extinción del vínculo que lo unía con la administración.

[24] Roguin, *op. cit.*, p. 69. Por ejemplo, un deudor que no paga es obligado a pagar mediante coacción; una reunión prohibida es disuelta por la fuerza; un automóvil mal estacionado es retirado por la policía municipal; una persona que se interna en un lugar prohibido es sacada por la fuerza pública; un testigo que no concurre a declarar es llevado por la fuerza pública, etc.

castigo, sino la aplicación forzada del objeto de derecho,[25] es decir, el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido.

En el ejemplo de la norma "si no pagas, entonces debe ser embargo y remate," ¿qué es el embargo y remate sino la ejecución forzada del deber de pagar? Por eso, y precisamente porque no nos hallamos en el campo del derecho penal,[26] es evidente que si una norma constitucional establece en forma imperativa un deber jurídico,[27] no es extraño a ella interpretar que ante el incumplimiento de éste debe realizarse su ejecución forzada; como la norma imperativa establece con esa particularidad un deber jurídico determinado, *la existencia y la medida de la sanción* para la violación del mismo *no necesitan ser declarados especialmente* por otro artículo, *desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidas en la existencia y medida del deber mismo.* Al aplicar como sanción la ejecución forzada del objeto del derecho (el deber jurídico violado), nada se está realizando que la primera norma no haya previsto; que existía el deber jurídico de realizar tal o cual acción u omisión. Como ya la norma jurídica que establece el primer deber jurídico tiene por su contenido imperativo la característica de latente coactividad, no es extraño a ella el que ese deber jurídico se realice por la fuerza: Esa es una sanción de la norma jurídica, y todas las normas jurídicas constitucionales la tienen.

La Constitución, en suma, tiene un valor normativo autónomo o propio, inmediato y directo.[28]

4. *Los principios constitucionales*[29]

No sólo tiene la Constitución normas jurídicas supremas; tiene también *principios* jurídicos de suma importancia. No se trata en realidad de hacer una distinción formal entre meras normas y principios constitucionales, sino de señalar que algunas de las disposiciones constitucionales tienen un contenido tan fuerte y tan profundo como para que su aplicación deba ser extensiva y desbordar el simple marco de su interpretación literal.

Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es

[25] En el derecho penal, una vez violado el deber, no cabe la reparación o cumplimiento tardío (ejecución forzada) del deber no cumplido. Pero puede haber, a título de sanción de ejecución forzada, la interrupción de la violación del deber jurídico. (P. ej., delitos contra la libertad.)

[26] En el cual el principio "... *nulla pena sine previa lege penale*" se justifica en que la sanción penal generalmente *difiere del deber violado;* pero cuando la sanción es el mismo deber violado, pero aplicado coactivamente, aquel aforismo no rige, y la sanción se consustancia con el deber jurídico.

[27] Por ejemplo, "debe ser que nadie sea arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente," "debe ser inviolable la defensa en juicio," etc.

[28] García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 4.ª ed., p. 112; Parejo Alonso, *Estado social y administración pública*, *op. cit.*, p. 90.

[29] Ampliar en García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 97-103.

un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: Pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada;[30] el principio, en cambio, determina en forma integral cuál ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta.

La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y al acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún más, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o las situaciones que más expresamente contemplan; por ser "principios" son la base de una sociedad libre y republicana, son elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes.

La defensa en juicio es inviolable, dice, por ejemplo, la Constitución. Ese es un principio que establece un límite a la acción estatal en el caso de una controversia judicial, pero que además tiene un contenido de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide a una parte defenderse, como para una sentencia que le permite expresarse, pero ignora arbitrariamente su exposición; como para anular un procedimiento administrativo del que no se da vista al interesado ni oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse. También sería aplicable para obligar judicialmente a un periódico que en ejercicio de la libertad de prensa publica una noticia acerca de un individuo, a rectificarlo con el mismo titular y en la misma ubicación de la publicación original, en caso de comprobarse que la información proporcionada es en definitiva errónea.

Esto es de mucha importancia y variada aplicación: Cuando un juez sobresee definitivamente a una persona que la policía detuvo bajo la acusación de un delito determinado; cuando un juez deja sin efecto un auto de prisión preventiva; cuando la Cámara revoca el auto de prisión o la sentencia de un juez de primera instancia, etc. La naturaleza de las cosas quiere que sólo sea "noticia" la primera información, la que nos habla de un "atroz" delito o un "vergonzante" negociado; la comprobación y divulgación de que no hubo tal cosa presenta ya poco interés para el público... pero cuánta para el inculpado.

[30] Ver y comparar KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 164 y ss.; ídem, p. 147 y ss. Pero nuestro concepto de Constitución no sigue al kelseniano, según acabamos de ver.

5. *El Estado bajo el orden jurídico constitucional*

5.1. *La reforma constitucional se impone al Estado*

Si el Estado argentino es un Estado de Derecho en sentido positivo, ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, al orden jurídico; no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado, positiva o negativamente,[31] por el derecho. Por eso debe prestarse atención en primer término a la creación y reforma de la Constitución, actos que, salvados los requisitos formales, nunca pueden ser *contra jus,* es decir, que no estén calificados, positiva o negativamente, por el orden jurídico.

Cuando la reforma de la Constitución está a cargo de un órgano del Estado, ello significa que es el Estado mismo quien puede darse su organización y, en consecuencia, que no es un poder superior a él quien allí actúa; el orden jurídico sería entonces en su totalidad un producto del Estado, y caeríamos así en la formulación simplemente axiológica del Estado de Derecho, al ser imposible su formulación dogmático-positiva.

En países en que la Constitución puede ser reformada por el Parlamento, es evidente que es un órgano del Estado mismo el que realiza el acto político de creación de la Constitución; esa Constitución no es un orden jurídico *impuesto al Estado* y, por lo tanto, en principio, no surgen de ella *deberes y derechos* para el Estado, sino *poderes de imperio y propósitos* de autolimitación.

En países como el nuestro, en que los órganos del Estado no pueden reformar la Constitución, y en que es necesario hacer una *convocatoria especial al pueblo* para proceder a la reforma, es obvio que es una entidad distinta y superior al Estado la que dicta esos principios: El pueblo soberano, a través de representantes especiales nombrados al efecto. Aquí el Estado no "tiene" una Constitución, sino que la Constitución "tiene" o admite al Estado.

El pueblo soberano tiene así un instrumento jurídico de mando sobre el Estado creado en la Constitución; no lo necesitaba, en verdad, para ser superior a él, pero sí para reglarle sus actividades con cierta minuciosidad. La Constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole al primero, además, un cierto poder —el poder público— para que pueda reglar la vida comunitaria; a los segundos, derechos individuales, para que puedan equilibrar el poder estatal. Pero puesto que la Constitución es el instrumento por el cual el pueblo establece regladamente su superioridad sobre el Estado, haciéndolo Estado de Derecho, es necesario ver si realmente tal circunstancia programática es exacta en las normas constitucionales concretas.

Los órganos estatales, que son tres: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, no pueden reformar la Constitución en ningún caso, bajo ninguna

[31] Es decir, que no esté permitido o prohibido por el orden jurídico.

circunstancia. Aunque se reunieran los tres y por unánime acuerdo decidieran modificar tal o cual disposición constitucional, esa resolución sería jurídicamente inexistente, aunque favorezca a los individuos y al pueblo. Ninguno de los tres poderes puede reformar la Constitución, ni tampoco pueden hacerlo los tres juntos. ¿A qué se debe entonces que se realice una reforma constitucional, en condiciones normales?

El art. 30 de la Constitución determina que cuando el Congreso considere conveniente la reforma de la misma, podrá llamar, si cuenta con los votos de las dos terceras partes de sus miembros, a una Convención Constituyente, para que decida sobre la procedencia o improcedencia de la reforma; no es el Congreso el que decide la reforma, sino la Convención Constituyente. Pues bien, dicha Convención no es un órgano estable del Estado, sino que es un órgano que viene en representación específica del pueblo para tomar decisiones acerca de la organización del Estado, del régimen jurídico establecido en la Constitución, todo con carácter *supremo*, y que los órganos del Estado deberán aceptar estén o no de acuerdo. Esa Convención expone no la decisión de un órgano del Estado, sino la decisión del *pueblo*.

Es el pueblo quien, a través de unos representantes especiales distintos de aquellos que tienen su mandato de integrar los órganos del Estado y expresar la voluntad estatal, manifiesta cuál es su voluntad soberana: Si mantener lo que la Constitución expresa, o cambiarla en tal o cual sentido. La decisión del Congreso llamando a Asamblea tiene así el valor de una consulta: Si el Estado cree que el pueblo puede tal vez considerar oportuno modificar su voluntad soberana contenida en la Constitución, le pregunta si ello es así, o no; quien *decide* es el pueblo, no el Estado, y se presupone que la voluntad del pueblo, mientras no haya modificación, es la que está en la Constitución. El Estado, cuyos órganos son Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, nada tiene que ver con la voluntad suprema constitucional, si no es una relación de obediencia e inferioridad.

El pueblo puede, cuando se le consulta respecto a su voluntad soberana, modificar la Constitución de una u otra forma: Puede dar atribuciones amplias al Estado, o despojarlo de facultades, y reducirlo a figura decorativa; puede, en fin, quitarle toda atribución y también suprimirlo. Cualquiera sea la decisión del pueblo en la Convención Constituyente, la situación jurídica es la misma: Es de cualquier modo una decisión *impuesta* por el pueblo al Estado Nación Argentina, que éste no puede desconocer, y a la que irremisiblemente debe prestar obediencia. El pueblo se diferencia así netamente del Estado en el Estado de Derecho: *Es el creador del derecho*, está por encima del orden normativo, mientras que el Estado *nace de un sistema normativo* —rudimentario, pero sistema al fin— y tiene por encima de él ciertas normas que le fijan facultades o posibilidades de acción, y normas que le prohíben ciertas y determinadas acciones. (Desconocimiento o

alteración de los derechos individuales, facultades extraordinarias, modo de hacer la expropiación, modo de establecerse los impuestos, forma de gobierno, etc.)

5.2. *El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho*[32]

Mientras que el pueblo amorfo y genéricamente considerado se halla *sobre* el orden jurídico constitucional, no pudiendo, por lo tanto, integrar relaciones jurídicas, el Estado creado en la Constitución sí las puede integrar, mediante sus órganos. ("Poder Ejecutivo," etc.) Decir que el Estado Nación Argentina puede integrar relaciones jurídicas —como es indubitable— implica necesariamente afirmar que es un sujeto de derecho, esto es, una persona jurídica; *el poder, como fuerza social no sujeta al derecho,* puede crear relaciones jurídicas para terceros, pero no integrarlas él mismo, por cuanto la juridicidad de la relación depende precisamente del hecho de que sea una fuerza superior a ambas la que declare imperativa. *En las relaciones de derecho público entre los administrados y el Estado, el poder no es del Estado, sino la fuerza superior del pueblo soberano, y, por consecuencia, aunque el Estado tenga el poder público que la Constitución le conceda, es igualmente un sujeto de derecho y carece de poder en la acepción citada del término.*

De cualquier manera, la personalidad constitucional —*ergo*, jurídica— del Estado, surge del art. 35 de la Constitución, cuando ésta dice que el Gobierno y territorio de las provincias —esto es, el Estado— tendrá los nombres oficiales que allí se designan, empleándose uno determinado *en la formación y sanción de las leyes.* Puesto que la formación y sanción de las leyes está sujeta al orden jurídico constitucional, es actividad de un ente con individualidad jurídica, es decir, de una persona jurídica; puesto que al Estado "Nación Argentina" allí designado se lo contempla en función de persona jurídica o sujeto de derecho, bien claro es que así se lo constituye.

A mayor abundancia, todo el título primero de la segunda parte habla de los órganos *de la Nación,* refirmando así que la misma actúa en el orden jurídico constitucional como *sujeto;* o sea, que es sujeto y que, por serlo de la Constitución, es sujeto *de derecho.* Para refirmar definitivamente el concepto del art. 100 aclara expresamente que corresponde a la Corte Suprema y Tribunales inferiores, el conocimiento y decisión de los *asuntos en que la Nación sea parte.* Puesto que la única forma de ser parte en un juicio, es siendo sujeto de derecho —teniendo personalidad jurídica—, el punto está fuera de toda discusión.

Ahora bien, esta persona jurídica que se llama Estado Nación Argentina, debe su juridicidad a las normas imperativas que la crean; por ello, es esencialmente infraconstitucional, en el sentido de que está sometida al orden jurídico de la Constitución. Si bien esa persona jurídica está autorizada a crear nuevas normas

[32] Lo que aquí exponemos reproduce lo sostenido en las anteriores ediciones (1962 y 1966) de nuestra *Introducción al derecho administrativo.*

jurídicas para reglar las vidas de otras personas, ella misma no existe si no es por el orden jurídico constitucional. El Estado creado en la Constitución no existe sino gracias a ella, y, por tanto, es forzosamente inferior a la misma, y le debe igual obediencia que los demás individuos.

5.3. *La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional*

No sólo la personalidad jurídica del Estado surge dentro del régimen creado por la Constitución, con las características por ésta determinadas, sino que también su estructura interna es coactivamente reglada. Nuevamente aquí es innegable la absoluta inferioridad en que se encuentra el ente con respecto a la Constitución. Si la Constitución le impone una organización determinada, delimitando las atribuciones de sus órganos, imponiéndole características determinadas (arts. 1°, 2°, 3°, etc.), ordenando cómo y cuándo y por qué hombres integrará sus órganos (arts. 37 y ss., 81 y ss., etc.), todo ello sin haberle consultado su opinión ni preguntado si le parece conveniente o no; delimitándole sus atribuciones frente a una serie de derechos individuales (arts. 14 al 20, 32, 34; el principio del art. 33, con más el del 28, delimitando todo el art. 67 y el 86), dándole a terceros facultades que a él desconoce (arts. 32, 67 inc. 11, 104, 105, 106, 107) reglándole su misma vida interna (arts. 44 y 45, 51, 53, 58, 64, 71, 72, etc.), es manifiesto que el Estado se halla en situación de total inferioridad estructural frente a la Constitución: Él existe sólo y en la forma en que ella lo decida; con la organización y las particularidades que ella preestablece.

5.4. *La pirámide jurídica estadual y la Constitución*

Puesto que los actos del Poder Legislativo no deben alterar los principios constitucionales (art. 28), y que los actos de la administración deben respetar las leyes, ambos resultan de esencia infraconstitucional, en cuanto tienen menos fuerza jurídica que la Constitución y, sobre todo, en cuanto no se trata de una mera escala o gradación jerárquica con referencia a ella, similar a la gradación que tiene el acto administrativo con referencia a la ley; se trata de que *es la Constitución, como orden jurídico,* la que les concede fuerza jurídica merced a su suma potestad.

Las leyes, actos administrativos y demás actos estatales no son normas jurídicas *graduadas por el Estado con referencia a la Constitución;* son normas jurídicas *permitidas al Estado por la Constitución, y graduadas por el Estado con referencia al Estado mismo,* ya que frente a la Constitución su condición es una sola: Falta de juridicidad, en tanto la Constitución no se la otorgue. Las normas estatales no son normas jurídicas si la Constitución no las autoriza, y por ello es errado pretender que participan de la misma esencia que la Constitución sólo que en menor grado. La esencia de la Constitución es ser fuente de toda juridicidad, es tener la expresión del poder máximo —el del pueblo—, y de esa esencia *no*

participan las normas jurídicas estatales, cuyo poder proviene del Estado, y el Estado lo recibe de la Constitución.

La pirámide jurídica es así una construcción válida con referencia al Estado; pero la Constitución es el orden jurídico pleno, y no admite gradaciones ante sí; todas las actividades humanas, llámense actos o hechos, generales o particulares, estatales o no, están frente a la Constitución en la misma playa situación de igualdad; si se conforman a lo dispuesto por el orden jurídico constitucional, son jurídicas; y si no se conforman a lo dispuesto en el orden jurídico constitucional, son contra jus, aunque militen en su favor pretendido conferirle juridicidad a todas las "normas" del poder estatal.

III. La ley

6. *Ley y función legislativa*

Mientras que el concepto de *función legislativa* apuntaba esencialmente al hecho de que la misma era de contenido *general*, el concepto predominante de ley tiende a prescindir del contenido del acto, para atenerse exclusivamente al aspecto *formal*, y así es como se dice que "ley" es todo acto sancionado por el Poder Legislativo de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución a tal efecto. De este modo, se excluyen del concepto a los actos emanados de alguna de las cámaras del Congreso, e incluso de ambas, pero no de acuerdo con las formalidades prescriptas en la Constitución para la "formación y sanción de las leyes;" en cambio, quedan incluidos dentro de la noción de "ley" tanto los actos legislativos de contenido estrictamente general, como los de contenido particular (por ejemplo, la ley de presupuesto, o toda ley que se refiera a un caso concreto.) Como se ve, existe un cierto desajuste entre el concepto de función legislativa y el concepto de ley, ya que esta última no aparecía siempre como producto del ejercicio de la primera; sin embargo, ambos conceptos se mantienen con tales alcances por razones prácticas y de comodidad para el uso.

Por lo demás, la ley de derecho administrativo no tiene ninguna característica intrínseca que la diferencie de las demás leyes; en particular, es un error sostener que todas las leyes administrativas son de orden público;[33] ellas lo serán de acuerdo con los criterios y condiciones en que cualquier otra ley puede ser considerada con aquel carácter.

Algunas situaciones especiales se presentan, por ejemplo, en el derecho español, con las leyes orgánicas que introduce la Constitución de 1978.[34]

[33] Ampliar en MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, pp. 219 y 220; AGUZA, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 26 y ss.

[34] Para dicho tema nos remitimos a FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Las Leyes Orgánicas* y *El Bloque de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1981.

7. *Leyes y tratados*

De acuerdo con el art. 31 de la Constitución, "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación..." En consecuencia, "puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación."[35]

Sin embargo, lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasa a ser, sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, legislación interna, ha dado lugar a soluciones diversas,[36] según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación.

De más está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.), carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas internas.[37]

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario. En este aspecto, es necesario partir de la base de que, en las doctrinas antiguas, la integración no forma parte usualmente de las estrategias nacionales;[38] en consecuencia, el Tratado de Montevideo ha sido tan sólo un tratado-marco, faltándole el más claro sentido dinámico que algunos atribuyen a los tratados de la comunidad europea.[39]

Otros instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios, por su parte, carecen de la vigencia jurídica que algunos estudios intentan darle: Así ocurre con la Declaración de los Presidentes de América, el Acta de Negociaciones, el Acuerdo de Complementación, los Protocolos del Acuerdo de Complementación, Resoluciones de la Conferencia de Ministros, del Comité Ejecutivo Permanente, etc.[40]

[35] PTN, *Dictámenes*, 21-VIII-1956, 58: 222.

[36] Dictamen citado, y CSJN, *Fallos*, 150: 84, y 186: 258.

[37] Ha seguido las afirmaciones precedentes ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 63.

[38] INTAL, *La integración económica de América Latina,* Buenos Aires, 1968, p. 172; "Instituto de Estudios Políticos para América Latina," serie *Estudios de actualidad,* n°9, ALALC, Montevideo, 1964, p. 19; DELL SYDNEY, "Apreciaciones sobre el funcionamiento del Tratado de Montevideo," en el libro dirigido por WIONCZEK, MIGUEL, *Integración de América Latina*, México, 1964, p. 96.

[39] OPHÜLS, CARL FRIEDRICH, "Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen," en el libro *Planung I*, dirigido por J. H. KAISER, *Baden-Baden,* 1965, p. 229 y ss. En Francia se les reconoce correctamente un carácter "superior a la ley" y obligatorio para la administración, RIVERO, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

[40] Un análisis amplio de estos institutos puede encontrarse en *Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, derecho de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pp. 1047-48, 1054-55, etc.; CARDENAS, EMILIO E., "Hacia un derecho comunitario

Por ello, la discusión europea entre los partidarios de los derechos nacionales soberanos[41] y los sostenedores de la tesis del quasi-federalismo,[42] no tiene todavía visos de realidad en todos los países latinoamericanos, sin perjuicio de que a nivel subregional y de acuerdos fronterizos existan algunos progresos.[43] Pero, en general, se observa una continua crisis de evolución y estancamiento. No es esto de extrañar demasiado cuando en el mismo marco europeo se observa que "estas tesis e hipótesis dejan reconocer que se están aún lejos de un juicio uniforme. Esto tiene su fundamento en el presente estado de fluctuación en que se encuentran no solamente el derecho comunitario, sino las comunidades mismas. En esta incertidumbre es comprensible que aún persista el forcejeo entre los «eufóricos,» los partidarios de los derechos soberanos y los «realistas.» La opinión jurídica dependerá de si la presente época de estancamiento en la cuestión de la integración europea se orienta hacia un retroceso o un desarrollo mayor. Con este alcance tienen poco valor nuevos intentos de interpretación y debería dejarse la multiplicidad de construcciones hasta hoy transitadas."[44]

Debe señalarse, con todo, que el mismo interés que ponen los gobiernos en admitir un derecho supranacional cuando se trata de concertar operaciones internacionales de crédito deberán usarlo para admitir un derecho supranacional de los derechos humanos, del trabajador, etc. Esa es, obviamente, la buena tendencia.[45]

8. *Ámbito de la ley frente a la administración*

El Congreso puede legislar sobre todas y cualquiera de las actividades realizadas por el Poder Ejecutivo, sin otra limitación que la de que la ley establezca una regulación razonable. Salvo ese límite, que es por otra parte común a todas las leyes del Congreso, éste puede dictar normas para cualquier función realizada por la administración: Puede legislar sobre la función pública y el servicio civil, sobre la organización y el funcionamiento administrativo interno, sobre cualquiera de los actos que dicte la administración, incluso los así llamados "actos de gobierno." (Doctrina que reputamos errónea: *Infra*, cap. XII.)

latinoamericano," revista *Derecho de la Integración,* n°1, Buenos Aires, 1967, p. 32 y ss.; González Arzac, Alberto, *op. loc. cit.*

[41] Grabitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburgo, 1966.

[42] Ophüls, C. F., "Quelle un Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrech," revista *Neue juristiche Wochenschrift,* Munich-Berlin-Frankfurt a.M., 1963, cuaderno n°38, p. 1697 y ss.; Sattler, Andreas, *Das Prinzip der "funktionellen Integration" und die Einigung Europas*, Göttingen, 1967.

[43] Ver INTAL, *Proyectos multinacionales de infraestructura física*, Buenos Aires, Mimeo, 1970. Pueden tener mayor potencialidad de desarrollo, quizá, las corporaciones públicas multinacionales. Ver en este sentido Kaplan, Marcos, *Corporaciones públicas multinacionales para el desarrollo y la integración*, Estudios Internacionales Chile, julio-septiembre de 1969, p. 186 y ss., trabajo reproducido luego en otras publicaciones del mismo autor.

[44] Eberhard Menzel, comentario aparecido en la revista *Die öffentliche Verwaltung,* Sttugart, 1969, cuaderno 15/6, pp. 579 y 580.

[45] Admitida ya expresamente, por cierto, por la doctrina y los derechos más evolucionados. Ver García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 149 y ss.

Por ello, si bien existe una zona de "reserva" legislativa, en el sentido de que en ciertas materias sólo el Congreso puede estatuir y en ningún caso (ni siquiera por delegación) la administración, no existe en cambio en el derecho latinoamericano un principio *inverso* de que pueda haber zona alguna de la actividad administrativa "reservada" a ella y exenta de la regulación legislativa. La aclaración podría parecer innecesaria, atento al principio de la separación de los poderes que las constituciones consagran, pero es muy importante destacarla porque la Constitución francesa de 1958 ha introducido una *reforma expresa* y muy marcada en el punto, estableciendo que el Congreso sólo puede legislar en los puntos que taxativamente le indica la Constitución, y que todo lo demás queda librado a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Innecesario es decirlo, esto constituye una exacerbación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo y de hecho una destrucción del Congreso, pero como los autores franceses modernos han comenzado a recoger estrictamente esos principios sin destacar lo que para ellos es obvio (el cambio constitucional), puede darse el caso de que los lectores puedan intentar adoptar esa repartición de funciones, entendiéndola como orientación general de la doctrina, y sostener luego en países de correcto sistema constitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o actividades exentas de la regulación legislativa, lo que no resultaría acertado: De allí la necesidad de advertir expresamente acerca del punto, y recordar que todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso, con la única salvedad de que tal regulación no sea irrazonable.

No se ajustan exactamente a este criterio, sin embargo, opiniones que sobre otros aspectos de la materia sostienen algunos autores, por lo que es necesario considerarlas aquí. En particular, no creemos que se adecue a nuestro sistema constitucional la tesis de acuerdo con la cual el Congreso no podría legislar sobre algunos aspectos de la actividad administrativa, o lo que es lo mismo, que en tales materias sólo la administración podría dictar normas generales, pero no el Parlamento.

Esta opinión ha sido emitida, por ejemplo, con relación a los denominados "actos de gobierno," diciéndose que ciertos actos del Poder Ejecutivo no estarían sujetos a regulación legislativa,[46] y también con relación a ciertos aspectos internos de la actividad administrativa, sosteniéndose que lo referente a la organización administrativa, al estatuto del personal civil de la administración, al procedimiento administrativo interno, etc., no puede ser regulado por ley, sino que debe serlo por reglamento autónomo.[47]

Estos criterios, como decimos, no se ajustan en nuestro concepto al ordenamiento positivo actual ni tampoco al sistema constitucional que nos rige. El principio

[46] Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., pp. 528-9; Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, 1948, p. 483, etc.

[47] Marienhoff, *op. cit.*, t. I, p. 243 y ss.

de la legalidad lleva, en suma, a que ninguna actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa.[48]

En definitiva, todo esto nos demuestra:

8.1. Que de hecho existe ya toda una legislación que necesariamente se aplica en una y otra oportunidad a las facultades concedidas "directamente" por la Constitución al Poder Ejecutivo, sin que nunca se haya cuestionado su constitucionalidad, ni, confiamos, nunca se llegue a cuestionar; *por lo que debe anotarse que estas facultades están al presente sujetas a legislación;* con lo que el concepto señalado no responde al contenido de la jurisprudencia y de la legislación imperante.

8.2. *Que el Congreso tiene todavía un amplio margen para legislar acerca de las facultades que la Constitución le confiere directamente al Poder Ejecutivo,* y que todas esas posibles leyes que hemos reseñado no podrían, bajo ningún aspecto, ser consideradas como que exceden la competencia constitucional del Congreso.

En verdad, en todo esto se ha cometido una confusión. Se ha advertido que la Constitución confiere cierta libertad al Poder Ejecutivo; se ha pensado entonces en la posibilidad de que una ley lo ate totalmente, no dejándole ninguna libertad de acción; y se ha concluido en que tal ley sería inconstitucional: Sobre eso se ha construido la idea de los actos de gobierno.

Repetimos, ello importa una confusión: El que una ley de ese tipo sea inconstitucional deriva simplemente de que reglamenta *irrazonablemente* la Constitución; su vicio, en consecuencia, se basa en los principios generales aplicables a cualquier ley del Congreso y no a teoría especial alguna de gobierno, acto institucional, reserva de poderes, privilegio ejecutivo, etc.

Y ello es el criterio de acuerdo al cual debe encararse el problema todo de la reglamentación legislativa de facultades del Poder Ejecutivo: Tal legislación será constitucional siempre que no modifique ni altere ninguna disposición constitucional expresa, ni sea de otro modo irrazonable.

En tal sentido, señala HUBER que el legislador tiene a su mano la decisión acerca de si dará discrecionalidad a los órganos supremos de la administración para actuar sobre las cuestiones que estime fundamentales a la existencia del país o si, en cambio, los sujetará a regulación legal.[49] NAWIASKY, por su parte, indica que "ciertamente que su actividad está sujeta, en todas estas direcciones, a las leyes existentes," y añade que a lo sumo podría encontrarse una ausencia de leyes detalladas sobre ciertos actos del Poder Ejecutivo: Ausencia que está derivada de la política legislativa, nada más.[50] En igual sentido expresa WOLFF que el gobierno no es actividad libre de la legislación, sino *sometida* a ella, y

[48] Es decir, sin la previa potestad legalmente conferida para producirlas: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3.ª ed., p. 404.

[49] HUBER, ERNST R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1953, 2ª ed., p. 656.

[50] NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, t. 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedel, 1955, II parte, pp. 16-17.

que si el Poder Ejecutivo o Gobierno puede jurídicamente tener alguna libertad para actuar ello es sólo gracias a que su influencia en el Parlamento le permite obtenerla en algunos casos.[51]

Por ello, cuando se deba analizar alguna facultad reglada o discrecional concedida al Poder Ejecutivo en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, debe partirse del principio de que tal facultad no está libre de regulación legislativa: Que no se trata de actividades en un plano de igualdad con la ley, sino de subordinación; y que el espíritu de la Constitución no es de ninguna manera que el Poder Ejecutivo se transforme en su propio legislador.

El principio, pues, es que tal facultad está sometida a las leyes, que, por lo tanto, las leyes que al respecto se dicten están dentro de la competencia constitucional del Congreso, y que la posible inconstitucionalidad de éstas se rige por los principios generales; su inconstitucionalidad podrá derivar entonces de que modifiquen algún requisito constitucional, o lo interpreten irrazonablemente, o alteren los derechos individuales de los habitantes, pero no de que legislen sobre la actividad del Poder Ejecutivo en ciertos y determinados asuntos de "gobierno" o de "administración interna."

9. *La administración frente a la ley inconstitucional*

Por lo que hace a la aplicación de la gradación jerárquica Constitución-ley por parte del Poder Ejecutivo, se ha entendido administrativamente lo siguiente:

"1°) Que es evidente que el Poder Ejecutivo no puede ni derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad. (C.N., arts. 1.º, 31 y 86, inc. 2°, 94, 95, 100 y correlativos.)

2º) Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes. (C.N., arts. 1.º, 31 y 86, inc. 2°.)

3°) Que, sin embargo, también el Poder Ejecutivo tiene la facultad como todo sujeto de derecho público o privado y la obligación como órgano de la Constitución, de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución. Pues es obvio que si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen un extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución Nacional son de superior jerarquía y su ámbito de validez (temporal, espacial, material y personal) es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. Su acatamiento es obligatorio para los súbditos y todos los órganos del Estado. (C.N., arts. 1°, 30, 31, 86, inc. 18 y correlativos.)"

"Es patente, por tanto, que el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley; y si considera que ella es inconstitucional puede... adoptar cualquiera de las siguientes actitudes:

[51] Wolf, Hans J., *Verwaltungsrecht*, I, Munich, 1971, 8ª ed., p. 81 y ss., 77 y ss., 329 y ss.

a) Ejercer, en la oportunidad especialísima de los arts. 69, 70 y 72 de la C.N., el derecho de veto.

b) Plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos.

c) Promover su derogación ante el Congreso de la Nación. (C.N., art. 68.)

Todo lo dicho en los puntos *b)* y *c)* anteriores se entiende sin perjuicio de la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley mientras se realizan esos procedimientos. (C.N., arts. 1° y 31.)"[52]

En consecuencia, si el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar algunas de las tres actitudes indicadas; esta es la tesis dominante.[53]

IV. Los reglamentos

10. *Concepto*

Un reglamento es una *declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.*

10.1. Es una *declaración*, o sea, una manifestación o declaración de voluntad, conocimiento o juicio. De esta forma distinguimos el acto (en este caso el acto reglamentario) del mero *hecho* administrativo que es tan sólo la *actuación material* de un órgano administrativo.

En cualquier caso, debe aclararse que en la interpretación moderna del principio del debido proceso, éste se debe aplicar también a la emisión de los reglamentos: Previo a su emisión es necesario realizar un procedimiento de audiencia pública o información pública, *public heanings* en el derecho anglosajón; *enquêtes publiques* en el derecho francés, etc. Este principio no ha sido aún receptado con carácter preceptivo en el derecho latinoamericano.

10.2. *Unilateral,* por oposición a bilateral. Se dice que un acto es bilateral, y particularmente un contrato, cuando es el resultado de una *declaración de voluntad común* entre dos o más partes, destinada a reglar sus derechos. En el acto unilateral falta esa "declaración de voluntad común" y es, por el contrario, una sola parte, en este caso la administración, la que expresa su voluntad, llamada por ello "unilateral."

10.3. *Dictado en ejercicio de la función administrativa.* De acuerdo al concepto de función administrativa dado, ésta es toda la actividad realizada por los

[52] PTN, *Dictámenes*, 72: 137 y ss., 67: 189, 64: 100.

[53] Expusimos la opinión contraria en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 64 y ss., y la reiteramos en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 70; la han compartido Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1964, p. 271; Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. I, p. 297.

órganos administrativos, y la actividad realizada por los órganos legislativos y judiciales excluidas sus respectivas funciones específicas. Por lo tanto, puede haber reglamentos dictados por los órganos legislativos y judiciales: En estos dos últimos casos los reglamentos se referirán exclusivamente al funcionamiento y organización interna de estos poderes.

10.4. *Que produce efectos jurídicos.* Esto es fundamental, pues si se trata de una mera declaración lírica, desprovista de efectos o consecuencias jurídicas (crear derechos y obligaciones) no parecería propio incluirla dentro del concepto jurídico formal de reglamento. De todas maneras, debe advertirse liminarmente que es materia de "poderes normativos" de la administración donde se debe cuidar contra el exceso autoritario del poder.[54]

10.5. *Generales.* Aquí está dada la distinción, que en otra parte desarrollamos,[55] entre el reglamento y el acto administrativo. El acto administrativo se caracteriza por ser un acto que produce efectos jurídicos individuales, particulares, en un caso concreto; el reglamento, en cambio, por producirlos en forma genérica, para un número indeterminado de personas o de casos.

10.6. *En forma directa.* Esto quiere decir que el reglamento es por sí mismo susceptible de producir los efectos jurídicos de que se trata; ello no se desnaturaliza si el mismo reglamento supedita la producción de sus efectos al cumplimiento de determinada condición o al transcurso de determinado tiempo, porque en tales casos, cumplido el plazo o la condición, es el mismo reglamento el que produce el efecto de que se trata.

11. *Clases de reglamentos*

Por aplicación del principio de la separación de los poderes, el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; por ello la facultad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos debe entenderse siempre con algunas reservas: Debe recordarse que no es una facultad que le pertenece como principio, *jure propio*, sino como excepción.

Los distintos tipos de reglamentos son: *a)* De ejecución, *b)* "delegado" o de integración, *c)* de necesidad y urgencia, *d)* autónomos. Precisamente el orden en que han sido enumerados indica la mayor y menor fundamentación que los sustenta. El reglamento de ejecución es el que presenta menos dificultades con respecto a su admisibilidad; las dudas acerca de la viabilidad del reglamento comienzan con el "delegado" y se van acrecentando con los siguientes:

[54] Ampliar en García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del Poder...*, *op. cit.*, p. 79 y ss.; "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario," *REDA,* n°5, p. 203 y ss.; *Curso...*, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 187-8.

[55] Ver nuestro tratado, *El acto administrativo*, t. 3, *op. cit.*; comparar Martín Mateo, *op. cit.*, p. 145 y ss.; Meilán Gil, José Luis, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967.

11.1. *Reglamento de ejecución*

En la Argentina, es el único que está expresamente previsto en la Constitución, en el art. 86, inc. 2°), el que al fijar las atribuciones del Poder Ejecutivo establece que éste "Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para poner en ejecución las leyes del país, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias." Varias observaciones es necesario efectuar respecto a los reglamentos de ejecución, que son, por cierto, la más importante manifestación de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo:

11.1.1. En primer lugar, debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación,[56] por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no: Los jueces y la misma administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurrentes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos artículos como es de práctica, que "el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley," pues de admitirse el principio opuesto, quedaría librado al arbitrio del Poder Ejecutivo el hacer cumplir o no la ley mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que, por cierto, no sería admisible.

11.1.2. El reglamento de ejecución es fundamentalmente un reglamento dirigido a los propios agentes administrativos, para que éstos sepan a qué atenerse y cómo proceder en los distintos casos de aplicación de la ley. Por ello no son reglamentables por el Poder Ejecutivo las leyes que no serán ejecutadas por la administración: Sería absurdo, por ejemplo, que el Poder Ejecutivo pretendiera reglamentar el Código Civil, el Código de Comercio, etc.

11.1.3. El reglamento de ejecución debe limitarse a ordenar el funcionamiento y los deberes de los agentes de la administración en lo que respecta al cumplimiento y ejecución de la ley a través de la administración, sin poder adentrarse, por ejemplo, a *definir* el concepto legal; si lo hace, no habiendo para ello autorización expresa de la ley, es ilegítimo y no puede ser opuesto a los particulares en ese aspecto; si la ley lo autoriza expresamente, entonces estamos en la hipótesis de un reglamento "delegado" o de integración, a que nos referimos más abajo.

11.1.4. Además, cabe recordar que el Poder Ejecutivo al reglamentar la ley debe cuidar de "no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias;" es de observar que se habla (en la Constitución) del "espíritu" y no la "letra" de la ley, por lo que se ha considerado que aunque la norma reglamentaria no aparezca en contradicción con el *texto* de la ley será igualmente ilegítima si transgrede

[56] Sobre el problema, ver nuestro artículo "La promulgación y publicación de las leyes," revista *Derecho del Trabajo*, año XXX, n°11, noviembre de 1970, p. 706 y ss.

su espíritu, esto es, la finalidad que surge del contexto de la ley; a la inversa, ha admitido en ciertos casos que una norma reglamentaria que se aparte del texto de la ley, pero se adecue al espíritu de la misma, puede también tener validez.[57]

11.1.5. Por último, es importante advertir que la facultad de dictar reglamentos de ejecución está otorgada única y exclusivamente al Poder Ejecutivo, en la administración nacional, y que sólo por excepción puede admitirse esa facultad, de manera limitada y de todos modos sujeta a las reglamentaciones que el Poder Ejecutivo dé, en las entidades descentralizadas. Fuera de esos casos, es necesaria una norma expresa de la ley que autorice la reglamentación por órganos diversos. (Como ocurre, por ejemplo, en materia impositiva, en que la ley autoriza a la Dirección General Impositiva a dictar reglamentos de ejecución de las leyes pertinentes.)

11.2. *Reglamentos delegados o de integración*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el Congreso no puede delegar en forma amplia sus facultades al Poder Ejecutivo, sino que sólo puede permitirle dictar ciertas normas dentro de un marco legal prefijado por el legislador.[58] Por ello es que resulta un contrasentido hablar de reglamento "delegado" como habitualmente se hace, y resulta más adecuado en nuestro concepto, usar el término "reglamento de integración," por las razones que se verán.

En efecto, los casos en que se admite como válida la atribución de facultades reglamentarias al Poder Ejecutivo, se refieren invariablemente a las leyes que establecen ellas mismas un determinado principio jurídico, dejando al administrador tan sólo el *completar, interpretar* o *integrar* ese principio, sea precisando su concepto, sea determinando las circunstancias de hecho a que deberá ser aplicado. Así, por ejemplo, la ley de accidentes del trabajo número 9688 establecía en su art. 12 que el Poder Ejecutivo reglamentará "las lesiones que deben considerarse como incapacidades absolutas y las que deben conceptuarse como incapacidades parciales, teniendo en cuenta, en caso de concurrencia de dos o más lesiones, la edad de la víctima y su sexo" (art. 12): Aquí la ley da parte del principio jurídico y lineamientos (edad y sexo) para la integración que deberá hacer el Poder Ejecutivo de aquél. Así también puede la ley autorizar el cobro de una tasa o impuesto dentro de un límite mínimo y otro máximo, facultando al Poder Ejecutivo a determinar cuál es el monto de la tasa dentro de esos límites;

[57] CSJN, *Fallos*, 269: 120, 121: "... esta Corte ha decidido en forma reiterada que el PE no excede su facultad reglamentaria por la circunstancia de no ajustarse en su ejercicio a los términos de la ley, siempre y cuando las normas del decreto reglamentario no sean incompatibles con ella, propendan al mejor cumplimiento de sus fines o constituyan medios razonables para evitar su violación y, en definitiva, se ajusten de ese moda a su espíritu." Ver también *Fallos*, 232: 287; 244: 309; 250: 456; 254: 362, y otros.

[58] García de Enterría, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 123.

o establecer que estarán libres de impuestos y recargos aduaneros las materias primas esenciales para una determinada industria (por ejemplo, siderurgia), y disponer que el Poder Ejecutivo determinará cuáles son los materiales concretamente excluidos, etc.

Ha dicho así la Corte Suprema en el caso *Delfino:* "Que, ciertamente, *el Congreso no puede delegar* en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, *ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos.* Es ese un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el art. 29;" "Desde luego, no *existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella;"* "Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aún en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución;"[59] y lo ha reiterado luego en la causa *Mouviel*, del año 1957, en el sentido de que: "En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art. 1°) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, *pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables.*"[60] Dicho en otras palabras, la delegación no puede alterar ni violar la reserva constitucional de la ley.[61]

11.3. *Reglamentos de necesidad y urgencia*

Su admisibilidad es excepcional, y se produce en los casos y condiciones a que hemos hecho mención al referirnos a los decretos-leyes y compararlos. Su viabilidad ha sido admitida por la jurisprudencia y la doctrina, a pesar de que no estén previstos en la Constitución o la ley; su fundamento es la doctrina jurídica del "estado de necesidad."

11.4. *Reglamentos autónomos*

Este tipo de reglamentos, que no está expresamente previsto en las leyes ni en la Constitución, estaría constituido por aquellos dictados para regir una materia en la que precisamente no hay normas legales aplicables. (De ahí justamente lo de

[59] CSJN, *Delfino*, 1927, *Fallos*, 148: 430, 434.
[60] CSJN, *Mouviel*, 1957, *Fallos*, 237: 636, 657.
[61] García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 247-8.

"autónomo.") No hay dudas en cuanto a su admisibilidad y procedencia cuando se lo dicta para regir el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero resulta harto cuestionable, en cambio, que se pretenda regular con él la actividad de los particulares, fijándoles *obligaciones* respecto a la administración, por cuanto el art. 14 de la Constitución establece claramente que la regulación y, por ende, restricción de los derechos individuales puede hacerse "por las leyes...;" esto es, por las leyes del Congreso, y no por actos de la administración.

Con todo, procediendo con la debida prudencia, es posible utilizar este medio reglamentario dentro de sus límites correctos y con utilidad; lo único que habrá de cuidarse es no fijar obligaciones, deberes de los administrados hacia la administración, que no tengan un sustento legal específico.

11.4.1. En Francia la nueva Constitución autoriza expresamente a la administración el expedir reglamentos autónomos de carácter legislativo en materias excluidas de las atribuciones del Parlamento. (Arts. 34 y 37.) Cabe distinguir así entre los reglamentos externos: *a)* Los autónomos (o más propiamente, legislativos), y *b)* los subordinados.

Los primeros surgen directamente de la Constitución, sin que una ley pueda determinar su contenido ni legislar sobre el punto: Tienen así la categoría de ley;[62] los segundos sólo pueden dictarse para la ejecución de las leyes o por autorización de ellas.

Es un criterio constitucional peligroso y ciertamente desaconsejable si no se cuenta con gobiernos mesurados y pueblos vigilantes y celosos de su libertad; en diametral oposición al mismo cabe recordar la Constitución austríaca, que en su art. 18, apar. 2, prohíbe expresamente los reglamentos autónomos y delegados.[63]

12. *Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo*

Además de los reglamentos internos que dicta la administración hay que mencionar los que dictan, respectivamente, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, que participan de las mismas características de los dictados por la administración y son igualmente administrativos; ello, porque reglan precisamente la parte administrativa (organización y procedimiento interno) del ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional, respectivamente. Por ello el reglamento es siempre una fuente específica de derecho administrativo.[64]

[62] Waline, Marcel, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 6 y ss., de la "*addenda*."

[63] Antoniolli, Walter, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 76 y ss.

[64] Es el principio también denominado "inderogabilidad singular de los reglamentos," ver, por ejemplo, García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, p. 183; 4ª ed., p. 206.

13. *Relación entre el reglamento y el acto administrativo*

En lo que respecta a la gradación existente entre el reglamento y el acto individual de la administración, es principio general que siempre debe prevalecer el reglamento anterior sobre el acto individual posterior. La expresión elemental del principio de la legalidad es así que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida;[65] ello encuentra aplicación bajo una triple forma:

13.1. La decisión individual debe ser conforme al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente superior.

13.2. La decisión individual de un órgano no puede contravenir el reglamento dictado por el mismo órgano que toma la medida individual; un órgano administrativo no puede, pues, violar sus propias reglamentaciones. Para poder dictar este acto individual sería así necesario derogar previamente el reglamento preexistente: Pero aún así esa derogación no puede ser retroactiva, y las actuaciones surgidas bajo una determinada regulación deben, en principio, ser solucionadas de acuerdo con la misma.

13.3. La decisión individual no puede contravenir al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.[66] Así, si un ministro tiene facultades para reglamentar cuáles son las obligaciones de los agentes públicos bajo su dependencia, no puede el Presidente de la Nación dictar un acto administrativo relevando a uno de tales funcionarios de parte de esas obligaciones. Desde luego, si la competencia del órgano inferior para dictar el reglamento no le ha sido delegada por vía legislativa, el órgano superior puede en todo momento retomar esa competencia y dejar sin efecto el reglamento dictado por el inferior; pero mientras no lo haga no podrá dictar actos que no se ajusten a lo dispuesto en tal reglamentación.

Para la aplicación del principio es necesario en todos los casos que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y de materia, y que el acto reglamentario haya sido válidamente dictado.

Si el reglamento es ilegal, la administración puede, en un acto particular, apartarse de lo ilegalmente dispuesto por el mismo[67] —siempre que la decisión

[65] LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *op. cit.*, p. 196; ZANOBINI, GUIDO, "Sul fondamento giuridico della inderogabilità del regolamenti," *Rev. di Diritto Pubblico*, t. IX, 1917, parte 1ª, p. 411 y ss.; FLEINE, FRITZ, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 114; BALLBÉ, MANUEL, "El ordenamiento jurídico administrativo," *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XII, año XCI, 2ª época, (180 de la colección), Madrid, 1946, p. 200 y ss., p. 211; PTN, *Dictámenes*, 33: 202 y ss.; 77: 305; 81: 236, etc.

[66] LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 197; BONNARD, Roger, nota en *Sirey*, 1932, 3, 1; RIVERO, *op. cit.*, 4ª ed., p. 78.

[67] Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. I, 3ª ed., pp. 196 y 197. Pero esta regla se encuentra condicionada por los principios referentes al deber de obediencia: Cuando mayor es la jerarquía del agente estatal, mayor es su deber de analizar la juridicidad del reglamento o la orden; y viceversa.

individual sí se ajuste a lo que dispone la ley—; ello, siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior.

V. Jurisprudencia

14. *Concepto y alcances*

Hay dos concepciones de lo que es jurisprudencia: Una, que es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales; otra, que son las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales *(auctoritas rerum similiter judicatarum.)* La primera es la actual noción anglonorteamericana, que identifica jurisprudencia con derecho positivo; la segunda, la más generalizada en el mundo occidental.

El juez al aplicar una norma general crea una nueva norma, no ya general, sino individual, la que aporta un "plus" al ordenamiento jurídico, aunque la jurisprudencia no es la suma ni la repetición de esas normas individuales, sino tan sólo del sentido que esa norma individual ha dado la norma general; no se trata de que el juez cree normas de derecho, sino de que precise el sentido de la norma general ya existente. Pero como todas las reglas de derecho son suficientemente abstractas como para poder ser interpretadas de diferentes maneras, resulta que la norma se amplía o se restringe en su significado efectivo (es decir, en el significado en el cual tiene aplicación imperativa) según sea la interpretación que le den los jueces.

La jurisprudencia se distingue de las demás fuentes del derecho en que ella es imperativa sólo en el momento en que el juez le aplica o reitera, pues el juez no está obligado a seguir las interpretaciones reiteradas y concordantes que él mismo u otros jueces superiores hayan dado a una norma.[68]

La imperatividad de esta fuente está, pues, condicionada a la voluntad del juez, pero puesto que en la práctica los jueces mantienen los criterios interpretativos formulados por ellos mismos o sus superiores con anterioridad, tiene un cierto grado fáctico de imperatividad asegurado: Dado que esa facticidad tiene en cada caso apoyo jurídico en la voluntad del juez, puede mencionarse a la jurisprudencia como fuente de derecho.

En Francia se admite que los jueces (del Consejo de Estado) establezcan jurisprudencia sin basarse en ley o principio imperativo alguno; en los demás países se considera por lo general que el juez sólo puede interpretar la ley, bien que, por supuesto, está en libertad de interpretarla en cualquier sentido posible.

[68] A la inversa sucede, según es sabido, en el derecho anglo-norteamericano.

Cuando prescinde de toda norma la sentencia es arbitraria y con ello inconstitucional;[69] también se la considera arbitraria cuando, si bien cita alguna disposición, carece de todo fundamento serio para aplicarla; la seriedad se estima no ya en la exactitud del criterio del juez, sino en que aporte razones y elementos de juicio para fundar su resolución.

Los principios de derecho público tienen merced a su contenido axiológico y a su carácter de normas jurídicas, riquísimas posibilidades para la jurisprudencia del derecho administrativo; ésta debe desarrollarlos y aplicarlos no sólo cuando la ley los reproduce fielmente, sino también cuando los niega o cuando se abstiene de legislar sobre el punto: O sea, los principios constitucionales deben aplicarse jurisdiccionalmente con todo su contenido y valor, tanto de conformidad como en contra o sin la ley.

En esto último nos enrolamos, obviamente, en la posición que se aparta del criterio casi conceptualista y negativo que apareció en el siglo pasado (y que hoy está prácticamente abandonado), de acuerdo al cual la Constitución era asimilada poco menos que a un catálogo: Si sus normas no preveían expresamente un caso determinado, aclarando que aun a falta de ley sus disposiciones debían ser aplicadas (o usando al menos términos enfáticos que así lo dieran a entender; la propiedad es "inviolable," es "inviolable" la defensa en juicio), ellas no debían ser aplicadas por el juez, pues ello habría implicado actuar de *lege ferenda*. Hoy en día se busca interpretar el sentido de las normas constitucionales y darles aplicación imperativa también a situaciones no previstas por el legislador (así, por ejemplo, el recurso por sentencia arbitraria; la acción de amparo, etc.), o previstas en forma imperfecta.

Nosotros consideramos además que los principios constitucionales, por tener contenido y orientación axiológica, y por ser de su esencia que ese contenido y esa valoración estén presentes en todos los actos estatales, transforman en inconstitucional todo acto que no tenga su misma valoración; lo que significa que la orientación estimativa del acto, esto es, su finalidad, también forma parte de su constitucionalidad: Todo acto estatal, en definitiva, podría ser anulado por los tribunales en cuanto a su finalidad dentro de lo que marquen los principios constitucionales.

[69] Ver CARRIÓ, GENARO, "Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa," *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959, IV, p. 85 y ss.; *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "El derecho a la jurisdicción en la Argentina," *El Derecho*, t. 11, p. 954; LINARES, JUAN FRANCISCO, "El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales," *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 27, N°3-4; VANOSSI, JORGE R., *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966.

VI. La costumbre

15. *Concepto y admisibilidad en general*

La costumbre surge como fuente de derecho cuando hay el convencimiento popular abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla determinada de conducta humana es una norma jurídica. No hay que confundir por lo demás la costumbre, que es convencimiento popular abonado por la práctica, con la "costumbre" que ha sido aceptada y hecha efectiva por la jurisprudencia: En tal caso la regla de que se trate no vale por ser consuetudinaria, sino por ser jurisprudencial; se aplica no porque la gente esté convencida de que es una norma jurídica y siempre la haya cumplido, sino porque los tribunales así lo han querido.[70]

Pero la costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente lo autorice, pues las constituciones prohíben generalmente que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Vimos ya que una excepción surge de la índole misma de la función administrativa (en el caso de los reglamentos), pero aquí no se puede hallar argumento positivo alguno que la introduzca; por otra parte, incluso en el derecho privado (así, el Código de Comercio y en materia de patentes y marcas) la tendencia es que para que la costumbre adquiera relevancia jurídica es necesario que una norma legislativa lo autorice o reconozca como tal.

15.1. La costumbre no es, pues, en principio, fuente de derecho administrativo[71] y la administración no puede, en consecuencia, crearse derechos frente a los particulares por observar habitualmente una determinada conducta: A pesar de que una costumbre o práctica administrativa tenga observancia usual y exista el convencimiento de que constituye una norma jurídica de tipo imperativo, la misma carece de todo valor como fuente de derecho administrativo: Lo que no quita que si la administración tenía facultades concedidas por la ley para imponer una norma idéntica a la que surge de la costumbre, la misma sea válida: Pero ello surge de la ley misma y no de la costumbre.

15.2. Sin embargo, podría admitirse, a la inversa, que la costumbre puede crear derechos de los administrados frente a la administración, ya que la anteriormente mencionada limitación constitucional (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda) está concebida fundamentalmente en relación a los individuos, y no al Estado; por ello, del mismo modo que la administración podría crearse ciertas

[70] En contra, FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 207 y ss., quien habla de "costumbre" para referirse al *jus receptum* jurisprudencial.

[71] Nos apartamos así de la opinión de BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1964, 6.ª ed., p. 107 y ss., y VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 315 y ss., quienes no consideran el principio constitucional citado (art. 19) ni el principio concordante de teoría general del derecho. Ver, en efecto, KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 163 y ss., 172 y ss. Conf. con nuestra tesis MARIENHOFF: *Op. cit.*, p. 292 y ss. En el derecho comparado, véase RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4ª ed., p. 70.

obligaciones mediante un reglamento autónomo (y no podría crear deberes a los administrados), así también puede crearse obligaciones frente a los particulares mediante la observancia usual y reiterada de una determinada norma de conducta. Entendemos, en definitiva, que la costumbre puede ser aceptada como fuente únicamente en cuanto contenga la creación de derechos para los administrados frente a la administración.

Sección II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo V: *Los órganos del Estado*

Capítulo VI: *Entes públicos*

Capítulo V

LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

Sumario

1. Concepto de órgano 163
2. El órgano y el ente al que pertenece 164
3. El órgano y el funcionario 164
4. La actuación del órgano 165
   4.1. Criterio subjetivo 165
   4.2. Criterio objetivo 165
5. El criterio jurisprudencial 166
6. La competencia 167
7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función 169
8. Clasificación de la competencia 170
   8.1. En razón de la materia 170
   8.2. En razón del territorio 171
   8.3. En razón del tiempo 171
   8.4. En razón del grado 172
9. Delegación 174
10. Admisibilidad y caracteres de la delegación 176
   10.1. Revocación de la delegación de competencia 177
   10.2. Relaciones del delegante y el delegado 177
   10.3. Responsabilidad del delegante y del delegado 177
   10.4. Contralor por el delegante 177
11. La avocación 177
   11.1. Comparación general con la delegación 178
   11.2. Procedencia de la avocación 179
   11.3. Conclusiones comparativas 179
12. La jerarquía 180

Capítulo V

LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

1. *Concepto de órgano*

Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho o la manifestación de voluntad expresada por éste en su nombre.

1.1. Según algunos autores, el órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias (algo así como un "cargo" "*office*," "*ufficio*," "*Amt*," etc.) que será luego desempeñado o ejercido por una persona física determinada (el funcionario o agente del Estado), la que, al expresar su voluntad o realizar su actuación dentro del marco de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce la mencionada imputación. En este concepto se distingue entre el "órgano jurídico" (el conjunto de competencias) y el "órgano físico" (la persona llamada a ejercer esas competencias) o, en otra terminología, entre el órgano-institución" y el "órgano-individuo."[1]

1.2. Según otros autores, el órgano sería en realidad la suma de los dos elementos anteriormente mencionados; comprendería el cúmulo de las funciones individualizadas y la o las personas llamadas a ejercerlas.[2] Nosotros adoptaremos aquí el primer concepto, pues permite diferenciar más precisamente los derechos y deberes del ser humano llamado a desempeñarse en la función.

[1] En este sentido ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 10 y ss.; Villegas Basavilbaso, t. 2, *op. cit.*, p. 530 y ss.; ver también Trevijano Fos, José Antonio, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, p. 88.

[2] En esta orientación Silvestri, Enzo, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, 1950, p. 8 y ss.; Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 181; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 493.

En otras palabras, estamos frente a situaciones que no se confunden; una es la repartición de atribuciones en diferentes unidades, otra es la imputación de una conducta al Estado,[3] una tercera es la situación del funcionario.[4]

2. *El órgano y el ente al que pertenece*

Pero tanto si se adopta uno u otro concepto de órgano, las consecuencias prácticas no varían: En ambos casos nos estamos refiriendo a construcciones jurídicas en virtud de las cuales imputamos a la asociación o corporación o entidad estatal, la voluntad de un ser humano manifestada dentro de un marco determinado, propio del ente.

El órgano, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él: No tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización. Ello no quita que puedan eventualmente existir voluntades contrapuestas entre órganos de un mismo ente, pues el ente, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a sí mismo en cuanto ejercita una función distinta; puede hallarse en contraste consigo mismo por el ejercicio de actividades diversas.[5]

3. *El órgano y el funcionario*

Diferenciando como lo hicimos entre órgano físico y órgano jurídico, resultará que las consideraciones precedentes son especialmente aplicables al órgano jurídico, el cual se integra y confunde con el ente al cual pertenece, sin tener una voluntad o una personalidad independiente de él.

No ocurre lo mismo con el órgano físico, esto es, la persona física llamada a ejercer la función que constituye el órgano jurídico. El funcionario, en efecto, tiene dos voluntades y dos situaciones distintas según sea el modo de su actuación:

a) Su voluntad en cuanto persona y sus derechos y deberes en cuanto funcionario frente al Estado, y

b) su voluntad orgánica, en cuanto desempeña la competencia estatal.

[3] Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, San Pablo, 1972, p. 66, quien además analiza el problema de la repartición de atribuciones en distintos "cargos." (*Op. cit.*, p. 17 y ss.)

[4] En tal sentido es clara la definición de Caetano, Marcello, *Manual de direito administrativo*, t. I, Río de Janeiro, 1970, p. 197 y sus referencias.

[5] Silvestori, *op. cit.*, pp. 17-8.

En el primer caso el funcionario puede tener derechos contrapuestos con el Estado, y se lo considera un sujeto de derecho diferenciado de él; en el segundo el funcionario se subsume dentro del órgano jurídico, y en cuanto titular del mismo, no tiene, según ya dijimos, derechos o deberes contrapuestos con el Estado, sino meramente competencias que le han sido asignadas y que desempeñará en su nombre; no tiene tampoco, en consecuencia, una personalidad diferenciada de la del Estado.

4. *La actuación del órgano*

Dado, pues, que el órgano físico puede actuar como titular del órgano jurídico —caso en el cual su voluntad se considera como la voluntad estatal— o fuera de la función que se le ha asignado, como sujeto de derecho diferenciado del Estado, interesa saber qué criterio habrá de seguirse para establecer cuándo el funcionario actúa como órgano del Estado y cuándo no.

Para establecer esa diferencia existen básicamente dos criterios:

4.1. *Un criterio subjetivo:* Que toma en cuenta la finalidad perseguida por el funcionario al actuar. (Esto es, si entendió actuar en su calidad de órgano del Estado, o privadamente.)

4.2. *Un criterio objetivo:* Que prescinde de la motivación psicológica del funcionario y atiende objetivamente a lo que ha realizado. Este criterio, que es el prevalente, presenta a su vez dos variantes:

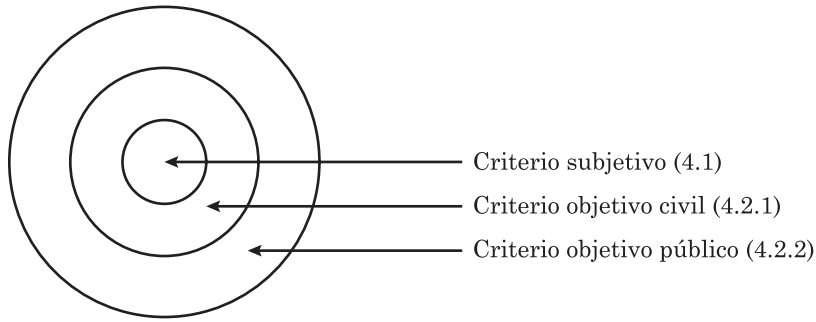
4.2.1. En una posición, que es la que a veces adopta la legislación civil, se estima que el órgano físico ha actuado como órgano jurídico de la institución siempre que haya actuado dentro del límite de sus *atribuciones legales*, esto es, siempre que haya actuado legítimamente, respetando la competencia que le ha sido otorgada y, en general, las regulaciones establecidas para el desempeño de sus atribuciones. En este primer concepto, *la legitimidad* del acto es el factor que decide la cuestión: Si el acto producido es legítimo, entonces ha sido dictado "dentro de las atribuciones legales" del órgano, y debe imputársele al Estado; si el acto es *ilegítimo*, por haber sido emanado con incompetencia, etc., entonces se encuentra fuera de las atribuciones legales del órgano y no puede imputárselo al Estado, debiéndoselo considerar como un acto personal del funcionario.

4.2.2. En una segunda posición, propia del derecho público y generalmente prevalente en éste, se considera que la *legitimidad* del acto no es el elemento primordial para decidir si él es o no un acto estatal por haber emanado de un órgano suyo; se entiende, en cambio, que debe atenderse únicamente a la *apariencia externa* del acto o hecho, a su *reconocibilidad exterior* como un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente. De este modo, basta con establecer que la actuación del funcio-

nario se ha referido a una tarea que era propia de su función, para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado, y que, por lo tanto, su acto no es un acto privado suyo, sino un acto del Estado; esto es así, repetimos, sea que su acto o hecho sea regular o irregular, legítimo o ilegítimo.

Es por ello que se puede luego hablar de "actos administrativos nulos," o "actos administrativos anulables," etc., lo cual supone que se trata de un acto estatal —por lo tanto, producido por un órgano suyo— viciado, ilegítimo: Ello sería una contradicción si se adoptase el criterio anterior, en el cual sólo el acto legítimo podía ser considerado como dictado dentro de la función del órgano.

En suma, comparando la amplitud respectiva de los tres criterios enunciados (el subjetivo y los dos objetivos), se advierte que ella es creciente, y que es dentro del último de los criterios indicados donde mayor será el número de actos y hechos que se le imputarán al ente del cual el órgano forma parte:



5. *El criterio jurisprudencial*

Esta última es también la orientación jurisprudencial y ha dicho así la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "la irresponsabilidad... de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, *más allá de sus atribuciones,* no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes *han obrado dentro de sus propias funciones*...,"[6] sentando de tal modo el criterio de que un acto es imputable al Estado (y en su caso lo hace responsable) cuando es ejecutado por el funcionario dentro *de sus funciones,* sin importar que haya sido hecho o no dentro *de sus atribuciones* o límites legales específicos. Surge de este modo la distinción entre *a)* el criterio del Código Civil, que sólo imputa al ente el ejercicio *legítimo* y *regular* de la función, y *b)* el criterio del derecho público, que imputa al ente todo ejercicio de la función, sea legítimo o ilegitimo. Esto último también queda sentado en otra causa en la que específicamente se declaró que, apareciendo clara la imputación, "carece de importancia la cuestión planteada... referente a la legalidad de los acuerdos de ministros en virtud de los cuales se ordenaron las licitaciones..."[7] Desde luego, el acto o hecho debe reunir

[6] *Ferrugia*, 1931, *Fallos*, 163: 155, 162.
[7] *Gasull*, 1931, *Fallos*, 160: 381.

ciertas condiciones para poder ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente; ya no se dirá que el acto debe ser legítimo o dictado con competencia, pero se afirmará que "debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, *dentro de los límites y objeto aparente de las mismas*."[8] En definitiva, debe considerarse sólo la *apariencia externa* del acto o hecho, para determinar si es imputable a la función.

Señala ALESSI en este sentido que "basta que aparezca formalmente presentado como una exteriorización de las funciones propias del cargo;" "que la determinación volitiva del órgano esté dirigida, al menos, por lo que resulta de su apariencia exterior, a un fin propio del ente;" que presente "un mínimo de reconocibilidad exterior;"[9] es decir, que si el acto aparece externamente reconocible como un acto propio de la función, sea ésta bien o mal ejercida, "con fidelidad o sin ella,[10] o en un cumplimiento defectuoso,"[11] como dice la Corte Suprema, igualmente el acto es imputable al ente.

6. *La competencia*

La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede *legítimamente* ejercer; el concepto de "competencia" da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: *Es su aptitud legal de obrar* y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.[12]

[8] *Rodríguez, Enrique*, 1942, *Fallos*, 194: 170, 172.

[9] ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione,* Milán, 1955, 3ª ed., pp. 50 y 51.

[10] *Rabanillo*, 1945, *Fallos*, 203: 30, 43.

[11] *Belleza*, 1943, *Fallos*, 196: 101, 108; Dijo aquí la Corte Suprema: "La circunstancia de que el accidente sobreviniera en el curso del cumplimiento tardío y defectuoso de la orden impartida al dependiente no exime al principal. Por el contrario, la responsabilidad... supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas a aquél." (P. 108.)

[12] SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 183. Con todo que en el texto seguimos la utilización del concepto de competencia, debemos advertir que se trata de una noción actualmente muy proclive a debates y confusiones. Desde que se habló de una "competencia para la ilicitud," provocando así una antítesis o contradicción formal, hasta los que postulan un concepto de competencia bajo el amparo del mismo principio que rige la libertad y la capacidad de los individuos, todas las gamas son posibles. La regla de la competencia expresa; o de la competencia expresa o razonablemente implícita; o de la competencia virtual: Todo existe en esta materia. Y además de ello, queda aún el hecho de que tanto en definiciones amplias como restringidas, se suele utilizar el término como comprensivo de *toda* la conducta que se imputa legítimamente o no a un ente, cuando en realidad bien pronto se advierte que todos los autores limitan la competencia a los casos de competencia en razón del territorio, materia, tiempo y tal vez grado. Quedan afuera los demás elementos del acto, y decir entonces que un acto fue dictado con competencia no es decir que fue dictado válidamente, en, el derecho positivo, pues queda aún por determinar si el acto cumplimenta o no con los demás recaudos del ordenamiento jurídico. La competencia pierde así, en la actualidad, verdadera utilidad técnica, y pasa a tener una utilidad solamente didáctica. En el decreto-ley 19.549/72, la competencia aparece como un requisito de validez del acto (art. 7°), y no como el requisito de validez.

Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: En ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla, y por lo tanto se presume en tanto una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.[13]

Por lo demás, uno de los antiguos principios que tradicionalmente regían a la competencia es el de que la misma es inderogable, o improrrogable, esto es, que no puede ser renunciada ni extendida sea por acuerdo entre las partes privadas, o entre ellas y la administración;[14] asimismo, que sólo puede surgir de la ley en sentido estricto.

Sin embargo, frente al clásico principio de que la competencia es siempre de origen legal, criterio rígido y criticable, el decreto-ley nº 19.549 establece que la competencia puede ser tanto de origen legal como reglamentario. Por lo tanto, las normas generales emanadas del Poder Ejecutivo, como primer órgano de reglamentación de la ley, pueden a su vez servir de base para competencia delegada o desconcentrada, o de competencia para delegar.

Así, por ejemplo, el art. 2° del decreto 1.759/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72 en el citado aspecto, autoriza a los ministros y a las autoridades superiores de los entes descentralizados a *delegar* sus facultades en órganos inferiores. El reglamento del decreto-ley opera así como norma general facultativa para que los ministros a su vez deleguen en órganos inferiores, facultad que también se extiende a las autoridades superiores de los entes descentralizados del Estado. (Entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado.)

De cualquier manera, el principio general de la competencia sufre excepciones en los casos de avocación y delegación, a los cuales nos referiremos más adelante; además, el tradicional principio de la inderogabilidad de la competencia no es aplicable aún en su forma ya morigerada por el decreto-ley, sino cuando la competencia de que se trata ha sido otorgada en forma *exclusiva* al órgano. En efecto, pueden presentarse algunas variantes en cuanto a la forma en que el ordenamiento jurídico puede otorgar la competencia:

[13] Comparar Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 183. Ampliar y comparar en Linares, Juan Francisco, "La competencia y los postulados de la permisión," *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nº 2, noviembre de 1971, p. 13 y ss.; Arnanz, Rafael A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, pp. 39 y 43; Colombo Campbell, Juan, *La competencia*, Santiago de Chile, 1959, p. 176 y ss.; González Arzac, Rafael, "La competencia de los órganos administrativos," *ED*, 1973, t. 49.

[14] Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 191; Alessi, *op. cit.*, p. 98; Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. 2, p. 259. Otras diferencias en Waline, Marcel, *Droit Administratif*, París, 1963, p. 452; Diez, *op. cit.*, p. 32 y ss.

6.1. Puede la ley otorgar competencia *alternativa* a dos o más órganos, de modo que cualquiera de ellos pueda dictar los actos propios de esa competencia. Esto puede presentarse en forma *incondicionada*, esto es, no sujeta a condición alguna, de modo tal que cualquiera de los órganos puede en cualquier momento ejercer la competencia, y habiéndola ejercido uno no la pueden ejercer ya en ese aspecto los otros; o puede presentarse en forma *condicionada*, o sea, que uno de los órganos ejerce normalmente la competencia, pero, dándose determinada condición, la pasa a ejercer el otro, como sería el caso de la suplencia.[15]

6.2. Tampoco es de aplicación estricta el principio de la inderogabilidad de la competencia cuando ella no es originaria sino derivada, esto es, cuando no ha nacido de una directa atribución *legal* de funciones al órgano, sino, por ejemplo, de una delegación hecha al inferior por el órgano superior titular originario de la misma: En este caso el superior puede en cualquier momento volver a tomar para sí la competencia que había delegado en el inferior.

7. *Distinción entre competencia y ejercicio de la función*

No debe confundirse la *competencia* con la "aptitud de obrar" de los órganos administrativos, o con el "complejo de atribuciones otorgadas al órgano;"[16] en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar.

Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al *ejercicio de la competencia como especie.* Para que el acto sea *válido*, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia del mismo.* La ley atribuye una función a un órgano y dispone que el ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia: El que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, *pero ello no quita que el acto sea estatal* y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia del acto estatal o no; claro está, todo acto realizado dentro de una competencia es acto estatal, pero conviene no olvidar que no porque haya incompetencia el acto deja necesariamente de ser referible al Estado.

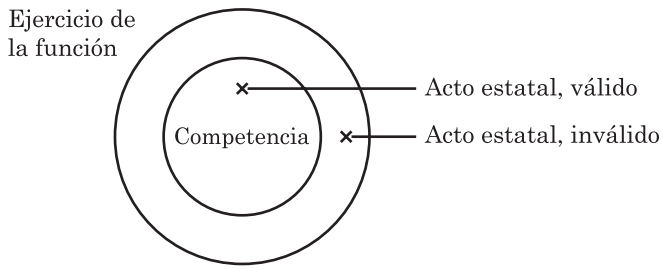
La aptitud de obrar o ejercicio de la función deriva, pues, de que se confiere al órgano una parte de la función administrativa, y ello se aprecia de acuerdo

[15] ALESSI, *op. cit.*, p. 98; uniforme.

[16] Nos apartamos en ello de la doctrina corriente, que no las diferencia. Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 191; DIEZ, t. II, p. 29; ALESSI, *op. cit.*, p. 97; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542. Comparar LINARES, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*, p. 26, y la posterior formulación de su trabajo "La competencia y los postulados de la permisión," *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 2, 1971, p. 15; GONZÁLEZ ARZAC, artículo últimamente citado, n° 13 y 15.

con la "reconocibilidad externa" del acto o hecho; la *competencia* deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regla la *licitud* del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar.

Para expresarlo gráficamente:



8. *Clasificación de la competencia*

La competencia puede clasificarse de diversas maneras:

8.1. Competencia *en razón de la materia*, esto es, del contenido, según que se refiera a uno u otro asunto administrativo. A su vez, el acto dictado puede estar viciado de incompetencia en razón de la materia en diversos casos:

8.1.1. *Incompetencia respecto a materias legislativas,* cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: Disposición de fondos sin autorización presupuestaria; otorgamiento de concesión de servicios públicos sin ley que la autorice, etc.

8.1.2. *Incompetencia respecto a materias judiciales,* cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser tomadas por los órganos de la justicia, como, por ejemplo, un acto que pretenda decidir un litigio entre partes con fuerza de verdad legal, esto es, con carácter definitivo.

8.1.3. *Incompetencia respecto a materias administrativas que no tienen tampoco otros órganos administrativos,* en el sentido de que un órgano ejerce atribuciones que si bien son de índole administrativa (por no pertenecer necesariamente al ámbito legislativo o judicial) no le han sido, en cambio, otorgadas a él ni tampoco a ningún otro órgano de la administración.

8.1.4. *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos,* o sea, ejercicio por un órgano de atribuciones que corresponden a otros órganos de la administración pública. Este tipo de incompetencia puede también ser llamada incompetencia relativa, por oposición a los tres casos anteriores, en que se podría hablar de incompetencia absoluta.

8.2. *Competencia en razón del territorio*

En razón del *territorio* es igualmente posible clasificar competencia: Tendríamos así, según la organización política de cada país competencias nacionales, provinciales y municipales; o federales, estaduales y comunales, etc. Va de suyo que cuando un órgano tiene delimitada su competencia a determinada circunscripción territorial, no puede excederse de ella; la incompetencia sería en tal caso absoluta, si la extralimitación es muy grave.

Existen casos, sin embargo, en que no se halla claramente delimitada la competencia territorial de algunos órganos; ello ocurre particularmente con los organismos nacionales o federales, que muchas veces pueden entrar en conflictos de competencia con los organismos locales, los cuales ven en ciertos casos colisión de poderes cuando el organismo nacional o federal ejerce en sus territorios las mismas atribuciones en razón de la materia que a ellos competen.

8.3. *Competencia en razón del tiempo*

En razón del *tiempo* es también factible distinguir según que la competencia sea *permanente, temporaria o accidental.*

8.3.1. La competencia es, por regla general, permanente, en cuanto el órgano de que se trata puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas.

8.3.2. Pero en ciertos casos el ordenamiento jurídico otorga una facultad al órgano sólo por un lapso determinado, por ejemplo, cuando se dispone que el Tribunal de Cuentas de la Nación puede observar los actos del Poder Ejecutivo que le han sido comunicados, sólo durante un plazo de 60 días contados a partir de la comunicación: En tal caso la competencia de este organismo de contralor se halla limitada en razón del tiempo en la forma indicada, y es por ende una competencia temporaria. Lo mismo ocurre cuando el Poder Ejecutivo puede declarar el estado de sitio por ataque exterior, *estando en receso el Congreso,* etc.

8.3.3. A su vez, frente a la competencia permanente y a la competencia temporaria, que se caracterizan ambas porque están *regularmente* atribuidas a un órgano determinado, puede en ciertos casos encontrarse una competencia que en cuanto a su duración es puramente accidental e incluso fugaz: La persona que sorprende a otra en la comisión de un delito, puede proceder a detenerla, erigiéndose en ese momento en órgano público y desempeñando accidentalmente una competencia que es propia de las fuerzas del orden, hasta tanto se haga presente el órgano policial respectivo, momento en el cual cesa automáticamente aquella competencia accidental.

8.4. *Competencia en razón del grado*

Por último, en razón del grado, cabe distinguir según que la competencia haya sido atribuida a los órganos máximos o haya sido distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos superiores.

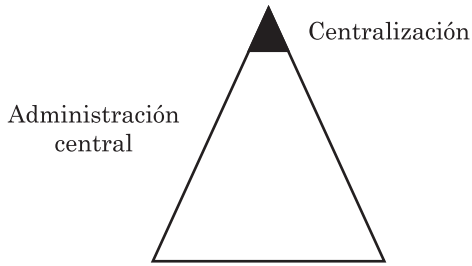
Como clasificación de la competencia en razón del grado, pues, puede hablarse fundamentalmente de competencia *centralizada, desconcentrada y descentralizada*.

8.4.1. Se dice que la competencia es *centralizada* cuando está conferida exclusivamente a los órganos centrales o superiores de un ente.

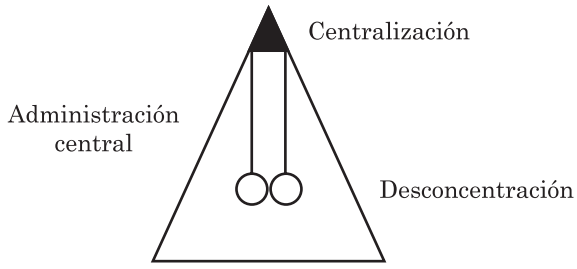
8.4.2. *Desconcentrada,* cuando se ha atribuido porciones de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal al que nos referimos.

8.4.3. *Descentralizada,* cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de su personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente. La diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de la personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo; en la desconcentración el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización, en cambio, el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquel al que se resta la competencia.

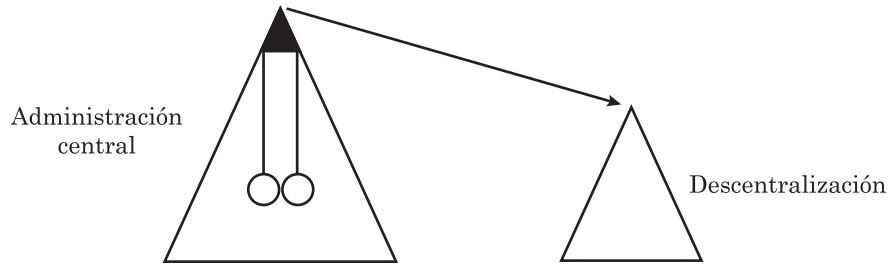
a) Gráficamente existiría centralización en este caso:



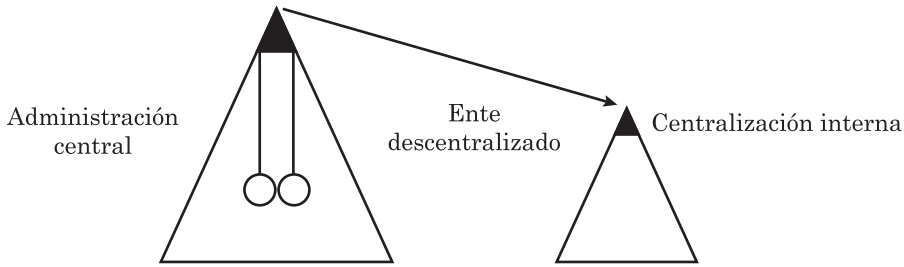
b) Desconcentración, en el siguiente:



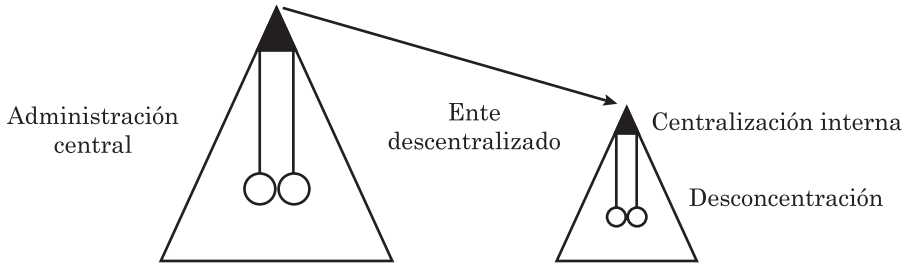
c) Descentralización, en el que ahora se indica:



A su vez, dentro del ente descentralizado, puede existir un cierto grado de centralización interna:



O puede, en cambio, existir también allí desconcentración:



La desconcentración es también llamada, por parte de la doctrina, "descentralización burocrática," queriendo con ello decirse que no es una plena descentralización, sino una descentralización por oficinas. (Del francés: *Bureau*, oficina, y de allí lo de "burocrática.") A su vez, la descentralización *stricto sensu* es también llamada, en esa terminología, "descentralización autárquica," destacándose entonces que este tipo de descentralización es la que se refiere a la creación de los "entes autárquicos," o sea, los entes separados de la administración central y dotados de "autarquía" o capacidad de actuar por sí mismos y administrarse a sí mismos. Sin embargo, esta terminología tal vez no sea la más acertada, porque dentro del concepto de descentralización no sólo deben comprenderse los denominados "entes autárquicos," sino también otras formas tales como las "empresas del Estado" o "empresas nacionalizadas," etc., con lo que resultaría

que el calificativo "autárquica" para designar a tal descentralización resultaría impropio por restringido y limitado.

Hablaremos, pues, de *desconcentración* y *descentralización*, en lugar de "descentralización burocrática" y "descentralización autárquica."

9. *Delegación*

La delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquélla le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y la desconcentración: En estas últimas hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano inferior.

9.1. La primera diferencia entre la delegación por un lado, y la desconcentración y descentralización por el otro, está así dada por el *órgano* que decide la atribución de facultades al funcionario inferior: En la desconcentración y descentralización es, por regla general, *el Congreso*, en la delegación un *órgano administrativo* superior que ha sido autorizado al efecto por la ley, pero que retiene el poder de decisión de delegar o no.[17]

9.2. Una segunda diferencia la constituye el que en el caso de la desconcentración y descentralización, una vez que ellas han sido dispuestas, la competencia de que se trata pertenece exclusivamente al inferior, y el superior *sólo tiene facultades de supervisión* propias del poder jerárquico o del control administrativo. En el caso de la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercer; de allí también que se halle unido por más fuertes lazos al superior. En la desconcentración, a su vez, la responsabilidad del superior por el modo en que se ejerce la competencia que le ha sido quitada, es reducida precisamente porque *se ha reducido también su poder de control.*

9.3. Cuando se trata de competencia delegada, el órgano superior puede siempre y en cualquier momento retomar la competencia que él ha conferido al órgano inferior, y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo; en el caso de la competencia descentralizada o desconcentrada el superior sólo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo: Dirección, revisión de los actos del inferior, etc., y no puede reasumir la competencia que ahora pertenece al órgano inferior.

9.4. De lo antedicho se desprenden las diferencias más estructurales: La descentralización y desconcentración implican una nueva repartición, permanente

[17] Comp. Fazio, Giusseppe, *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Milán, 1964, p. 32 y ss.

y definitiva, de funciones: El acto de descentralización o desconcentración tiene así un valor constitutivo, y representa una forma de organización administrativa, un tipo de estructura estatal.[18] Como dice TREVIJANO FOS, "la descentralización es permanente y constitutiva, general, abstracta y normal, mientras que la delegación es una técnica organizativa de carácter transitorio y para competencias determinadas."[19]

La descentralización y desconcentración se operan a través de actos normativos generales y abstractos, que crean competencias estables y definidas,[20] y las atribuyen en forma determinada a ciertos órganos que serán los titulares de la función respectiva y, por ende, los responsables de su ejercicio. Por último, la descentralización desconcentración significan un ordenamiento obligatorio de la jerarquía y funciones administrativas: Cada órgano o ente que recibe la competencia desconcentrada o descentralizada es el que debe ejercerla, y bajo su propia responsabilidad, por encargo de la ley; ello, sin perjuicio de la eventual admisibilidad de ulteriores delegaciones.

En la delegación, en cambio, no se opera una modificación en la *estructura* administrativa, sino sólo en su dinámica. La delegación es nada más que un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano a quien le compete una función determinada, de poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia.[21] La delegación no implica renunciar definitivamente a la competencia —y ello no sería, por otra parte, jurídicamente posible—; no implica tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que la misma se ejercita.

La delegación no significa así una determinación de nuevas estructuras de competencia; el acto de delegación interviene en el ámbito de un ordenamiento o estructura de competencias ya establecido, y no lo modifica en modo alguno estructuralmente: Es sólo en la dinámica de la actuación administrativa que produce sus efectos.

En conclusión: Mientras que la descentralización y la desconcentración son tipos de estructura estatal, la delegación es un tipo de dinámica estatal.

Por ello, no habría dificultad alguna en combinar ambas formas: Es así hipotéticamente posible que tanto si la competencia está *centralizada* en un órgano supremo, como *desconcentrada* en órganos dependientes de la administración central, como *descentralizada* en entes autárquicos con individualidad propia, sea en todos los casos factible que el órgano que en cada caso sea titular, *delegue* parte de esa competencia en sus órganos inferiores. De tal modo, puede existir conjuntamente en determinado órgano una suma de competencias desconcentradas

[18] Ampliar en FRANCHINI, FLAMINO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28 y ss.

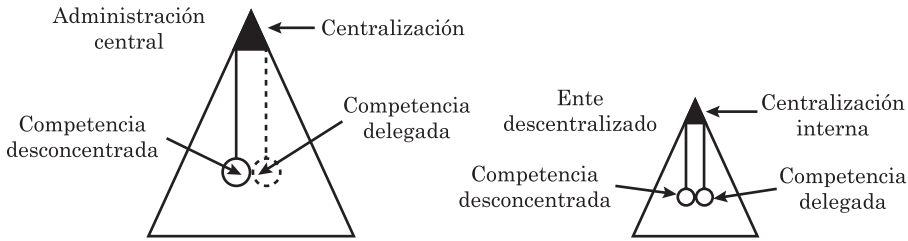
[19] *Op. cit.*, p. 200; ver también FRANCHINI, *op. cit.*, pp. 28-9, y nuestro art. "Descentralización y delegación de autoridad," *Revista de Administración Pública*, n° 3/4, Buenos Aires, 1962, p. 28 y ss.

[20] FRANCHINI, *op. cit.*, p. 29.

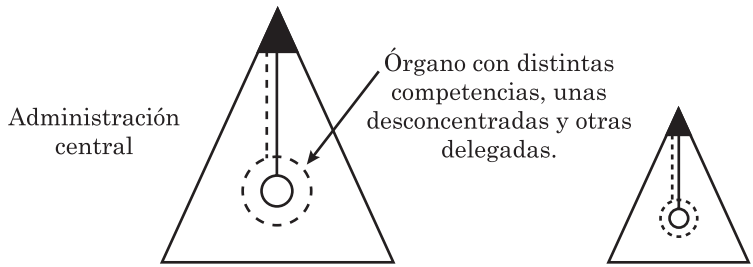
[21] FRANCHINI, *op. loc. cit.*

y delegadas, que se regirán por principios diversos; también, desde luego, puede existir mera delegación en órganos que no tienen competencia por desconcentración, o de otro modo: Como se advierte, las posibles combinaciones son variadas.

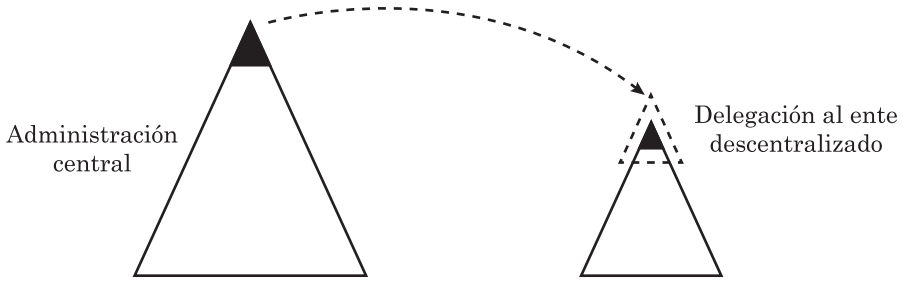
De tal modo, pueden coexistir competencias desconcentradas y delegadas en *distintos órganos*, tanto en la administración central como descentralizada:



O pueden darse simultáneamente la desconcentración y la delegación en un mismo órgano, sea en la administración central o descentralizada:



O puede también encontrarse una competencia delegada en un ente descentralizado, competencia que se sumaría transitoriamente a la que el órgano ejerce en forma permanente por descentralización:



10. *Admisibilidad y caracteres de la delegación*

La interpretación técnica preexistente al decreto-ley 19.459 era controvertida en doctrina, en cuanto a si un órgano requería previa autorización legal para poder delegar sus propias atribuciones. El art. 3° del decreto-ley resuelve este punto señalando que la delegación procede cuando esté expresamente autorizada; a su

vez, atento que, según vimos, la competencia puede surgir de reglamentos, se concluye que un *reglamento* administrativo puede autorizar a órganos inferiores a delegar sus atribuciones. Es lo que ha hecho el ya comentado art. 2° del reglamento del decreto-ley 19.549/72.

Una vez dictada la norma legal o reglamentaria que autoriza a delegar, la decisión concreta de delegar o no, y a quién delegar, todo dentro de los límites que le haya podido fijar la norma general pertinente.

10.1. *Revocación de la delegación de competencia*

Del mismo modo, el órgano delegante puede en cualquier momento retomar el ejercicio de la facultad delegada, pues, como vimos, se trata de una facultad propia y no del inferior. La interpretación de esta facultad de revocar la delegación estimamos que debe ser amplia.

10.2. *Relaciones del delegante y delegado*

El poder jerárquico del delegante sobre el delegado es amplio, e incluye no sólo la atribución de expedirle instrucciones sobre el modo de ejercer las atribuciones, sino también de darle órdenes concretas para resolver un caso específico de una u otra manera. Esto es así precisamente por tratarse, según vimos, de competencia propia.

10.3. *Responsabilidad del delegante y del delegado*

El delegado es, en teoría, enteramente responsable por el modo en que ejerce la facultad delegada; también lo es en principio el delegante, aunque podría quizás apuntarse una posible distinción y limitarla a la responsabilidad *in eligendo e in vigilando.* En el Proyecto de 1964 se establecía expresamente una responsabilidad amplia; la presente ley no contempla el punto.

10.4. *Contralor por el delegante*

El delegante, además de instruir en general la acción del delegado y de expedirle órdenes concretas, puede también revocar sus actos, de oficio o a petición de parte, por razones de legitimidad o de oportunidad, y con la sola limitación de no lesionar los derechos de terceros, de acuerdo con los principios contenidos en los arts. 17 y 18 del decreto-ley.

11. *La avocación*

La avocación es el proceso inverso de la delegación, o sea, que el superior ejerza competencia que corresponde al inferior. Al igual que respecto a la delegación, se sostiene de la avocación que no es legítima salvo que la ley la haya autori-

zado expresamente.[22] En la práctica tampoco es frecuente su aparición, dado que existen otros medios más directos de obtener el mismo resultado: Basta a veces que el superior indique informalmente al inferior cuál es la solución que él consideraría adecuada, para que éste la adopte, con lo cual el superior obtiene la decisión deseada, sin necesidad de intentar avocarse él mismo a lo que era competencia directa del inferior. Por otra parte, dado que usualmente se reconoce al órgano superior la facultad de revisar, de oficio o a petición de las partes interesadas (cuando éstas interponen los recursos pertinentes) el acto producido por el inferior y eventualmente revocarlo o modificarlo, bien se advierte que la importancia práctica de la avocación queda minimizada, ya que, aunque el órgano inferior no adopte la decisión querida por el superior, éste puede de todos modos reformarla posteriormente, obteniendo así el mismo resultado que si hubiera actuado directamente por avocación.

11.1. *Comparación general con la delegación*

Dijimos ya que la avocación, a diferencia de la delegación, consiste en un acto concreto por el cual el superior asume la decisión de una cuestión que corresponde a la competencia del inferior. Así, mientras la delegación supone normalmente el traspaso genérico al inferior de una determinada facultad para resolver situaciones similares, la avocación implica tomar *una sola decisión* del inferior. En otras palabras, cada acto del inferior que decide per se el superior constituye una nueva y distinta avocación, mientras que cada acto que el delegado ejerce en virtud de la delegación no importa una nueva delegación, sino la continuación del ejercicio de la misma ya otorgada anteriormente.

Así, la delegación tiene usualmente efectos continuos hasta tanto sea revocada; la avocación se agota, en cambio, en cada acto concreto en el cual el superior asume una competencia del inferior para resolver determinado caso o situación; una avocación genérica implicaría ya la revocación tácita de la delegación, o incluso una intervención *de facto* al órgano desconcentrado, si éste es el caso.

En la delegación, la competencia es primordialmente del *superior;* en la avocación, la competencia es primordialmente del *inferior;* por ello la primera se ha de interpretar más ampliamente en cuanto a las atribuciones del delegante (para dar instrucciones, órdenes, revocar actos, etc.), que la avocación, en cuanto a las atribuciones del órgano que se avoca. Su procedencia debiera ser más excepcional, y el acto dictado en su consecuencia debiera a su vez tener un mayor control de legitimidad y oportunidad, que el acto del delegante que retoma competencia anteriormente delegada.

Por lo demás, en la avocación el inferior queda liberado de toda responsabilidad, porque la decisión no la toma él, sino el superior.

[22] Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. 2, p. 261 y ss. En contra, Sayagués Laso, *op. cit.*, t. I, p. 223; Marienhoff, *op. cit.*, t. I, p. 549.

11.2. *Procedencia de la avocación*

De acuerdo con la última parte del art. 3°, la avocación "será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario." Por las razones expuestas esto debe interpretarse respectivamente; el artículo debe leerse con la aclaración que ya hemos introducido al principio de la competencia, cuando señalamos que ella podía surgir de una norma expresa "*o razonablemente implícita*." Del mismo modo, entonces, la disposición ha de entenderse en el sentido de que la avocación procede a menos que una norma expresa o *razonablemente implícita* disponga lo contrario. Esto último puede ocurrir cuando la atribución de funciones al inferior ha estado fundada en razones de especialización técnica, mayor imparcialidad, u otros motivos que hagan razonable entender que la intención del legislador fue que esa atribución fuera ejercida primordialmente por el inferior y no en realidad por un superior que en cualquier momento decidiera avocarse al conocimiento y decisión de un asunto de la competencia del inferior.

Por la misma índole de razones, la avocación no procede respecto de competencias descentralizadas, esto es, de actos de entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, etc. En tales situaciones, cabe recordar que ya el art. 97 del reglamento señala que en el caso de los entes autárquicos creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales (¿y no lo son acaso todos, de acuerdo al art. 136 de la ley de contabilidad?), el recurso de alzada para ante el Poder Ejecutivo procede solamente por motivos de legitimidad. Este principio, ya existente en la doctrina y práctica anteriores a la ley, reitera de todos modos el criterio de la menor atribución del Poder Ejecutivo tratándose de control sobre entes descentralizados.

Por ello, la avocación procede respecto de competencias *descentradas* dentro del ámbito de una misma persona jurídica estatal, pero no es procedente respecto de competencias *descentralizadas* en entes dotados de personalidad jurídica propia, sin perjuicio de que las autoridades superiores del ente se avoquen a la decisión de asuntos pertinentes a competencias desconcentradas dentro del propio ente.

11.3. *Conclusiones comparativas*

De lo que antecede resulta:

1°) La delegación debe estar autorizada previamente por una ley o reglamento, y se efectúa por un reglamento o un acto administrativo; el delegado puede recién, entonces, ejercer la facultad delegada.

2°) La avocación procede aunque no haya norma expresa que la autorice y salvo que una norma legal o reglamentaria —en forma expresa o razonablemente implícita— la excluya.

3°) La avocación procede respecto de facultades que son *propias del inferior* por desconcentración, mientras que la delegación procede respecto de facultades *propias del superior.*

4°) Consecuentemente, es mayor la atribución del superior en el caso de la delegación que en el caso de la avocación; tanto para dar instrucciones generales, como para revocar los actos del inferior o dictar actos nuevos. En el caso de las órdenes concretas, ellas proceden en la delegación pero no en la desconcentración, sin perjuicio de la facultad del superior de revocar los actos del inferior cuando ellos son impugnados por los interesados.

5°) La responsabilidad del delegado coexiste con la del delegante, sin perjuicio de que se pueda interpretar en forma restringida la responsabilidad del último; la responsabilidad del inferior, en cambio, desaparece en el caso de la avocación, pues en tal situación el acto es dictado directamente por el superior, quien asume plena y exclusiva responsabilidad del mismo.

6°) La avocación puede proceder respecto de facultades desconcentradas, de acuerdo al decreto-ley, salvo que una norma la excluya. En el decreto 1.759/72 se *excluye* la avocación en forma general y expresa respecto de toda atribución otorgada en forma exclusiva al inferior, fórmula dentro de la cual queda comprendida la desconcentración. Solamente el Poder Ejecutivo mismo queda *prima facie* autorizado a avocarse, pero tal caso tendrá aún la limitación de que una norma en forma expresa o implícita no haya otorgado competencia *exclusiva* al inferior.

12. *La jerarquía*

La jerarquía es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción.[23]

12.1. La primera característica de la jerarquía es que se trata de una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo, y no entre distintos *sujetos* administrativos; se distingue así pues, el poder jerárquico del *control administrativo* (también llamado, en la doctrina francesa, "tutela administrativa"), en que este último se da entre *sujetos* de la administración, mientras que aquél se da entre órganos de un mismo sujeto. De este modo el "poder jerárquico" funciona cuando hay *centralización, desconcentración* o *delegación* y el "control administrativo" únicamente cuando existe *descentralización.*

12.2. La relación jerárquica existe siempre que, *a)* haya superioridad de grado en la línea de competencia, y, al mismo tiempo, *b)* igual competencia en razón de la materia entre el *órgano* superior y el inferior; cumplidos esos dos requisitos, está dada la relación jerárquica. Esta es la clásica organización administrativa

[23] Ver Sayagués Laso, *op. cit.*, t. I, p. 214 y ss.; Trevijano Fos, *op. cit.*, p. 208 y ss.

"lineal," con una dirección en estricta línea jerárquica directa; en cambio, modernamente se propugna el sistema de "doble o múltiple comando," en el cual se admite la relación de jerarquía, a efectos de dar órdenes a los inferiores, no sólo por parte de los superiores jerárquicos directos que tienen igual competencia en razón de la materia, sino también por parte de otros superiores jerárquicos, siempre, desde luego, que las órdenes se refieran a las tareas propias del inferior. Con todo, pareciera que este sistema no puede entenderse en funcionamiento a menos que una norma administrativa (no necesariamente *legal)* lo instituya.

La relación jerárquica, de todos modos, no existe con referencia a un ente descentralizado; como excepción a este criterio podría mencionarse el caso en que el Poder Ejecutivo hubiera delegado alguna atribución específica a un ente autárquico, además de las atribuciones propias: Con respecto a esa delegación existiría en verdad una relación jerárquica. Fuera de esta hipótesis de excepción, el ente descentralizado no está sometido a la jerarquía de la administración central, sino al contralor administrativo, y aún entonces, depende sólo del Poder Ejecutivo, no de los ministros o secretarios de Estado pertinentes.[24]

12.3. Por tratarse de una relación entre *órganos* (los cuales a su vez están referidos a un conjunto de competencias), la jerarquía no coincide necesariamente con la posición escalafonaria del funcionario, pues puede ocurrir que un funcionario de categoría inferior cubra temporalmente un órgano que a su vez tiene jerarquía sobre otros funcionarios de igual o superior categoría al primero, caso en el cual existiría subordinación jerárquica de éstos hacia aquél, a pesar de su superioridad escalafonaria.[25]

12.4. La jerarquía es un poder que se da de manera total y constante, es de principio y existe siempre aunque ninguna norma lo establezca expresamente; está dado *jure propio* como una característica natural a todo órgano administrativo. El control administrativo, en cambio, es más bien de excepción y generalmente se sostiene que, salvo ciertos aspectos que usualmente comprende, sólo existe en la medida en que alguna norma jurídica lo establezca expresamente.

12.5. Mientras que el poder jerárquico abarca la totalidad de la actividad del inferior, el control administrativo del Poder Ejecutivo sobre los entes descentralizados sólo abarca parte de su actividad. Esta diferencia se manifiesta, por ejemplo, en que el poder jerárquico permite controlar tanto la *legitimidad* (conformación

[24] Ampliar en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, cap. XIII, p. 453 y ss. Esta solución clásica que exponemos en el texto puede, con todo, estar destinada a sufrir modificaciones. En efecto, el recurso de alzada contra los actos de entes descentralizados, que siempre correspondió resolver al Poder Ejecutivo, se decide a partir del decreto 1.744/73 (B. O. 10-X-1973) por el Ministro del ramo y no por el Poder Ejecutivo. Esta modificación, que no parece ser destinada a recibir objeciones de inconstitucionalidad, puede marcar el comienzo de una nueva orientación en cuanto al alcance de las atribuciones ministeriales sobre los entes descentralizados.

[25] Trevijano Fos, *op. cit.*, p. 218.

con el ordenamiento jurídico) como la *oportunidad* (conveniencia, mérito) de la actuación del inferior: El contralor administrativo permite revisar únicamente la *legitimidad* de la acción del ente descentralizado.[26]

12.6. Como consecuencia de lo anterior, ha podido también sostenerse que en caso de duda debe presumirse que el superior jerárquico *tiene* facultades sobre el órgano inferior; en el caso del control administrativo, en cambio, en caso de duda *no se presume* la atribución del sujeto controlante.

12.7. En la relación jerárquica existe siempre, salvo que una norma expresa disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir contra los actos del inferior ante el superior, mediante el llamado —precisamente— "recurso *jerárquico*;" en la relación de control administrativo, en cambio, la posibilidad de recurrir está más limitada, y dado que no existe propiamente relación de jerarquía, el recurso se denomina en tal caso "recurso de alzada," que es de alcance más reducido.[27]

12.8. Finalmente, tanto la jerarquía como el control administrativo *coinciden* en que, por ser en esencia una relación de *superioridad* de uno sobre otros comprenden:

12.8.1. La facultad de que el superior dirija e impulse la acción del inferior.

12.8.2. La posibilidad de dictar normas de carácter general regulando la acción del inferior; en el caso del poder jerárquico, estas normas pueden ser reglamentaciones generales aplicables también directamente a los administrados ("externas") o meras reglamentaciones internas, no aplicables sino a los órganos. (Instrucciones, circulares de servicio, etc.) En el contralor administrativo, en cambio, habitualmente pueden dictarse reglamentaciones externas, aplicables al ente en su relación con los particulares; el dictado de normas internas para los entes descentralizados, por parte de la administración central, es más bien excepcional.

12.8.3. La facultad de controlar la actividad del inferior, con el alcance señalado en 12.5 y 12.7.

12.8.4. La facultad de resolver los conflictos de competencia que se produzcan entre los inferiores, sean ellos órganos internos de la misma administración central (poder jerárquico) o entes descentralizados en conflictos entre sí o con la administración central. (Control administrativo.)

12.8.5. La facultad de *intervenir* al inferior; esta facultad se da con mayor amplitud (en cuanto a su procedencia, duración y facultades del interventor) en la jerarquía, que en el control administrativo.

[26] Ampliar en nuestra *Introducción*, *op. cit.*, p. 321 y ss., y *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 468 y ss.

[27] Sobre estos aspectos, ampliar en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 467 y ss., y decreto 1.759/72, art. 97.

Capítulo VI

ENTES PÚBLICOS

Sumario

1. Concepto de centralización, desconcentración y descentralización..... 185
2. Autonomía y autarquía 185
3. Caracteres de los entes estatales descentralizados 186
4. Entes estatales y entes públicos 189
4.1. Entes públicos no estatales 189
4.2. No hay entes estatales privados 190
5. Criterio para determinar si un ente es público o privado 191
6. Criterio para determinar si un ente es estatal o no..... 193
7. La prevalencia del derecho público sobre el privado 193
8. Complementos imprescindibles de la descentralización 193
9. Conveniencia y peligro de la descentralización..... 195
10. Distintos tipos de descentralización 196
10.1. Entidades públicas estatales..... 196
10.1.1. Administrativas..... 197
10.1.2. Comerciales o industriales..... 197
10.2. Entidades no estatales 200
10.2.1. Con participación estatal 200
10.2.2. Sin participación estatal 202
10.3. Entidades privadas..... 203
10.3.1. Con participación estatal 203
10.3.2. Sin participación estatal 204
11. Gráfico comparativo..... 206

Capítulo VI

ENTES PÚBLICOS

1. *Concepto de centralización, desconcentración y descentralización*

La *centralización* implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración; la *desconcentración*, que se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal; la *descentralización*, que la competencia se ha atribuido a un nuevo ente separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente.

2. *Autonomía y autarquía*

Tradicionalmente se distinguen dos conceptos escalonados: "Autarquía" y "autonomía:"

a) "Autarquía" significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para *administrarse a sí mismo*;

b) la "autonomía" agregaría a la característica anterior la capacidad para *dictarse sus propias normas*, dentro del marco normativo general dado por un ente superior.[1]

De tal manera, el Estado sería soberano, las provincias autónomas, y los municipios y demás entes descentralizados autárquicos. Como es conocido, hay quienes discuten si las comunas en vez de autárquicas son autónomas, y si lo mismo ocurre con otras entidades, etc.; pero en realidad tales discusiones care-

[1] Así Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 249 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 371; García Trevijano Fos, José Antonio, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, p. 232 y ss., etc. En realidad, hay muy variados criterios para intentar una distinción entre "autonomía" y "autarquía," pero todos ellos son sumamente imprecisos, como se advierte en la crítica que les hace Virga, Pietro, *La regione*, Milán, 1949, p. 3 y ss.

cen, a nuestro juicio, de base científica, pues esa división no es verdaderamente precisa ni, por ende, correcta. Adviértase que cuando se dice que la *autonomía* implica la posibilidad de *darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior,* tal definición abarca no sólo a las provincias, sino también a los entes autárquicos, pues éstos, dentro del marco de sus estatutos, *también se dictan sus propias normas;* dicho de otra manera, la autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse a sí mismo, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento. (Dentro, por supuesto, de lo establecido por las leyes y reglamentos que le hayan sido dados por el Estado a través de sus órganos.) Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas "autarquía" y "autonomía," sino que existiría a lo sumo una diferencia grado, de matices,[2] que torna, en consecuencia, ociosa toda discusión acerca de la naturaleza "autárquica" o "autónoma" de un ente determinado. Muchos autores suprimen por ello la denominación de "ente autárquico" y hablan directamente de "ente autónomo"[3] o viceversa, en rigor de verdad, pues, habría que entender que autarquía y autonomía significan más o menos lo mismo y pueden usarse indistintamente, como sinónimos. Por nuestra parte, prescindiremos del uso del término "autonomía" y utilizaremos sólo el de "autarquía."[4]

3. *Caracteres de los entes estatales descentralizados*

Todos los entes estatales descentralizados. (Entes autárquicos, empresas del Estado o empresas nacionalizadas, etc.) tienen algunas características básicas comunes. Ellas son:

3.1. *Tienen personalidad jurídica propia,* esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.

3.2. *Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos,* o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o, por fin, los han recibido en el momento de su

[2] Ya que si bien las provincias, por ejemplo, dictan más normas propias que los demás entes descentralizados, están, no obstante, igualmente constreñidas por un marco normativo superior, que es el conjunto de la Constitución nacional, los tratados internacionales y las demás leyes nacionales. De tal modo, tanto la "autonomía" provincial como la "autarquía" de las demás entidades *participarían de la característica común de dictarse sus propias normas, pero bajo un orden jurídico superior* que limita el campo en que ellas pueden ser producidas; siendo ello así, la distinción sólo podría basarse en la mayor o menor cantidad de normas que el ente puede dictarse, lo que le quita base científica y también justificación práctica, al menos en nuestro país.

[3] Así Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 252, quien, al igual que gran parte de la doctrina extranjera, prefiere usar solamente el término "ente autónomo."

[4] Esta elección la hacemos no tanto por razones técnicas, pues de acuerdo a lo dicho ellas tal vez no existirían, sino porque se trata del vocablo más usual entre nosotros.

creación aunque después se manejan exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.[5]

3.3. *Su patrimonio es estatal,* o, dicho de otra manera, estas entidades son de "propiedad" del Estado, en el sentido de que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como si fueran propios. Si bien, pues, el ente aparece formalmente como el "propietario" de sus propios bienes, en rigor de verdad, por la razón preindicada, resulta serlo el Estado general.[6] Esta es, al mismo tiempo, la nota distintiva entre las entidades estatales y no estatales; en las últimas, como es obvio, el Estado no puede disponer de los fondos como le plazca en caso de disolución, sino que ellos deben reintegrarse a sus respectivos propietarios.[7]

3.4. *Tienen capacidad de administrarse a sí mismos:* Es una consecuencia lógica de las características anteriores, y constituye uno de los datos administrativos típicos de la descentralización; es la asignación de competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente, sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos por sus estatutos.[8]

3.5. *Son creados por el Estado,* aunque se discute si el medio idóneo para la creación de los mismos es una ley formal o un Decreto del Poder Ejecutivo.[9] De

[5] No creemos que corresponda decir que además de tener personalidad jurídica propia, los entes descentralizados deban tener "patrimonio" (como lo sostienen algunos autores: Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, p. 183; Marienhoff, *op. cit.*, p. 375), pues de acuerdo a los conceptos usualmente aceptados el tener personalidad jurídica (o sea, el ser sujeto de derecho) *supone necesariamente contar con un patrimonio*, ya que patrimonio no es sino un conjunto de derechos y deberes, que sigue siendo tal inclino aunque su titular tenga un pasivo. Por ello, al afirmar que el ente debe tener personalidad jurídica, *ya está incluido el que también tendrá un patrimonio*, en sentido jurídico.

[6] En sentido similar, CSJN, *Fallos*, 252: 380; Marienhoff, *op. cit.*, pp. 443-4.

[7] Sobre si esto es o no el criterio que debe utilizarse para distinguir las entidades estatales de las no estatales, no hay acuerdo en doctrina. Lo que aquí exponemos, y sobre lo que volveremos más adelante, no concuerda con la doctrina dominante. Una crítica a nuestra concepción puede verse en Cassagne, Juan Carlos, "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran," *LL*, 143: 1172 y ss.

[8] En rigor de verdad, esta característica podría considerarse comprendida en la primera, pues no se concebiría el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad sin que ello significara también una cierta capacidad de autoadministración; lo incluimos acá sólo con la finalidad de destacarlo más, pues al fin de cuenta es esta capacidad de administrarse a sí misma la característica y la finalidad primordial de la descentralización. Usamos aquí los términos capacidad y competencia en sentido lato.

[9] En la segunda opinión se destaca Marienhoff, *op. cit.*, p. 383 y ss.; ha seguido su criterio Bidart Campos, Germán, *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 760; en la primera opinión puede recordarse a Bielsa, *op. cit.*, p. 247; Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, p. 185, aunque en su prólogo a la obra de Marienhoff adhiere a su opinión; Luqui, Juan Carlos, "División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina," *LL,* 107: 1045, nota 8; es también el criterio que expusimos en nuestro trabajo, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 111.

acuerdo con la ley de contabilidad, la regla es que deben ser creados por ley,[10] excepto las empresas del Estado que pueden ser creadas por Decreto.[11]

3.6. *Están sometidas al control de la administración central:* Esto supone al mismo tiempo que no puede admitirse la total independencia del ente (ya que su actividad debe necesariamente coordinarse con el resto de la actividad estatal), ni tampoco un control demasiado rígido, que frustre en la práctica la finalidad perseguida al crearlo. El ámbito y la extensión del control es sumamente variable según el país y el tipo de ente descentralizado de que se trate, pero pueden señalarse algunos trazos usualmente comunes:

3.6.1. Control del presupuesto (autorización o aprobación);

3.6.2. Control de la inversión, a través de los organismos específicos. (Tribunal de Cuentas, Contaduría, etc.)

3.6.3. Designación del personal directivo del ente. (O sea, su presidente y directorio; el resto del personal lo nombra el presidente, el directorio o el gerente general, etc.)

3.6.4. Control de los actos, cuando los terceros afectados por ellos interponen los recursos que autoriza el ordenamiento jurídico, y eventualmente revocación o reforma de los mismos.

3.6.5. Excepcionalmente, en casos graves, se admite la facultad de intervención.[12]

3.7. En sus relaciones con la administración central y otros entes estatales se rigen invariablemente por el derecho público; en sus relaciones con los particulares pueden regirse a veces parcialmente por el derecho privado, especialmente en el caso de realizar ciertas actividades comerciales o industriales.

3.8. *Fin.* No creemos que pueda agregarse como característica esencial de las entidades estatales descentralizadas el que éstas persigan *un fin público,* entendiéndole por oposición a "actividad comercial o industrial," pues si bien es cierto que tal característica responde a las ideas tradicionales acerca de lo que debe ser el Estado y sus fines, no debe olvidarse que tal opinión no parece ya responder a la realidad de un Estado moderno que no se limite a realizar sus clásicas actividades, sino que también ha invadido, para bien o para mal, muchas tareas que parecían reservadas a los particulares. La realidad es que hoy el Estado realiza

[10] El art. 136, segunda parte, de la ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56), expresa: "El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional."

[11] En efecto, la ley 13.653, modificada por la 14.380 y la 15.023, dispone: "El Poder Ejecutivo queda facultado para constituir empresas del Estado con los servicios actualmente a su cargo y que, por su naturaleza, están comprendidos dentro de la presente ley."

[12] Ver, por ejemplo, BIELSA, *op. cit.*, t. I, p. 271; nuestro *Proyecto* de 1964, arts. 75-83; ley 3.909 de la provincia de Mendoza, arts. 23-27; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 50.

también ciertas actividades comerciales o industriales, y no por eso habremos de decir que no es el Estado el que lo hace: Podremos a lo sumo decir que no es el Estado que clásicamente conocíamos, pero nada más.

En consecuencia, no podemos caracterizar en forma genérica a los entes estatales descentralizados como portadores única y exclusivamente de fines administrativos, sino que debemos admitir la posibilidad de que de hecho efectúen actividades comerciales o industriales. (Sin que esto importe decir, repetimos, que eso esté bien: Se trata simplemente de un hecho fácilmente constatable y lo suficientemente generalizado como para deber ser tenido en cuenta.) Por todo ello, no debemos agregar ninguna característica específica en cuanto al fin que persiguen las entidades estatales descentralizadas, pues éstos pueden ser variados.[13]

4. *Entes estatales y entes públicos*

4.1. *Entes públicos no estatales*

Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de "entes públicos" y "entes estatales" como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a SAYAGUÉS LASO, quien expresa: "La doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal: En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podía ser pública. En definitiva: Público y estatal venía a ser la misma cosa." "El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público...,"[14] "... personas colectivas que indudablemente *no son estatales*, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público. El ejemplo más

[13] Comparar BIELSA, *op. cit.*, p. 246; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 183; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 376, quienes incluyen el elemento "fin público" como característico de la autarquía. En general, estimamos nosotros que el elemento "fin público" o similares, en una noción jurídica, no hace sino otorgarle imprecisión e introducir dudas acerca de su exacto alcance, por lo que también lo hemos suprimido en otros conceptos, tales como el "servicio público" y "contrato de obra pública." Sobre esto ver, respectivamente, nuestra obra, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 39 y ss.; "Obra pública y contrato de obra pública," en la revista *Rassegna dei Lavori Publici*, Roma, 1960, n° 5, párrafo II.

[14] SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 175.

típico de esa clase de instituciones lo constituyen los Colegios de Abogados y otras órdenes profesionales, cuando han sido creados y organizados por ley."[15]

4.2. *No hay entes estatales privados*

Tenemos así entonces que las personas o entes públicos (esto es, regidos total o parcialmente por el derecho público) pueden o no ser estatales. (Y en esto nos apartamos, pues, de la doctrina tradicional, siguiendo a SAYAGUÉS LASO.) Sin embargo, creemos que no puede darse la hipótesis inversa: O sea, no puede admitirse que las personas estatales puedan ser indistintamente personas de derecho público o de derecho privado. Se opone a ello la doctrina moderna en materia de personalidad y doble personalidad del Estado, la cual señala que "el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos."[16]

Esta doctrina de la personalidad única del Estado, admitida hoy sin discusión en el derecho público moderno con referencia al Estado central, es, a nuestro juicio, enteramente aplicable a todas sus entidades descentralizadas: Éstas, por el solo hecho de formar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar en alguna medida regidas por el derecho privado: Ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etc., estará siempre regido por el derecho público, y sólo podrá quedar para el derecho privado lo referente al contenido de sus actos o contratos. Concluimos entonces en que todas las entidades estatales son siempre públicas, aunque puedan en ciertos casos, según veremos, estar parcialmente regidas por el derecho privado. En este sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación, refiriéndose a entidades autárquicas y empresas del Estado: "... no debe interpretarse... que al actuar en la esfera del derecho privado las entidades autárquicas pierdan, por ello, su personalidad jurídica de derecho público, que

[15] *Op. cit.*, p. 174.

[16] PENA, VARELA, y otros, en el informe de la Comisión que proyectó un código Contencioso administrativo para el Uruguay, citado en SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 161, nota. La doctrina tradicional hablaba de una "doble personalidad del Estado" (BIELSA, *op. cit.*, p. 215 y ss.), pero la mayoría de la doctrina moderna niega esta supuesta doble personalidad del Estado y se pronuncia por la personalidad única: VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, pp. 161-3; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales del derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1942, p. 127; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 362 y sus referencias; GORDILLO, AGUSTÍN A., *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, cap. II, p. 22 y ss.; ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 131; CANASI, JOSÉ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1972, p. 200; DROMI *Instituciones de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

es la única sin desdoblamiento que poseen y que no les impide en absoluto adquirir derechos y contraer obligaciones que estarán regidos, según corresponda, por el derecho público o por el derecho privado."[17] Creemos por ello discutible, en principio, el criterio de quienes admiten la posible existencia de entes estatales privados.[18]

Las afirmaciones que estamos realizando no son de carácter dogmático, ni tienen pretensiones de permanencia: Por el contrario, intentan recoger la experiencia del derecho administrativo argentino, que en el conjunto se muestra reacio a admitir el funcionamiento de personas estatales bajo un régimen jurídico privado. Así se advierte con las empresas del Estado, que en su creación bajo la ley 13.653 se regían en buena medida por el derecho privado, pero a las que luego por la ley 15.023 se les declaró de aplicación supletoria las leyes de obras públicas y de contabilidad. De igual modo, las sociedades anónimas del Estado con participación estatal "mayoritaria" (en la práctica, exclusiva), creadas primero por el decreto-ley 17.318 y luego modificadas por el decreto-ley 19.550, se ubicaron *prima facie* en el Código de Comercio, pero luego les fueron aplicadas diversas normas especiales de derecho público. (Obligación de abrir sus cuentas corrientes en instituciones bancarias oficiales, etc.) De tal modo, si bien en un determinado momento histórico podemos encontrar personas estatales bajo un régimen privado, debemos admitir que ello sólo es contingente y temporario: La tendencia general es a volver a incluirlas dentro del derecho público, con el correr del tiempo y la modificación legislativa posterior.

5. *Criterio para determinar si un ente es público o privado*

Según lo vimos, toda vez que establezcamos que un determinado ente es estatal, la solución es fácil: Necesariamente es también un ente público; sin embargo, el problema se plantea en el caso inverso: ¿Cómo se determina si un ente no estatal es público o privado?

[17] *Dictámenes*, 90: 169 y ss. En igual sentido, 84: 133: "La expresión «como persona de derecho privado...» no es aceptable, pues ello implica que la entidad en cuestión también podría actuar «como persona de derecho público,» lo que, en definitiva, equivaldría a aceptar la doble personalidad del Estado: Como persona de derecho público y como persona de derecho privado. Esta posición, si bien antaño —por razones más bien utilitarias— fue auspiciada por un sector de tratadistas, hoy está abandonada por la doctrina predominante, la cual sólo le reconoce al Estado —y entidades autárquicas— una personalidad *única* que bien puede desenvolverse en el campo del derecho público o en el campo del derecho privado, según las circunstancias."

[18] Nos apartamos así de SAYAGUÉS LASO, *Distinción entre personas públicas y privadas*, *cit.*, p. 17 y ss.; comparar MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 433, quien refiriéndose a las empresas del Estado les reconoce carácter de públicas, pero no de estatales, a la par que SAYAGUÉS LASO les reconocería aparentemente el carácter de estatales, pero no el de públicas; a nuestro juicio son estatales y públicas al mismo tiempo, siguiendo en esto a la Procuración del Tesoro; reiteramos que si bien puede darse el caso de personas públicas no estatales, no nos parece posible que pueda fácilmente darse la existencia de personas estatales privadas, pura y simplemente. El caso más cercano a la hipótesis de un ente estatal regido por el derecho privado lo encontramos en materia de sociedades del Estado.

Al respecto son aplicables los mismos criterios usados por la doctrina corriente (incluso aquélla que no distingue propiamente entre entidad estatal y entidad pública), con la aclaración de que ninguno de ellos es absolutamente decisivo de por sí, sino que constituyen rasgos que, tomados en conjunto, darán una pauta aproximada acerca del posible carácter público o privado de la entidad.[19]

5.1. Cuando el ente es creado especialmente por una ley, es casi seguro que se trata de un ente público; sólo muy excepcionalmente pueden encontrarse con el derecho comparado casos aislados en que un ente creado por una ley constituyente a pesar de ello una entidad privada; dado que se trata de excepciones, pues, podemos formular la regla de que todo ente creado por ley debe ser considerado de naturaleza pública; lo mismo ocurre, por cierto, si la propia ley le asigna a una entidad carácter público en forma expresa: Es lo que ocurre con el art. 33 del Código Civil, que establece que tienen carácter público el Estado, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas. Pero, por cierto, la falta de inclusión dentro de la enumeración de personas públicas del Código Civil no tiene trascendencia jurídica, por tratarse de una mera enunciación no taxativa efectuada en un código de derecho *privado,* ajeno por razón de la materia al objeto propio del derecho público: Será el derecho público, en consecuencia, el que determinará en definitiva cuáles son las entidades que integran o se incorporan a su régimen normativo.

5.2. Un elemento de juicio importante, aunque no decisivo, es también el fin que persigue la entidad, según se trate de un fin de utilidad general o no.

5.3. También es muy importante, y frecuentemente decisivo, el que la entidad tenga potestades públicas no usuales dentro de las personas públicas; si bien la ausencia de potestades públicas no puede ser suficiente para decir que una entidad determinada es privada, la presencia de tales potestades (p. ej., de imponer tributos, tasas, etc., a los administrados; de expropiar, de asociar compulsivamente a los miembros de la profesión de que se trate y ejercer poder disciplinario sobre ellos; la existencia de recursos "contencioso-administrativos," lo que presupone que la entidad dicta actos en cierta manera públicos, etc.) es un índice casi seguro de que la entidad es pública.

5.4. Otro dato a tenerse en cuenta, aunque de por sí no sea determinante totalmente del carácter de la entidad, es el grado de control del Estado sobre ella. Cuando el control es muy intenso (particularmente, si es el Estado central quien

[19] SAYAGUÉS LASO, artículo citado; SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, t. II, Santiago, 1961, p. 150 y ss.; RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, París, 1970, pp. 424 y 425. Como señala este último autor: "Ningún criterio ha parecido, por sí solo, absolutamente determinante... Pero la convergencia, en el estatuto de un establecimiento, de varios de estos elementos —de los cuales ninguno, aislado es un criterio certero— permite determinar su pertenencia a la categoría de establecimientos públicos o a la de establecimientos de utilidad pública. Es este método fundado sobre el *examen global del estatuto*, el que utiliza la jurisprudencia." *(Op. loc. cit.)*

designa a los funcionarios directivos de la entidad; en menor grado, si tiene facultades de autorización o aprobación para determinados actos fundamentales a la entidad; en menor grado aún, si tiene facultades de intervención, veto, revisión en recurso de alzada de sus actos, control contable, etc.) puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública. En realidad, esto último es poco menos que tautológico, porque tal control es de naturaleza indiscutiblemente pública, y, por lo tanto, si hay mucho control, entonces hay iguales partes de la actividad del ente que están sometidas al derecho público, con lo que se llega necesariamente a la conclusión de que la entidad ha de ser indudablemente pública por dicha intromisión del derecho público.[20]

6. *Criterio para determinar si un ente es estatal o no*

Algunos autores aplican esos mismos criterios para determinar si un ente es estatal o no; otros, si bien no los aplican estrictamente, los toman en cuenta como dato general. Por nuestra parte, creemos que tales criterios son *totalmente inaplicables,* y que la distinción sólo puede basarse racionalmente en un único y exclusivo carácter: Si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado, y en otras partes a personas privadas, entonces no puede darse al ente el carácter de estatal: Será, pues, una sociedad de economía mixta, o una sociedad anónima de capitales mixtos, etcétera.

7. *La prevalencia del derecho público sobre el privado*

De lo antedicho se desprende, en conjunto, una neta prevalencia del derecho público sobre el derecho privado: Mientras que un ente *estatal* sigue siendo *público* a pesar de estar parcialmente regido por el derecho privado, un ente *no estatal*, que en principio pudiera ser considerado privado, debe ser considerado un ente *público* cuando está regido por el derecho público en una medida importante. Hay en esto, tal vez, una cierta inconsecuencia, ya que también pudiera haberse dicho, en un plano estrictamente lógico, que el ente no estatal debiera seguir siendo privado a pesar de que se le aplicara parcialmente el derecho público; pero esa aparente inconsecuencia, que no es tal, es producto de la creciente invasión del derecho público sobre el privado, que ha determinado su prevalencia en casos de conflicto.

8. *Complementos imprescindibles de la descentralización*

Pero no sólo es necesario conocer el tipo de descentralización que resulta adecuado; es necesario también tener presente que el acto de descentralización no es por sí solo solución automática de las finalidades que con ella se persiguen (descon-

[20] Para estos y otros criterios, ver Sayagués Laso, *art. cit.*, p. 24; Silva Cimma, *op. loc. cit.*; Rivero, *op. loc. cit.*; Connois, René, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, París, 1959, p. 34 y ss.; Drago, Roland, *Les crises de la notion d'établissement public*, París, 1950.

gestionar los órganos superiores del Estado; acercar la actividad en cuestión a la comunidad; crear un organismo más especializado y tecnificado en la materia de que se trata, etc.), sino que es ineludible complementarlo con ciertas medidas que, de no tomarse, lo frustrarán:

8.1. En primer lugar, es necesario crear un organismo flexible, no rígido, y para ello es necesario autorizar expresamente la posibilidad de que todos los órganos puedan *delegar* sus atribuciones en los funcionarios dependientes, bajo la responsabilidad de ambos;

8.2. para darle igualmente flexibilidad operativa, es necesario darle modernas normas de procedimiento administrativo, pues de lo contrario el ente tropezará sobre sí mismo, atado por un formulismo procedimental que lo llevará a la esterilidad;

8.3. para que el ente esté en fácil y continuado contacto con la comunidad, se requiere asimismo que las normas de procedimiento administrativo sirvan efectivamente para encauzar sus pretensiones, reclamos y sugerencias, y sean lo suficientemente informales y prudentes como para no frustrar en la práctica el contacto de los miembros de la colectividad, individualmente considerados, con el organismo;

8.4. para acercar el ente a la comunidad no basta con crearlo como organismo descentralizado, sino que hay que hacer efectiva la participación de la comunidad en el mismo, a través de representantes de ella que participen en la dirección y administración del ente o por lo menos sean regularmente oídos a través de representaciones permanentes;

8.5. para que la descentralización realmente descongestione a los organismos centrales, es necesario que no se trabe su actividad exigiéndoles *autorizaciones* o *aprobaciones* de los organismos centrales para demasiadas cuestiones de su actividad regular;

8.6. la descentralización debe hacerse no sólo verticalmente, sino también horizontalmente, facultando a los organismos locales, en las distintas regiones en que estén llamados a actuar, a decidir por sí mismos dentro de límites amplios. De nada sirve crear un ente descentralizado si éste tendrá su cabeza, por ejemplo, en la Capital Federal, y actuará, no obstante, en regiones distantes del país: En este caso la descentralización es únicamente aparente y no es en modo alguno suficiente para lograr la finalidad requerida;

8.7. la descentralización requiere un alto grado de *coordinación* y planeamiento general de la actividad estatal, a fin de evitar las superposiciones de tareas o trabajos que son tan frecuentes entre los organismos descentralizados, y los conflictos de jurisdicciones a que dan lugar;

8.8. la descentralización funcional no supone necesariamente la creación de un ente nuevo, y debe siempre estudiarse la posibilidad de descentralizar la función considerada, no en un organismo nuevo, sino en alguno de los ya existentes, sea a nivel nacional, provincial o comunal, pues puede ocurrir que la creación del organismo constituya un dispendio de actividad administrativa si esa función hubiera podido ser cumplida satisfactoriamente por otro ente descentralizado;

8.9. la descentralización no siempre es conveniente, como, por ejemplo, si se trata de servicios técnicos en un conglomerado urbano que excede del ámbito de una comuna (por ejemplo: El Gran Buenos Aires), en cuyo caso no tendría sentido que el servicio telefónico, eléctrico, etc., estuviera descentralizado en forma independiente para su prestación en una y otra municipalidad, con la consiguiente duplicación de servicios administrativos, etc. Por ello, la descentralización no debe ser llevada a cualquier extremo, sino que debe evaluarse cuál tipo de descentralización en razón del territorio conviene (si comunal, regional, etc.); en ciertos casos se requerirá tal vez crear entes regionales, distritos urbanos, etcétera, para algunos tipos de descentralización;

8.10. la descentralización debe efectuarse teniendo presente que no únicamente en entidades *estatales* puede descongestionarse la actividad administrativa: Puede ser conveniente descentralizar en una corporación pública (colegios profesionales, cámaras gremiales o comerciales, sindicatos, cooperativas, etc.), a la que se otorgarán determinadas funciones y atribuciones, sin desembolsos del erario público pero con adecuado control; o puede lograrse la finalidad combinando esfuerzos de distintas entidades;

8.11. la descentralización puede ser prematura o excesiva, o en suma inoportuna. "Un ejemplo de excesiva descentralización común y fácil de descubrir es el traspaso de funciones a las autoridades locales que carecen de personal técnico y de los fondos necesarios para llevarlas a cabo. Por consiguiente, la forma y el grado de descentralización debe adaptarse a las circunstancias, incluyendo, en lo que al traspaso de facultades concierne, la voluntad de la población para aceptar y desempeñar responsabilidades."[21]

9. *Conveniencia y peligro de la descentralización*

De lo expuesto se desprende que si bien la descentralización es un elemento primordial y casi infaltable en toda administración moderna, no es tampoco un recurso de fácil uso ni de infalibles resultados. Si no se elige bien el tipo de descentralización con todas las medidas colaterales que requiere, si no se elige el tiempo o el grado oportuno de descentralización, etc., se corre el riesgo no sólo de frustrar la finalidad perseguida, sino incluso de agravar la situación, al arrojar

[21] NACIONES UNIDAS, *Descentralización para el desarrollo nacional y local*, Nueva York, 1963, n° 27.

al medio ambiente un ente burocrático, inerte, inapto, que llena nominalmente una función pero no la cumple o la cumple mal, desprestigiando con la experiencia concreta la bondad del proyecto que lo creó. Y todavía más, una vez creado y organizado el ente, será ya difícil corregirlo integralmente para transformarlo en lo que inicialmente debió ser. La experiencia demuestra que una vez que el personal técnico y administrativo se forma determinada idea de cuáles son las finalidades o las tareas o el modo de realizar las tareas del ente, es muy difícil efectuar cambios demasiado sustanciales sin cambiar al mismo tiempo todo el personal. A su vez, cambiar todo el personal, o cambiar todas las actitudes del personal anterior, no suele poder hacerse sin crear grandes fricciones. La magnitud de estas fricciones y de estas dificultades es más trascendente cuando se trata de un ente descentralizado, porque su personal puede haberse formado a través del tiempo un fuerte sentido gremial o supuestamente institucional, que oponga una resistencia tenaz al cambio.

Todo esto no lleva a la conclusión de que *no* deba descentralizarse, porque es obvio que la maquinaria central no sirve para determinados aspectos de la actividad del Estado, pero sí lleva principalmente a la conclusión de que la descentralización no puede ser utilizada irresponsablemente, sin estudios adecuados, sin darle una estructura adecuada, y sin considerar concienzudamente sus implicancias, su coordinación, su acción; no puede descentralizarse así como así, por el solo hecho de que la misma actividad no ha funcionado bien en la administración central o en la actividad privada: Debe estudiarse el problema de modo tal que la descentralización no resulte aún peor que lo anterior, pues, lo repetimos, la descentralización no es una fórmula mágica que por sí sola solucione todos los problemas tradicionales de la administración.

10. *Distintos tipos de descentralización*

Hechas las aclaraciones precedentes —a modo de advertencia general que no agota el tema— podemos entrar ahora a efectuar una enumeración general de los distintos tipos de descentralización existentes o posibles.

Es de advertir, con todo, que no todas las formas de descentralización aquí mencionadas se presentan en todos los países, ni se presentan siempre con los mismos caracteres o denominaciones; hay, pues, un margen de variación que hace necesaria una adecuación concreta a las legislaciones pertinentes. No obstante, en líneas generales, el panorama es el siguiente:

10.1. *Entidades públicas estatales*

Ubicamos aquí a las entidades que son íntegramente estatales y, por lo tanto, según lo hemos expuesto, necesariamente públicas. Dentro de éstas es necesario distinguir dos grandes grupos: Aquellas que realizan una actividad administra-

tiva típica, que persiguen un "fin público," en la terminología usual, y aquellas que realizan una actividad comercial o industrial.

10.1.1. *Administrativas*. Las primeras pueden a su vez dividirse en dos subgrupos:

1°) *Entidades estatales administrativas con competencia general:* Son los llamados entes autárquicos "territoriales," o sea, las comunas o municipios, las regiones, distritos urbanos, condados, etc., según el sistema imperante. También se incluyen acá la Nación misma y las provincias.

2°) *Entidades estatales administrativas con competencia especial:* Son los llamados entes autárquicos "institucionales," que prestan *un* servicio o un conjunto de servicios determinados, careciendo de la competencia genérica que caracteriza a las municipalidades. Ejemplos: Universidades, O.S.N., Vialidad Nacional, INTA, INTI, etc.

Las dos especies mencionadas constituyen los llamados "entes autárquicos," que realizan una actividad de tipo administrativo clásico; además de tener personalidad jurídica propia, pues, persiguen un "fin público," y se rigen íntegramente por el derecho público; todos sus agentes son públicos, etc.

10.1.2. *Comerciales o industriales.* El segundo grupo de entes estatales comprende muchas actividades que el Estado moderno ha considerado necesario encarar por sí mismo, bajo un régimen similar al del derecho privado. Estos entes raramente se rigen *íntegramente* por el derecho privado, sin embargo, y se encuentra en ellos, por lo tanto, un sometimiento a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado; sus agentes superiores son a veces considerados "funcionarios públicos" (por ejemplo, en el caso de las empresas del Estado) pero sus obreros y empleados siempre se rigen por el derecho privado.

Encontramos también dos subgrupos:

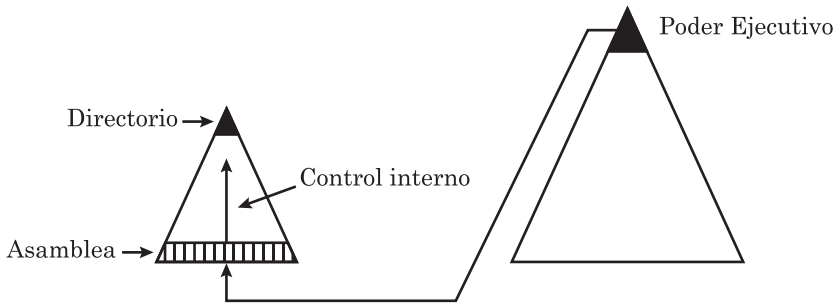
3°) *Empresas del Estado:* En nuestro país el nombre de "empresa del Estado" se aplica tan sólo a las regidas por las leyes 13.653, 14.380 y 15.023, que se caracterizan por tener ese doble régimen con un mayor acento en el derecho público que en el derecho privado, según veremos; tanto es ello así, que se ha podido decir que prácticamente han sido regulados como si fueran entes autárquicos. Con todo, existen varias diferencias entre ambos: El ente autárquico se rige íntegramente por el derecho público, la empresa del Estado no; todos los agentes del ente autárquico son funcionarios o empleados públicos, en la empresa del Estado sólo lo son los funcionarios *superiores;* la ley de contabilidad se aplica íntegramente a los entes autárquicos, pero sólo supletoriamente de sus propios estatutos a las empresas del Estado, etc. Ejemplo: Gas del Estado, Y.P.F., Y.C.F., ENTEL, ENCOTEL, etc.

4°) *Sociedades del Estado:* Llamamos así a las sociedades constituidas bajo las formas del derecho privado (usualmente como sociedades anónimas), pero cuyas acciones están *totalmente* en poder del Estado. Están en su mayor parte sometidas al derecho privado, pero siempre resta algún margen de aplicación del derecho público.[22]

La principal diferencia entre las empresas del Estado y las sociedades del Estado es que las segundas adoptan una forma similar a la de las empresas privadas, mientras que las primeras tienen una forma típicamente estatal. A consecuencia de ello, el control del Estado sobre una sociedad del Estado se realiza *internamente* en la sociedad desde *adentro* de ella, a través de la asamblea de accionistas que estará integrada por los funcionarios de la administración central que concurrirán al efecto munidos del paquete accionario. El nombramiento de los directores de la sociedad lo hará así la propia "asamblea de accionistas" de la sociedad, desde adentro, en un acto de derecho privado.

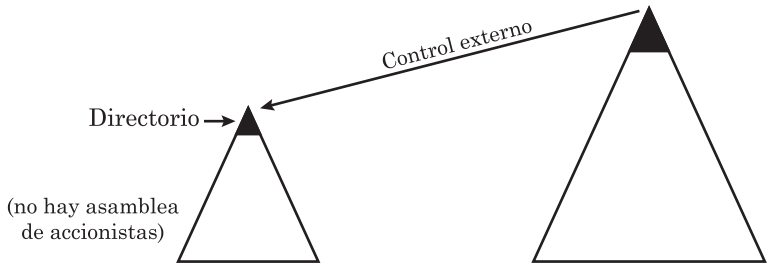
En cambio, en la empresa del Estado el control del Estado sobre ella se realiza *externamente*, desde *afuera* de la empresa, a través de actos estatales típicos, y habrá así, por ejemplo, un decreto del Poder Ejecutivo designando quiénes serán los directores de la empresa, etc. Además, en la empresa del Estado los particulares afectados por sus actos podrán recurrir a la administración central contra aquéllos, suscitando otra vez el control externo del Estado; en cambio, en la sociedad del Estado no cabría tal posibilidad del recurso.

Comparando gráficamente el control del Estado sobre una sociedad del Estado y una empresa del Estado, encontraríamos que en el primer caso tal control se efectúa del siguiente modo:



Mientras que en el segundo control operaría de esta manera:

[22] Ampliar en nuestra obra, *Empresas del Estado*, *op. loc. cit.* Ver también GROISMAN, ENRIQUE I., "Acerca del régimen jurídico aplicable a las sociedades anónimas con capital estatal mayoritario," *LL*, 143: 1204 y ss.



En otro aspecto, la sociedad del Estado *a)* se asemeja a las entidades autárquicas y empresas del Estado en que no participa en ellas capital privado: Son íntegramente estatales; *b)* se diferencia de ellas en que adopta la forma externa de la "sociedad anónima." Hay por lo demás una gradación en la aplicación del derecho público, que es mayor en el ente autárquico, menor en la empresa del Estado y, en principio, mínimo en la sociedad del Estado (con las salvedades hechas *supra*; § 4.2.)

Comparando la sociedad del Estado con la sociedad de economía mixta del decreto-ley 15.349/46, encontramos: *a)* Que en la primera hay solamente capital estatal, *b)* en la segunda capitales estatales y privados.

Por fin, en la confrontación de la sociedad del Estado con la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (decreto-ley 19.550/72, art. 308 y ss.), hallamos: *a)* Que ambas tienen forma de sociedad anónima, y su capital puede estar representado por acciones, *b)* que la primera puede ser "unipersonal," es decir, estar constituida por un solo socio (el Estado), mientras que la segunda requiere siempre la concurrencia de al menos dos socios, aunque ambos sean entidades estatales, *c)* que la primera no admite ninguna participación de capital privado, mientras que la segunda puede legalmente admitir la participación minoritaria de capital privado.

Dado que la idea rectora del sistema de la sociedad del Estado es utilizar la forma jurídica del derecho privado para realizar determinadas actividades económicas del Estado, y que con ella se eliminan las suspicacias que alentaron algunos sectores políticos sobre la posible participación de capital privado en las empresas públicas (crítica que, por ejemplo, se hizo a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria), es posible que en el futuro se produzca un progresivo traspaso de empresas que se encuentran en otros regímenes jurídicos, a éste de las sociedades del Estado.

A su vez, comparando ambos tipos de entes con los entes de tipo administrativo ya mencionados, encontramos que mientras éstos se rigen exclusivamente por el derecho público, los entes comerciales o industriales se rigen en alguna medida por el derecho privado. Dicha medida no es muy importante en las empresas del Estado, que tienen todavía un régimen con mucha incidencia del derecho público, pero es ya mayor en el caso de las sociedades de Estado.

Son asimilables a las sociedades del Estado las llamadas "sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria" (decreto-ley 19.550, arts. 308-314), cuando el capital es enteramente estatal. Ejemplos: Hidronor, S.A.; AFNE, S.A.; TANDANOR; Hierro Patagónico de Sierra Grande, S.A.M.

10.2. *Entidades públicas no estatales*

Entramos ahora a considerar las entidades no estatales (por lo tanto, entidades en las que participan en mayor o menor medida los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de derecho público, son calificadas como "públicas.") Dentro de las personas jurídicas públicas no estatales deben distinguirse las que tienen participación estatal y las que carecen de ella; a su vez, dentro de cada grupo pueden señalarse muchas especies diversas:

10.2.1. *Con participación estatal.* 5°) *Sociedad de economía mixta, con potestades o privilegios públicos.* En nuestro país el nombre de "sociedad de economía mixta" puede aplicarse principalmente a aquellas empresas regidas por la ley 12.962, que establece un régimen especial; ello no significa, sin embargo, que no puedan existir otras formas de sociedad mixta no alcanzadas por dicha ley, pero a las que no se aplicará tal denominación sino otra que se verá.

La distinción más importante entre las sociedades mixtas regidas por la ley 12.962 y otras sociedades en que puede encontrarse simple coparticipación accionaria de capitales del Estado y privados, es que en las primeras la participación estatal es *estatutaria y permanente*, mientras que en las últimas es *accidental e informal;* en las primeras el acta de constitución o la ley o el decreto de creación determinan imperativamente el modo y/o el porcentaje de la participación del Estado en la sociedad, y éste no puede cambiarse sin modificar dicho acto en forma expresa; en las segundas, en cambio, el Estado participa a través de la adquisición de acciones, sin ningún compromiso de seguir integrando en el futuro la sociedad, y puede entonces venderlas en cualquier momento sin afectar la sociedad. Además, en la ley 12.962 el Estado tiene ciertas atribuciones especiales como socio, al par que en una simple adquisición de acciones de cualquier sociedad anónima, el Estado sería un socio más.

La sociedad de economía mixta regida por la ley 12.962 puede tanto perseguir fines públicos típicos, como realizar actividades de índole económica, comercial o industrial (art. 2°.) En el primer caso la sociedad será una *entidad pública no estatal*; *en el segundo* una entidad privada, y como tal la incluimos nuevamente en esta enumeración, más adelante.

6°) *Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.* Estas sociedades requieren, de acuerdo con el decreto-ley 19.550, que por lo menos el 51 por 100 de las acciones sean de propiedad del Estado, quien además designa el directorio. Si bien el art. 311 admite que el Estatuto disponga la designación de uno o más

directores por la minoría, y establece que en caso de que el capital privado alcance el 20 por 100 del capital total los accionistas privados tendrán representación proporcional en el directorio, lo cierto es que la hipótesis no se presenta habitualmente, dada la práctica argentina de constituir bajo este régimen sociedades de capital enteramente estatal, con lo cual no estamos ante una sociedad anónima con participación estatal "mayoritaria," esto es, un tipo de sociedad mixta, sino ante una sociedad exclusivamente del Estado.

De cualquier manera, de acuerdo con la ley, las características salientes serían que la participación es estatutaria (igual que en la ley 12.962), mayoritaria (no necesariamente, en la ley 12.962), y que una sociedad anónima común puede transformarse en una de este régimen si se da la condición de mayoría estatal y una asamblea especialmente convocada al efecto así lo determina, sin oposición expresa de accionista alguno (art. 309), a diferencia de la ley 12.962, en que es necesario modificar el estatuto de la sociedad y de hecho crear una nueva, para transformar una sociedad anónima privada en una sociedad mixta regida por dicha ley.

Por último, cabe recordar, al igual que respecto de las sociedades regidas por la ley 12.962, que las reguladas por el decreto-ley 19.550 serán *públicas* cuando tengan otorgadas por la ley o por el orden jurídico *lato sensu,* potestades o privilegios de derecho público que permitan distinguir su régimen global como perteneciente a dicho ordenamiento; a su vez, si carecieran de tales especiales potestades públicas, lo que es improbable, podrían ser consideradas privadas si son además realmente de capital mixto. Y si son *totalmente de capital estatal,* será inevitable, a corto o mediano plazo, que tales potestades les sean acordadas, según la experiencia lo demuestra, por lo que en tal caso cabe ubicarlas como *públicas estatales.* (*Supra*, caso 4°.)

7°) *Asociaciones dirigidas.* A veces el legislador crea una entidad destinada, por ejemplo, a prestar determinados servicios sociales o asistenciales dentro del gremio del personal de un servicio estatal, y establece una participación estatal en el control y dirección del ente, como asimismo determinadas ventajas o privilegios; son, en la Argentina, las llamadas "obras sociales." Esta clase de entidades, que no son estatales —pues el capital es en parte de los afiliados o asociados—, pero sí públicas (pues tienen un régimen de derecho público), no pueden ser asimiladas a las sociedades de economía mixta, ya que, a pesar de que existe una coparticipación del Estado con particulares, dicha participación estatal no lo es a los fines de actuar conjuntamente en la prestación de determinada actividad o servicio, sino más bien de control, para asegurar la continuidad y permanencia de la institución a pesar de los cambios que pueda sufrir la entidad gremial a la cual sirve.

En otro aspecto, este tipo de entes, a pesar de estar destinados a "afiliados" —lo que sería muy similar a "asociado" o "miembros"— no están constituidos

con criterio asociacional, en cuanto los "afiliados" son meramente receptores o beneficiarios de la actividad del ente, sin participar plenamente en su dirección y administración: Concretamente, las autoridades de la obra social no son nombradas por los "afiliados," sino por el Poder Ejecutivo, lo que quita al ente su carácter corporativo. Por ello se las llama también "asociaciones dirigidas,"[23] lo que las diferencia de las "corporaciones públicas" que también son creadas compulsivamente por la ley, esgrimiendo impositivamente un determinado sector profesional, pero en las que por lo menos la dirección del ente está a cargo exclusivamente de los asociados. En la "asociación dirigida," por el contrario, los miembros son menos *objetos* de las funciones que realiza el ente, y no constituyen *sujetos* que las realicen por su cuenta. Además de las "obras sociales" de los distintos ministerios, pueden citarse las cajas de jubilaciones o cajas nacionales de previsión, de las que la jurisprudencia ha dicho que administran fondos "que constituyen un patrimonio común y exclusivo de los beneficiarios,"[24] lo que las caracteriza como entes *no estatales,* del tipo de asociación dirigida. No obstante, una imperfecta caracterización legislativa hace que se los llame "entes autárquicos," lo que a juicio nuestro es inexacto por las razones señaladas.

10.2.2. *Sin participación estatal.* 8°) *Corporaciones públicas.* Son corporaciones públicas, en general, asociaciones (organizadas en base a la cualidad de miembro o socio de sus integrantes) que han sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos, y sometidas a un régimen de derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de la corporación sobre sus asociados. Hay distintos tipos de corporaciones públicas:

a) Colegios profesionales: Colegios de abogados, colegios médicos, etc., que tienen control de la matrícula, poder disciplinario sobre sus miembros, y asociación compulsiva determinada por la ley; usualmente, con todo, en América latina existen como meras entidades privadas, sin poderes públicos y bajo un régimen de libertad de asociación;

b) Sindicatos, cooperativas, cámaras comerciales o industriales, etc., cuando tienen un régimen de derecho público es necesario destacar que, al igual que en lo

[23] Esta denominación fue usada sobre todo en Alemania, aunque sin hacer por ello una distinción formal frente a las corporaciones públicas no dirigidas; en tal sentido dice FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 622-3, que "al concepto de corporación pública no se opone el que los miembros, como ocurre en las llamadas asociaciones dirigidas, queden excluidos de la administración y del nombramiento de los órganos." Sin embargo, por la total supresión de la libertad de asociación que este tipo de entidad implica, creemos necesario destacarlos como fenómenos aparte. Considérese que ya se discute arduamente si es o no constitucional que el Estado obligue a los particulares a asociarse en determinada institución, aunque dejándoles la libre dirección de su asociación, y se concluirá en que mucho más grave aún es que también se elimine esta última, por lo que mal pueden considerarse situaciones asimilables.

[24] CSJN, *Reyes*, 1959, *Fallos*, 244: 554.

que se refiere a las órdenes o colegios profesionales, estas entidades pueden existir tanto como asociaciones puramente privadas (caso, en el cual no corresponderá incluirlas dentro de las corporaciones públicas), con agremiación libre y en general atribuciones comunes de derecho privado, o estar creadas compulsivamente por el Estado, con afiliación obligatoria y ciertas facultades de poder público: Será en este último caso y de acuerdo, pues, con los criterios diferenciales enunciados al referirnos a la distinción entre personas públicas y privadas, que corresponderá considerarlas "corporaciones públicas."

9°) *Fundaciones e instituciones públicas no estatales.* Son entes similares a los anteriores en cuanto a su carácter público pero no estatal, mas difieren de ellos en que carecen de ese carácter corporativo. (Gremial, asociacional.) Se incluirían aquí la Iglesia, ciertas fundaciones de derecho público (por ejemplo, Fundación Miguel Lillo, tal vez la Fundación Di Tella), etc.

10.3. *Entidades privadas*

10.3.1. *Con participación estatal.* 10°) Participación estatutaria: Sociedades privadas de economía mixta. De acuerdo con lo ya explicado, estas sociedades, cuando no tienen potestades o privilegios públicos sino una actividad comercial o industrial, son personas privadas; las diferenciamos a su vez de otras formas de coparticipación estatal y privada, en que aquí la participación estatal es permanente y continua, y está prevista en los estatutos de la empresa o en la ley de su creación, a diferencia de otras formas accidentales de coparticipación.

11°) *Participación no estatutaria: Tenencia de acciones de sociedades privadas.* Entre las que hemos denominado formas accidentales de coparticipación estatal y privada, está la simple compra de acciones en la Bolsa,[25] de determinada sociedad anónima, por parte del Estado. Este tipo de participación estatal, que por supuesto no está previsto obligatoriamente en los estatutos de la empresa: *a) Es accidental* y por ello se sigue distinguiendo a la empresa de las sociedades mixtas; *b)* a su vez, la participación estatal es sólo *parcial* y por tal razón la empresa se mantiene como entidad *no* estatal; *c)* por fin, la actividad de la empresa continúa siendo su usual ramo comercial o industrial. Con todo, este tipo de participación estatal suele hacer inestable e incierto el destino y la naturaleza de la empresa, pues si el Estado adquiere la totalidad de las acciones, la transforma en una entidad estatal, quedando entonces casi seguramente incorporada al caso 4°, como una sociedad del Estado dedicada a una actividad comercial o industrial, no ya con el clásico fin de lucro, sino más amplios fines de intervencionismo o regulación económica, o de utilidad general.

[25] O su adquisición por otro título traslativo de dominio, por ejemplo expropiación; o como contraprestación de créditos otorgados a la empresa, o en pago de deudas previsionales, impositivas, etc.

10.3.2. *Sin participación estatal.* 12° y 13°) *De interés público.* Es algo difícil determinar si es justificado ubicar aquí una categoría especial de sociedades, que serían privadas y sin participación estatal, pero que de todos modos tendrían una relación de algún modo estrecha con el interés público. Correspondería ubicar aquí a las sociedades cooperativas, a los sindicatos, etc., cuando no tienen ese régimen jurídico integral de derecho público que permita considerarlos corporaciones públicas, a pesar de lo cual es obvio que se diferencian de las demás sociedades comunes del derecho civil o laboral, por afectar de manera más directa al interés público, lo que lleva a un mayor control y reglamentación por parte del Estado, como así también al otorgamiento de ciertos beneficios y privilegios que no se reconocen a las demás entidades privadas. Se incluirían también en este grupo las *public utilities* que conoce el derecho norteamericano y que otros autores llaman "empresas reglamentadas,"[26] refiriéndose a empresas privadas que por afectar (en razón de su actividad: Siderurgia, electricidad, etc.) muy directamente al interés público reciben especial atención y control del Estado, sin llegar sin embargo a tener un régimen predominante de derecho público que permitiera incluirlas en la categoría 8º, como entidades públicas no estatales sin participación estatal; son, pues, entidades meramente *privadas.*

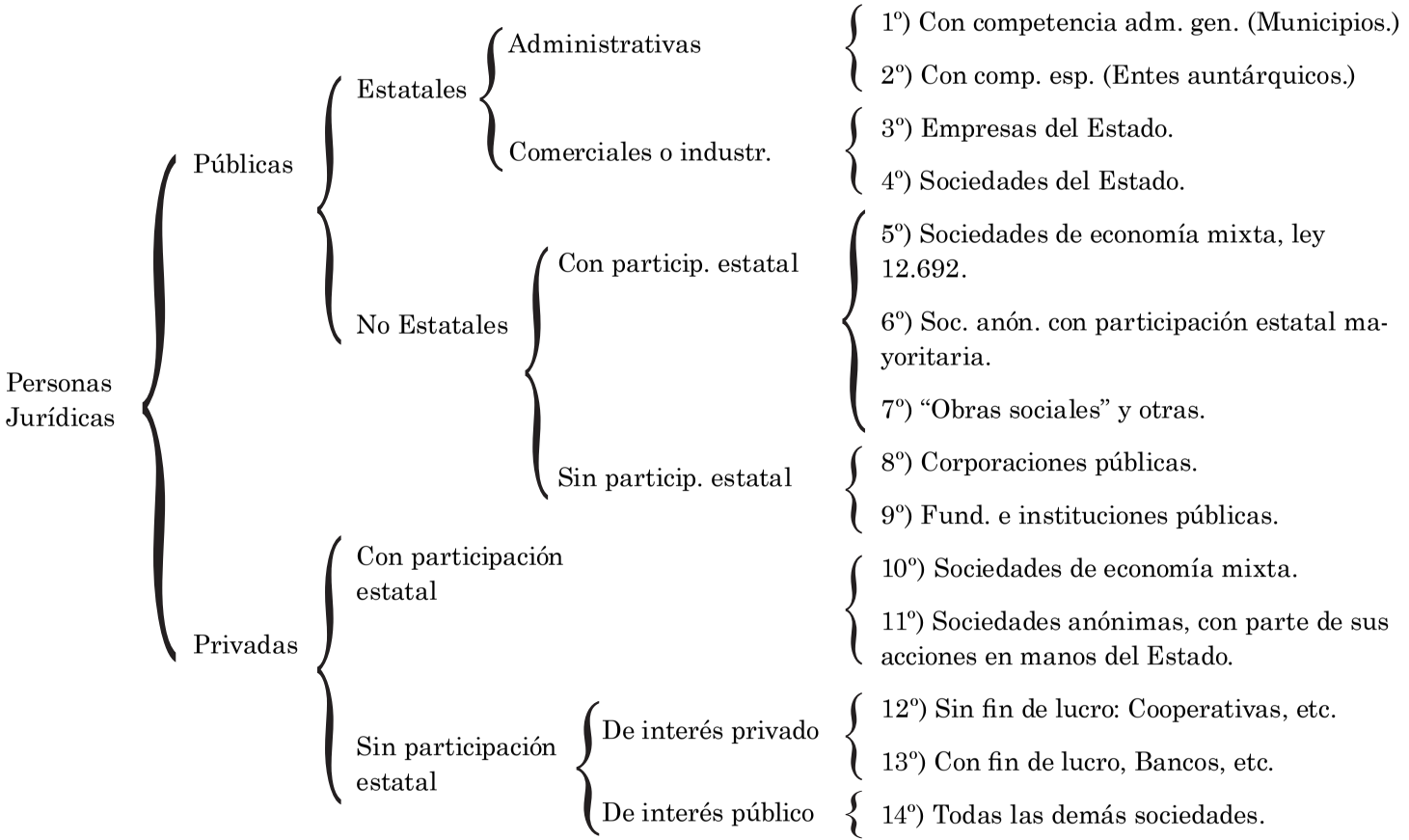
Dentro de estas entidades privadas de interés público, cabe todavía distinguir entre las que no tienen fin de lucro y las que sí lo tienen. 12°) Entre las primeras encontramos las cooperativas, sindicatos, mutualidades, partidos políticos, algunos establecimientos de enseñanza privada (no todos, pues algunos tienen de hecho fin de lucro), y la generalidad de las llamadas asociaciones o entidades de bien común. (ALPI, CERENIL, Liga Argentina de Lucha contra la Tuberculosis, Liga Argentina de Lucha contra el Cáncer, etc.) 13°) Entre las segundas encontramos a los bancos privados, a las entidades financieras y de seguros, las "empresas reglamentadas" que prestan alguna actividad considerada por el orden jurídico como de interés público (electricidad, transporte), etc.

La diferencia reside en que el régimen jurídico público de las primeras es usualmente más proclive a darles privilegios y ventajas o beneficios diversos, precisamente por esa carencia de finalidad lucrativa y su característica de satisfacer un interés público, mientras que el régimen jurídico de las segundas tiende por lo general a fijarles imposiciones o limitaciones de variada naturaleza, dada la índole de la actividad que realizan, que al afectar muy sensiblemente a determinados sectores del interés colectivo (como es el caso típico del régimen financiero y bancario), pueden llegar a ejercerse en forma que se estime detrimente al interés público. De allí la mayor cantidad de regulaciones existentes.

[26] En este sentido Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 48; Oyhanarte, Julio, *La expropiación y los servicios públicos*, Buenos Aires, 1960, p. 60.

13°) *De interés privado:* Son la generalidad de las sociedades anónimas, en comandita por acciones, etc., del derecho civil y comercial. Ellas no interesan, por lo menos en principio, al derecho público.

Todos estos tipos de entidades pueden ubicarse en un cuadro sinóptico que resume las clasificaciones hechas, y que a continuación incluimos. Es de advertir que en este cuadro las distintas entidades están ubicadas en un cierto orden descendente: Las que están ubicadas en los primeros lugares se rigen total o casi totalmente por el derecho público (1° y 2°); las que siguen presentan ya una aparición más o menos importante del derecho privado (3° y 4°), y en los casos siguientes va aumentando la aplicación del derecho privado a la entidad, y disminuyendo correlativamente la aplicación del derecho público. En los últimos casos, por fin, es netamente predominante la aplicación del derecho privado, pero se encuentran todavía restos de aplicación del derecho público.


Personas Jurídicas
Públicas
Estatales
Administrativas
1º) Con competencia adm. gen. (Municipios.)
2º) Con comp. esp. (Entes auntárquicos.)
Comerciales o industr.
3º) Empresas del Estado.
4º) Sociedades del Estado.
No Estatales
Con particip. estatal
5º) Sociedades de economía mixta, ley 12.692.
6º) Soc. anón. con participación estatal mayoritaria.
7º) "Obras sociales" y otras.
Sin particip. estatal
8º) Corporaciones públicas.
9º) Fund. e instituciones públicas.
Privadas
Con participación estatal
10º) Sociedades de economía mixta.
11º) Sociedades anónimas, con parte de sus acciones en manos del Estado.
Sin participación estatal
De interés privado
12º) Sin fin de lucro: Cooperativas, etc.
13º) Con fin de lucro, Bancos, etc.
De interés público
14º) Todas las demás sociedades.

Sección III

FORMAS JURÍDICAS Y METAJURÍDICAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Capítulo VII: *Clasificación jurídica de la función administrativa*

Capítulo VIII: *Caracteres del acto administrativo*

Capítulo IX: *Vicios del acto administrativo. Objeto y competencia*

Capítulo X: *El poder de policía*

Capítulo XI: *Servicios públicos*

Capítulo XII: *Los "actos de gobierno"*

Capítulo VII

CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario

I. *Acto, hecho, reglamento, contrato* 211
1. Conceptos clasificadores 211
2. Función administrativa 212
3. Actividad jurídica y no jurídica 212
4. Actos y hechos de la administración 212
4.1. Actos no jurídicos 215
4.2. Actos jurídicos 216
4.3. Hechos no jurídicos 216
4.4. Hechos jurídicos 217
5. Primera definición. 217
6. Actos y contratos administrativos 217
7. Segunda definición 218
8. Actos unilaterales generales e individuales 218
9. Tercera definición 219

II. *Facultades regladas y discrecionales de la administración* 220
10. Introducción 220
11. Criterio de distinción 221
12. Aspectos que comprende la regulación 222
12.1. Regulación directa 222
12.2. Regulación indirecta o inversa 224
12.3. Regulación residual 225
12.4. Regulación técnica (antes llamada "discrecionalidad técnica") .. 225
12.5. Conclusiones 227
13. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales 228

14. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional.. 228
15. Los limites a la actividad discrecional..... 230
15.1. Razonabilidad..... 231
15.2. Desviación de poder 232
15.3. Buena Fe 233
16. Comparación entre legitimidad y oportunidad, y actividad reglada y discrecional 233
17. La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad..... 234
18. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple 236

Capítulo VII

CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

I. Acto, hecho, reglamento, contrato[1]

1. *Conceptos clasificadores*

Las nociones de "acto administrativo," "reglamento," "contrato administrativo," etc., cumplen meramente una función metodológica y sistematizadora dentro del derecho administrativo; están desprovistas, en consecuencia, de caracteres dogmáticos que exijan arribar a una definición determinada como única válida y verdadera; en verdad, son admisibles tantas definiciones de reglamento o acto administrativo como sistemas doctrinarios existan en el derecho público, y ellas serán válidas en cuanto armonicen dentro del sistema conceptual en que se las ubica.

Pero si bien la discusión acerca de cómo dar una definición de acto administrativo carece de proyecciones dogmáticas, ello no significa que sea totalmente intrascendente dar uno u otro concepto, ya que de la mayor o menor perfección y precisión del mismo dependerá la facilidad y utilidad con que se lo podrá manejar luego. La definición a ofrecerse debe entonces responder a una adecuada metodología y a una satisfactoria sistematización de la realidad administrativa. En el proceso de lograr esa sistematización que producirá por resultado la definición buscada, podemos distinguir varios pasos.

[1] Ampliar en nuestra obra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1979; comparar: Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961; Stassinopoulos, Michel D., *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954; Fernández de Velasco, Recaredo, *El acto administrativo*, Madrid, 1929; Lucifredi, Roberto, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milán, 1941; Ranelletti, Dreste, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945; Eisenmann, Charles, *Droit Administratif approfondi,* París, 1957; Nigro, *Le decisioni amministrativi*, Nápoles, 1953; Pantoja Bauza, Rolando E., *Concepto de acto administrativo*, Santiago de Chile, 1960; Guarta, "El concepto de acto administrativo," *REDA*, n° 7, p. 529 y ss.

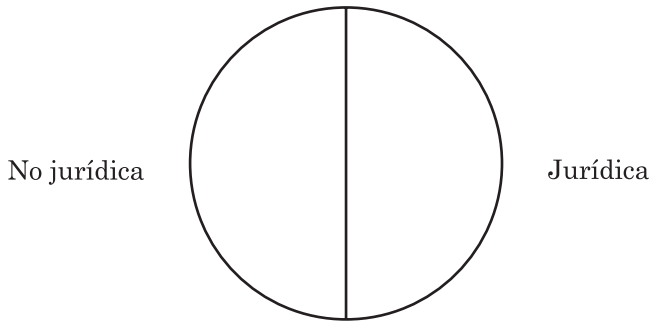
2. *Función administrativa*

El punto de partida reside en el concepto de función administrativa, que según se recordará comprende toda la actividad de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados) y también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiere a sus funciones específicas: Para llegar a una definición de acto administrativo, en consecuencia, deberemos clasificar y sistematizar la realidad que nos presenta dicha función administrativa.

3. *Actividad jurídica y no jurídica*

La primera clasificación a efectuar es aquella que distingue entre la actividad jurídica y no jurídica de la administración, o sea, actividad que produce o no efectos jurídicos directos; obviamente, la parte que nos va a interesar más intensamente a efectos de la investigación es la primera.

Distinguiremos entonces dentro de un círculo que representaría simbólicamente la función administrativa, las dos partes señaladas:



4. *Actos y hechos de la administración*

A continuación distinguiremos según que esa actividad o función administrativa, jurídica o no jurídica, se manifieste a través de actos o de hechos. Diremos que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así, y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los administrados a través de la palabra oral o

escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental, y constituye nada más que una actuación física o material.

Si bien en cualquier hecho o actuación material de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que lo ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto: Para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución.

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto "a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su directa ejecución. Así, la decisión *ejecutada* se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos reales que transmiten la idea respectiva; la decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruida, etc.

En cambio, la decisión *declarada* se da a conocer a los demás individuos a través de hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado: La decisión de permitir pasar surgirá, pues, de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito; la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc.

De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí no más, como determinación, opinión o conocimiento: Que no se ejecuta al exteriorizarse. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse; lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre *a)* la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado, y *b)* la ejecución de esa decisión, por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.) no estamos ante un acto, sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: Tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde.

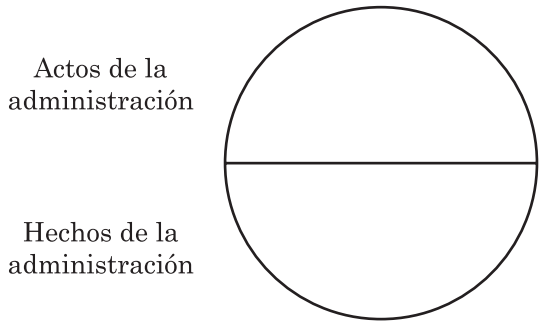
El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: Pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible

de dicho acto.) Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; dar a conocer la decisión es destruir o construir esa cosa, pero sin destruirla o construirla aún, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: En este último caso faltará el acto administrativo.

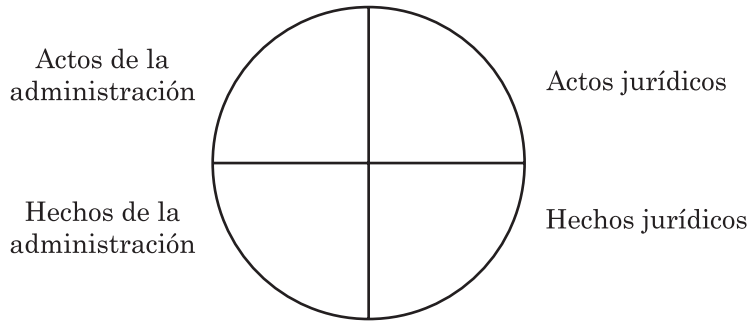
Ordenar la detención de una persona, es un acto; aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho: Y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual (no-real: Orden verbal, nota, etc.) la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo.

Otros ejemplos: Si un agente de policía me dice: "Queda usted detenido," eso es un acto; si luego me toma del brazo y me lleva a la comisaría este es el hecho que ejecuta el acto anterior; si directamente me toma del brazo y me lleva a la comisaría, sin antes haberme transmitido aquella decisión de detención, entonces se tratará de un hecho administrativo. En este último caso, el hecho administrativo puede también seguir un acto con posterioridad: Al llegar a la comisaría, el comisario decide constituirme detenido, y así lo certifica por escrito: Esto es ahora un acto; cuando me llevan al calabozo, esto será otra vez un hecho administrativo. Si más arde advierten que se trata de un error en la persona, y que debieran detener a otra persona de nombre parecido, podrán abrir la puerta del calabozo, y esto será un hecho; decirme: "Salga, está en libertad," y ello será un acto: Devolverme mis objetos personales, y ello será un hecho. Finalmente cuando ante mi requerimiento se aplique una sanción administrativa a los agentes policiales que me detuvieron irregularmente, ello será un acto; el cumplimiento de la sanción un hecho.

Trasladando al gráfico la distinción tendríamos:



Con ello aparecen ya cuatro divisiones en la actividad administrativa: Los actos jurídicos realizados en ejercicio de la misma, los actos no jurídicos, los hechos jurídicos y los hechos no jurídicos.



4.1. *Actos no jurídicos*

También llamados *actos de la administración*. Se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho. Se diferencian de los hechos administrativos (tanto jurídicos como no jurídicos), en que en lugar de actividades materiales consisten en manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación, juicio, deseo, etc. Encontramos en esta clasificación gran parte de las piezas procesales de todo expediente administrativo: Los *informes* producidos por oficinas técnicas o no técnicas, en que se relatan hechos ocurridos y de conocimiento de la oficina, o se verifican hechos expresándose los resultados, o se realizan averiguaciones, informándose de ellas, etc.; los *dictámenes,* en los cuales el funcionario pertinente emite una opinión, juicio, consulta, etc., destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir. Los dictámenes forman parte de la actividad llamada "consultiva" de la administración, y se clasifican en dictámenes "facultativos" (que pueden o no solicitarse al órgano consultivo) y "obligatorios" (que es debido requerirlos, como condición de validez del acto.) A su vez, los dictámenes obligatorios se subdividen en *vinculantes* (cuando es también necesario proceder según lo aconsejado por el órgano consultivo), *semivinculantes* (cuando puede no adoptarse la decisión recomendada, pero no puede adoptarse la solución contraria a la recomendada, o no puede adoptarse la solución observada por el órgano consultivo), y *no vinculantes* (cuando puede adoptarse libremente cualquier decisión, coincida o no con la opinión del órgano consultivo.) Dentro de los dictámenes ocupan un lugar fundamental los *dictámenes jurídicos,* los cuales

son obligatorios, de acuerdo con el art. 7°, inc. *d), in fine*, del decreto-ley 19.549,[2] pero no vinculantes.

También cabe considerar dentro de los actos no productores de efectos jurídicos directos, todas las medidas de prueba que la administración produzca durante el procedimiento: Pericias, declaraciones testimoniales, producción de pruebas documentales o instrumentales, tales como copias simples o certificadas, etc.

4.2. *Actos jurídicos*

Son las decisiones, o declaraciones de voluntad, conocimiento o juicio, productoras de un efecto jurídico directo, esto es, del nacimiento, modificación o extinción de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho: Veremos más adelante que pueden distinguirse según sea unilaterales o bilaterales, y a su vez, según sean individuales o generales, en el caso de los actos unilaterales. Podemos también adelantar ahora que igualmente pueden distinguirse en el caso de los actos unilaterales individuales, en actos "definitivos" o equiparables a ellos ("los que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado," v. gr., una orden de archivo de las actuaciones, o una decisión que niega al particular el derecho de defenderse, o el acceso a las actuaciones, o a la defensa letrada, etc.) y en actos "interlocutorios" o "de mero trámite:" Estos últimos son actos que producen un efecto jurídico directo, pero sin decidir el fondo de la cuestión central planteada: Un pase, un traslado, una vista concedida parcialmente, una medida ordenando o denegando la producción de una prueba, un acto relativo a la forma de producción de determinada prueba, el pedido de un dictamen o informe, etc. La diferencia entre unos y otros reside en que los recursos administrativos utilizables contra ellos de acuerdo con el decreto 1.759/72, son distintos en el caso del acto administrativo que decide el fondo de la cuestión o paraliza el procedimiento, y en el caso del acto que decide una cuestión de trámite; a su vez, ambos se distinguen de los actos o medidas preparatorias en que estas últimas no son recurribles, mientras que los primeros sí lo son, sin perjuicio de la diversidad de recursos aplicables.

4.3. *Hechos no jurídicos*

Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo, ni constituyen declaraciones o manifestaciones intelectivas. Así, el profesor da su clase de pie o sentado, o camina durante la misma, hace gráficos en el pizarrón o pasa diapositivas; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado; el ordenanza barre el aula, trae agua o

[2] "Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos." Otros aspectos pueden verse en WEBER, YVES, *L'administration consultative*, París, 1968.

café; el profesor trae expedientes administrativos a clase para que los vean los alumnos, etc.

4.4. *Hechos jurídicos*

Son las conductas administrativas que producen un efecto jurídico determinado, sea él la creación de un derecho o un deber, o incluso la producción de responsabilidad respecto del agente que lo cometió o de la administración: El agente de policía que me detiene sin orden de autoridad competente, comete un hecho antijurídico que lo hace responsable a él y a la administración; el funcionario que no obedece una orden judicial de pronto despacho ante un amparo por mora, incurre en responsabilidad; la posesión pacífica de una cosa, durante un determinado tiempo, hace nacer un derecho sobre ella; el agente que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo; el conductor de un vehículo oficial que con culpa o negligencia choca contra el vehículo de un tercero, incurre en igual responsabilidad patrimonial para sí y para el Estado, etc.

5. *Primera definición*

Con estos elementos podemos, si lo deseamos, dar una definición elemental de acto administrativo, diciendo que es una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos.

Sin embargo, esta definición —aunque dogmáticamente correcta— peca de una deficiencia metodológica y práctica, cual es la de ser excesivamente amplia y vaga como para permitir una adecuada y precisa utilización técnica, y parecería necesario continuar todavía con la investigación.

6. *Actos y contratos administrativos*

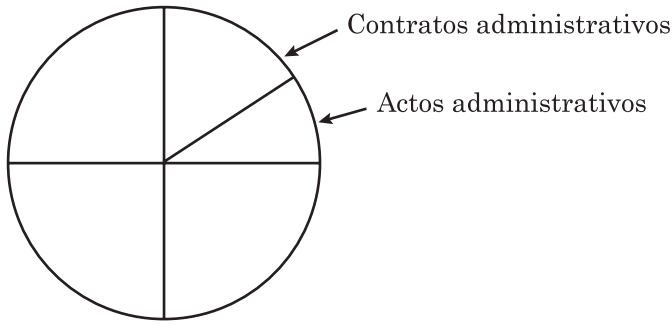
Puede entonces advertirse que dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos, existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de "contratos administrativos" y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: Ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos "acto administrativo" y "contrato administrativo" y puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales.

En una palabra, distinguir dentro del género que serían los "actos jurídicos" de la administración, los unilaterales y los contractuales:



Y reservar el concepto de "actos administrativo" exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia.

En el gráfico, en consecuencia, distinguiríamos un nuevo segmento dentro de la actividad administrativa:



7. *Segunda definición*

Si nos damos por satisfechos con este estado de la investigación podemos entonces decir que acto administrativo es una declaración *unilateral* realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos en forma directa.

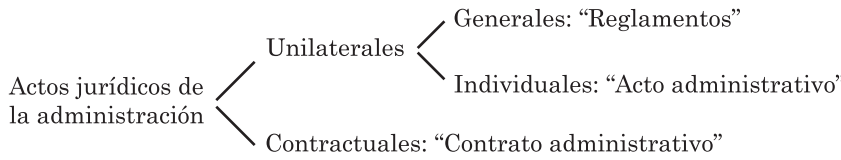
Sin embargo, pareciera también, a nuestro juicio, que ello es todavía prematuro.

8. *Actos unilaterales generales e individuales*

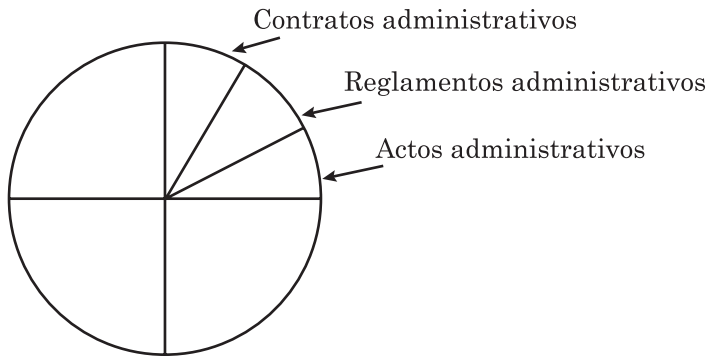
En efecto, incluso dentro de los actos unilaterales de la administración es dable encontrar una sensible diferencia entre aquellos que producen actos jurídicos generales (o sea, para una serie indeterminada de casos) o individuales (esto es, particulares, concretos: Para un solo caso determinado, o para distintos casos individualmente especificados y determinados.)

Al observar esta diferencia caemos inmediatamente en la cuenta de que los primeros no son otros que los reglamentos administrativos (o sea, las normas generales dictadas por la administración) y que, al igual que los contratos administrativos, tienen su propia denominación específica y su propio régimen especial, que los diferencia de los demás actos de la administración. Siendo ello

así, es evidente que la metodología adecuada no puede ser en modo alguno la de superponer los conceptos de "acto administrativo" y "reglamento administrativo," haciéndole perder precisión al primero: Debe por lo tanto darse a los reglamentos administrativos única y exclusivamente esa denominación, "reglamentos," y reservarse el nombre de acto administrativo en sentido específico y técnico, sólo para los actos unilaterales.



y gráficamente:



9. *Tercera definición*

Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

Dar esta definición restringida, se reitera, sirve sólo a una finalidad metodológica, y no pretende ni puede pretender negarle el carácter de "actos" a los contratos y reglamentos, ni tampoco el que los mismos sean de índole "administrativa." Tal vez podría decirse que el término "acto administrativo" admite un doble uso: Amplio y restringido. En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración *unilateral* e *individual* que produzca tales efectos jurídicos.

No puede, por lo tanto, considerarse objeción válida a esta definición aquella que afirma que los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, para de allí querer sacar la conclusión de que deben integrarse en la noción de acto administrativo. Si bien la primera parte de esta afirmación es correcta, en cuanto los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, ello

no funda la siguiente conclusión, pues el no llamarlos "actos administrativos" en modo alguno se basa en quitarles el carácter de "administrativos," según ya se dijo, sino simplemente en usar el término "acto administrativo" en un sentido más restringido, por razones didácticas y metodológicas. Podrá preferirse una u otra definición por estimársela más práctica y útil, pero no porque alguna de ellas deba ser necesariamente la única definición válida.

II. Facultades regladas y discrecionales de la administración

10. *Introducción*

El concepto y distinción de las facultades regladas y discrecionales y de los derechos subjetivos y derechos reflejos (o "intereses legítimos") es comúnmente explicado por los autores de derecho administrativo en ocasión de tratar de algún punto determinado de la materia (especialmente, el llamado "contencioso-administrativo.")

Estos temas, sin embargo, se presentan en mayor o menor grado en toda la disciplina; por ello se hace indispensable su estudio e investigación en forma autónoma.

Estas nociones, además, tienen una finalidad ordenadora y metodizadora, al igual que la noción de acto administrativo. En efecto, la actividad administrativa puede ser clasificada de muy diversos modos, de acuerdo con las distintas formas jurídicas que pueda asumir; tales clasificaciones responden a diferentes finalidades, explicando una u otra de las particularidades del ejercicio de la unción administrativa; por ello no resultan necesariamente excluyentes las unas de las otras, sino que se superponen en gran medida. Podríamos decir que según sea el distinto ángulo con que se enfoque la actividad administrativa, así serán las formas jurídicas encontradas y, por lo tanto, las clasificaciones a que éstas darán lugar.

Las clasificaciones precedentes son fundamentales en el derecho administrativo, pues constituyen la parte casi más importante de su teoría general. Todos los demás temas del derecho administrativo giran necesariamente al rededor de estas clasificaciones, y deben recurrir a ellas para solucionar más de una cuestión decisiva. Ellas cumplen una función ordenadora y metodizadora dentro del derecho administrativo, y son una suerte de columna vertebral, un nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia.

En resumen, estas dos clasificaciones consideran un distinto aspecto o momento de la actividad administrativa, y por ello será perfectamente posible expresar que en un caso la administración ha ejercido una atribución reglada, o discrecional, que al ejercerla ha afectado un derecho subjetivo, o un interés legítimo, o un interés simple; que a tal efecto ha dictado un acto, o un contrato, o un reglamento administrativo, o que ha realizado un simple hecho, etc. Ninguna de

estas nociones es determinante de que concretamente se dicte uno u otro tipo de acto o hecho (acto administrativo, reglamento, contrato; hecho administrativo); la primera tiene, sin embargo, íntima relación con que se haya lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo, según veremos.

11. *Criterio de distinción*[3]

Las facultades de un órgano administrativo están *regladas* cuando *una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir,* o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán, en cambio, *discrecionales* cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.

Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley —en sentido lato: Constitución, ley, reglamento— y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse.[4]

En el primer caso, *la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo*, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.

En este caso la actividad administrativa está *reglada*: El orden jurídico *dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión;* el administrador no tiene elección posible: Su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.[5]

[3] Ampliar y comparar: LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958; FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la administración pública*, Buenos Aires, 1948; VENEZIA, JEAN-CLAUDE, *Le pouvoir discrétionnaire*, París, 1959; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1963, p. 213 y ss.; HAMSON, C. F., *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, París, 1958; EHMKE, HORST, "Ermessen" und "Unbestimmter Rechtsbegriff" im *Verwaltungsrecht,* Tübingen, 1960; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo," *Revista de administración pública,* Madrid, 1962, n° 38, p. 159 y ss.; RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 78 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 381 y ss.

[4] LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

[5] LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia.

Se trata entonces de la correspondencia entre el *objeto del acto*[6] y las *circunstancias de hecho exteriores a él;* en un caso se precisan —facultades regladas— cuáles son las circunstancias de hecho que deben dar lugar al acto, mientras que en el otro —facultades discrecionales— no: El acto puede darse libremente ante cualquier situación de hecho;[7] expresado de otra forma, en un caso se determina un solo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho, y en el otro puede con cierta amplitud elegirse la situación de hecho ante la que se adoptará esa decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho.[8]

12. *Aspectos que comprende la regulación*

Esa predeterminación de la conducta administrativa a través de normas jurídicas puede realizarse de distintas maneras:

12.1. *Regulación directa*

La ley siempre prevé en forma expresa o razonablemente implícita, la *competencia*[9] que tienen los órganos administrativos para actuar; generalmente también la forma y el procedimiento en que deben exteriorizar sus declaraciones o manifestaciones de voluntad; ese es un primer e importante grupo de casos de *regulación* de la actividad administrativa.

Un ejemplo de regulación directa de la competencia lo encontramos en el art. 7°, inc. *a)*, del decreto-ley 19.549, de acuerdo con el cual el acto debe "ser dictado por autoridad competente," el cual se complementa con el art. 3° del mismo texto, que establece que la competencia será la que resulta según los casos, de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos que se dicten, pudiendo también surgir de delegación o sustitución expresamente autorizada por una norma concreta.

El mismo decreto-ley regula la *forma* del acto, cuando dice en su art. 8° que "El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito... sólo por excepción... podrá utilizarse una forma distinta," y en su art. 7° inc. *e)*, que el acto "deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a

[6] Aquello que el acto decide, certifica u opina con efectos jurídicos directos e inmediatos.

[7] Siempre, claro está, que tenga verdaderamente una situación de hecho que lo justifique, y la apreciación sea razonable, proporcionada, etc.

[8] LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 214.

[9] Ampliar *infra*, cap. VIII, punto III.

emitir el acto," en particular "los hechos y antecedentes que le sirven de causa" (inc. *b)* y "el derecho aplicable."

También el *procedimiento* previo a la emanación del acto se halla reglado en diversos aspectos, exigiéndose el dictamen jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 7°, inc. *e)*, y el cumplimiento de los procedimientos y trámites esenciales previstos expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico. Entre los procedimientos esenciales previstos expresamente, y que el administrador está por lo tanto obligado a cumplir, en virtud de una facultad reglada, está el permitir y facilitar a los interesados que ejerzan el "derecho a ser oído," "derecho a ofrecer y producir pruebas"[10] y "derecho a una decisión fundada," o sea, "que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas" (art. 1°, inc. *f)*, apartados 1º, 2° y 3°.)

Una cuarta regulación directa de la actividad administrativa se encuentra en relación al objeto del acto; por ejemplo, en la prohibición del objeto del acto (la así llamada "violación de la ley"); ello consiste en que el órgano no podía dictar el acto de que se trate, sea porque la ley (en sentido lato) lo prohibía de manera general, sea porque la ley sólo lo autorizaba para ciertas circunstancias de hecho que en el caso no se dieron.[11]

En este sentido dice el decreto-ley 19.549, art. 7°, inc. *c)*, que "el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible; debe decidir todas las peticiones formuladas:" Acá se observa que existe regulación en la medida en que existiendo "cuestiones propuestas" o cuestiones que deben ser decididas o están planteadas en el expediente, tenemos las *circunstancias de hecho* a las cuales debe corresponder el *objeto* del acto. La correspondencia exigida "por la norma en este caso es que esas cuestiones planteadas sean resueltas por el objeto del acto: Si la decisión no resuelve entonces las cuestiones propuestas, el acto transgrede la regulación normativa existente.

También con referencia al *objeto*, puede ocurrir que la ley sólo autorice el objeto para ciertas *circunstancias de hecho;* allí se trata de un caso de actividad *reglada* en relación al objeto que no debe ser confundido con aquél en que el administrador invoca para su decisión hechos *que no son ciertos*, pero que no fueron establecidos por la ley como condición de legitimidad del acto.[12] Sólo cuando la ley predetermina que para tales y cuales hechos corresponde tal o cual acto, existe regulación del

[10] Ampliar en *Tratado*, t. 2, cap. XVII, § 13.

[11] Por ejemplo, el decreto-ley 19.549 autoriza en su art. 17° primera parte, que la administración revoque el acto irregular, o sea viciado de nulidad; pero en la segunda parte limita esta facultad y prohíbe la revocación "si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento," incluso aunque el acto fuere irregular; del mismo modo, el art. 9°, inc. *b)*, prohíbe a la administración poner en ejecución un acto estando pendiente "algún recurso administrativo de los que... impliquen la suspensión de aquél."

[12] En este segundo caso el acto es también inválido, pero por violar una limitación a la discrecionalidad. La invocación de "hechos antecedentes inexistentes o falsos," es prevista como causal

objeto; cuando la ley en cambio se limita a exigir que las decisiones tomadas en el ejercicio de facultades discrecionales sean *motivadas*[13] y establece recursos para el caso de una motivación fundada en hechos erróneos, nos encontramos ante una restricción al ejercicio de la actividad discrecional, pero no por ello ante una actividad reglada en cuanto al objeto. (Está, sí, reglada en cuanto a la forma.)

En todos estos casos (competencia, forma, procedimiento, objeto prohibido por la ley, objeto autorizado sólo para ciertas circunstancias de hecho) se trata de una regulación impuesta *directamente* a la actividad administrativa.

Otros ejemplos de regulación directa de la actividad administrativa encontramos en las leyes de ministerios, de contabilidad, de obras públicas, de expropiaciones, estatutos del personal civil de la administración pública, normas sobre contratos de suministros, etc.

12.2. *Regulación indirecta o inversa*

En un gran número de situaciones la ley no reglamenta la forma en que la *administración puede actuar* frente a los particulares, sino las condiciones bajo las cuales los *administrados no pueden ser molestados* por la administración. Llamar a esto "límite de las facultades discrecionales" es erróneo, ya que la administración se ve constreñida a respetar esas *reglas* establecidas: Su situación no es libre; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.

Nosotros designamos a esto como *regulación indirecta o inversa,* o sea, como actividad administrativa reglada en forma inversa. Se comprenden aquí todos los casos en que la ley *reglamenta* no ya el derecho subjetivo de la administración a actuar sobre los particulares, sino el derecho subjetivo *de los particulares* a que nadie interfiera con sus actividades.

Por ejemplo, si la ley autoriza a la administración a realizar una obra pública, y no establece la forma concreta en que debe llevarla a cabo, no por ello tiene la administración discrecionalidad total: Puesto que el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña a un inmueble de un administrado (grietas, filtraciones, etc.), comete un hecho antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo a invocar las consecuencias jurídicas pertinentes.La regulación *indirecta* es, pues, en general, la que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.; la administración se encuentra ligada por ella aunque ninguna norma se la haya hecho expresamente aplicable.[14]

de nulidad por el art. 14, inc. *a)* del decreto-ley 19.549. Si, en cambio, se invocan hechos ciertos, no se transgrede este aspecto de la limitación.

[13] Así lo exige el art. 7°, inc. *e)* del decreto-ley 19.549, que acertadamente establece esta obligación tanto para los actos reglados como discrecionales.

[14] Con todo, cabe señalar también que a veces la ley civil, comercial, etc., contiene *previsiones de derecho administrativo que regulan directa y no indirectamente la actividad administrativa.* Así, por ejemplo, el decreto-ley 19.550 de sociedades comerciales establece en su art. 302 ciertas atribuciones que la autoridad administrativa de contralor de las sociedades puede ejercer, y regula las sanciones que puede aplicar (apercibimiento, apercibimiento con publicación, multas a la sociedad,

12.3. *Regulación residual*

Cuando falta la regulación directa y también la inversa, no entramos en la discrecionalidad administrativa, pues todavía el orden jurídico prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos subjetivos negativos[15] de la administración y los administrados.

La Constitución argentina y en forma similar otras constituciones americanas,[16] dispone en su art. 28 que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio;" ello significa que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la *esencia* de los derechos subjetivos que ella concede. Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada ni en forma *directa* ni en forma *inversa*, le resta todavía esta regulación *residual* que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.[17]

Claro está, si los tribunales son remisos en considerar que se ha alterado o violado la esencia del derecho subjetivo, la discrecionalidad se extiende considerablemente: Pero eso no es condición de la discrecionalidad, sino de ciertas actitudes judiciales.

12.4. *Regulación técnica (antes llamada "discrecionalidad técnica")*

Por fin, la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes. En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas —indiscutibles e indiscutidas, por lo general— y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista

sus directores y síndicos); también el art. 299, al determinar los casos en que es de aplicación la "fiscalización estatal permanente," regula en forma directa la actividad administrativa, ya que tal fiscalización no podrá extenderse a otras entidades no comprendidas en la enumeración; por fin, el art. 301 del mismo decreto-ley 19.550 prevé una facultad discrecional de la administración, al autorizar funciones de vigilancia sobre sociedades no comprendidas en el art. 99. "cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público." Disposiciones similares pueden encontrarse en la ley de bancos (18.061), de bolsas y mercado de valores (17.811), de seguros (17.418), metrología (19.511), quiebras (según la modificación de la ley 18.832), concursos (19.551, arts. 311 y 312); en todos estos casos se trata de disposiciones aisladas que contemplan en forma *directa* conductas regladas o discrecionales de la administración: Al margen de esas normas de regulación directa, pues, el todo de la legislación opera como una regulación indirecta en cuanto fija derechos de los particulares, que éstos tienen también frente a la administración en los casos ocurrentes.

[15] Ampliar en *Tratado*, t. 2, cap. XV.

[16] Así, Bolivia, art. 28; Brasil, art. 141, inc. 4°; Costa Rica, art. 17; Cuba, art. 40; Ecuador, art. 163; El Salvador, art. 221; Guatemala, art. 50; Honduras, art. 82; Nicaragua, art. 285; comparar las constituciones de Estados Unidos de Norteamérica, enmienda I; Haití, art. 31; México, art. 107, inc. IX; Uruguay, art. 332.

[17] Ejemplo: En el caso de un concesionario de servicios públicos, si la ley autoriza a la administración a imponer multas y penalidades al concesionario, los derechos de éste no se hallarán reglados en este punto, por lo que, faltando tanto la regulación directa como la inversa, la administración tendría la facultad discrecional de aplicar multas y penalidades. Pero cuando éstas afecten la esencia del derecho de propiedad del concesionario, el acto es ilegítimo y violará su derecho subjetivo.

de la técnica lo que la administración ha hecho o pretende hacer es indubitablemente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda, y los mismos técnicos, no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.

Es interesante destacar que en este punto se ha operado una importante evolución en el presente siglo. Antiguamente se decía que la administración tenía una "discrecionalidad técnica," esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irreversibles los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones. Pero en realidad, este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica: Si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no puede en tal aspecto ser controlada. En cambio, si una técnica es científica y por lo tanto, por definición, *cierta*, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no puede en este aspecto hablarse de completa "discrecionalidad" (no sumisión a normas), sino que corresponde, por el contrario, hablar de "regulación" (sujeción a normas, en el caso técnicas.) En suma, la actividad técnicamente errada es sólo por ello antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad. Si bien podría tal vez afirmarse que no habiendo reglas normativas a que sujetarse, se trataría de una actividad "discrecional," no empleamos ya esta terminología, y consideramos que se trata de un caso de actividad reglada.[18] De todos modos, la doctrina moderna ya admite, según dijimos, que no hay en absoluto una completa discrecionalidad en materia técnica; afirma ALESSI en este sentido, que si la discrecionalidad "es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción o del contenido a dar a la acción misma... es errado hablar de una discrecionalidad *meramente técnica,* ya que los dos términos *discrecionalidad* y *técnica* son esencialmente inconciliables:... cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas, y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas...;"[19] en sentido similar señala DIEZ que "La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso, sino en el administrativo, ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es

[18] Es evidente que en rigor de verdad la regulación técnica, incluso aunque no sea incluida como facultad reglada, no participa de todos modos de los caracteres de los demás límites a la discrecionalidad; se diferencia de éstos en que ella también es un "limite concreto," y no un "límite elástico," con su consecuencia de que podrá dar origen a derechos subjetivos, etc.

[19] ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 430.

natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo."[20]

12.5. *Conclusiones*

Podemos así hacer un quíntuple planteo de las facultades regladas, diciendo que ellas se presentan, y, por lo tanto, falta la discrecionalidad:

1°) Respecto a la *competencia,* y generalmente también respecto al *procedimiento, formas* o *formalidades* (primera forma de regulación directa);

2°) respecto a los casos en que la ley predetermina qué circunstancias de hecho dan lugar a un acto (segunda forma de regulación directa);

3°) cuando se violan las reglas de la técnica;

4°) respecto a los casos en que la ley regula y protege el derecho del *particular* a su propia actividad o conducta libre (regulación inversa de la actividad administrativa);

5°) respecto a los casos en que se llega a vulnerar la esencia del derecho subjetivo privado (regulación residual.)

Este planteo es, a nuestro juicio, el correcto.

Sin embargo, hemos visto que la actitud ocasionalmente adoptada por la doctrina, es mencionar dentro de las "facultades regladas" únicamente a las normas del carácter citado *que se encuentran en una ley que contempla directamente la actividad administrativa.*

En lugar, pues, de incluir todo posible tipo de *regulación concreta que predetermine cómo debía ser el acto dictado por el administrador,* dentro de las facultades regladas, se mencionan allí solamente a aquéllos que surjan de una ley "administrativa," esto es, de una ley destinada específicamente a la administración. Se dice que cuando una ley que no contempla directamente a la actividad administrativa, establece alguna prohibición o alguna norma general de conducta que resulta aplicable a la administración, hay una "limitación a la actividad discrecional de la administración."

Pero, a nuestro juicio, ese tipo de terminología, aunque eventualmente pueda resultar más didáctico o más claro —cosa que dudamos también— implica de todos un falseamiento de la realidad, al resistirse a llamar "reglado" lo que en verdad está predeterminado por el orden jurídico, sea de un modo o de otro. Por ello mantendremos el criterio enunciado, llamando "regulación directa" a los dos primeros tipos recordados de facultad reglada, y "regulación indirecta" a los casos que consideramos bajo los números 3° a 5°.

[20] DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, 1ª ed., pp. 113 y 114.

13. *La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales*

En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto en lo que concierne al objeto,[21] pues la ley ha entendido dejar libertad al administrador para apreciar la oportunidad de la medida; en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el *juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho* para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.

A primera vista parecería entonces que el juez controlara la oportunidad de la decisión, pero ello es sólo así indirectamente, pues precisamente *la ley hizo de la oportunidad del acto* —entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez— *una condición de su legalidad*.[22]

14. *Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional*

Cuando el derecho administrativo estaba en sus orígenes, la falta de regulación normativa hacía que algunos actos de la administración fueran casi totalmente discrecionales; hoy en día *todo* acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional.[23] En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica —e inconveniente— prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: Siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.[24] Lo mismo ocurre a la inversa: Jamás existirá una norma tal que autorice a un funcionario a hacer

[21] Salvo que haya violación a los límites de las facultades discrecionales: Irrazonabilidad, falta de causa, desproporcionalidad, desviación de poder, etc.

[22] Laubadère, *op. cit.*, p. 218.

[23] En realidad, no es el acto mismo lo que puede calificarse de discrecional o reglado, sino la atribución que al efecto se ha ejercido. Como expresa de Laubadère, *op. cit.*, t. I, París, 1963, 3ª ed., p. 214, "Se ha tornado banal repetir de acuerdo a Hauriou que no existen actos discrecionales, sino solamente un *cierto poder discrecional* de las autoridades administrativas. Esta precisión es una alusión a una categoría de actos hoy desaparecidas cuya noción era en realidad muy diferente de aquélla de poder discrecional. Se llamaban *actos discrecionales (o de pura administración)* a ciertos actos respecto de los cuales ninguna crítica de legalidad parecía concebible y que escapaban así por su naturaleza a todo control... Para desechar, en el vocabulario jurídico, toda resonancia... de la palabra «discrecional» la doctrina jurídica de los actuales Estados socialistas emplea más a gusto la expresión «libertad operacional de actuación de la administración»." (*Op. cit.*, p. 215.) La referencia a la mutación terminológica que propone Stainov en Bulgaria es oportuna, pues muestra cómo la técnica jurídica del derecho administrativo no se altera en sus formas necesariamente —el cambio de denominación no es en realidad un cambio— por la existencia de uno u otro sistema social o económico, sin perjuicio de que se modifique el contexto y el contenido. La afirmación dogmática de un poder absoluto del Estado altera, sí, la estructura básica del derecho administrativo.

[24] So pena de pretender reducir la administración a una "no-mocracia," a un supuesto "simple juego automático de normas:" García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 383.

absolutamente cualquier cosa,[25] sin limitación alguna; siempre existirá alguna otra norma o principio que le fije de antemano ciertos principios a que deberá ajustar su acción. Como dice WALINE, la administración "dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales."[26] *Toda* actividad administrativa, en el ejemplo ya visto, está *reglada* en cuanto a la *competencia.* (Es decir, siempre es algún órgano determinado y no otro el que puede realizar la actividad; siempre es determinada actividad y no otra la que puede realizar un órgano: Cuando se excede de sus atribuciones propias el acto está viciado de *incompetencia*.)

El juez debe revisar en forma diferente la legitimidad de la parte reglada y de la parte discrecional; algunos códigos provinciales argentinos[27] dicen que el juez *no puede revisar la parte discrecional,* pero *dado que todo tiene una porción reglada, expresa o virtualmente* (la competencia, por ejemplo), el juez siempre analiza la legitimidad de cualquier acto. El "acto discrecional," como acto irrevisible, es un absurdo.

Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisible ni que sea totalmente discrecional: Sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos, y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común o —en algunos códigos provinciales— no existe; ningún acto es totalmente irrevisible por tener algún contenido discrecional: Sólo en esa parte discrecional puede serlo.

Por lo demás, desde el punto de vista lingüístico, no cabría hablar tampoco de "actos reglados" o "actos discrecionales," sino en todo caso, respectivamente, de "actos dictados en el ejercicio de facultades regladas" o "discrecionales," en el sentido de que la parte del acto que consideramos o que nos interesa en el momento, ha sido concebida —esa parte— en función de normas que la determinaban necesariamente, o, por el contrario, en virtud del arbitrio del funcionario. En

[25] Cuando quiera, como quiera, donde quiera, etc. Es el mismo problema que se plantean algunos autores cuando analizan si pueden existir derechas subjetivos de los individuos, frente a un Estado que concentre una mayor dosis de poder: "Mientras un sistema positivo no puede ser reducido a la fórmula *prohibido todo*, la subjetividad será un dato insoslayable y en esa medida la definición del derecho subjetivo como categoría mantendrá su significación dentro del esquema propuesto." Ver LAQUIS, MANUEL A.; SIPERMAN, ARNOLDO; GROISMAN, ENRIQUE, y otros: "Sobre la teoría del derecho subjetivo," en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1972, n° 4, p. 221 y ss., p. 259. De igual manera, la distinción entre facultad reglada y discrecional mantiene su validez y su utilidad en cualquier sistema positivo, sin perjuicio de que en uno u otro sistema podrá haber mayor discrecionalidad o mayor regulación; racionalmente no habrá, en cambio, discrecionalidad absoluta ni regulación absoluta.

[26] WALINE, *op. cit.*, p. 415.

[27] Buenos Aires, art. 29; Córdoba, art. 3°; Salta, art. 27; San Luis, art. 4°; Santiago del Estero, art. 3º; Santa Fe, art. 12; La Rioja, art. 14. En igual sentido la jurisprudencia francesa *del siglo pasado*; ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 215-218. Entre los códigos llamados contencioso-administrativos más modernos, que admiten la revisión de la parte discrecional del acto en cuanto a su legitimidad, véase Corrientes, art. 4°.

suma: Sólo con respecto a aspectos concretos de la actividad de un órgano y específicamente a aspectos concretos de sus actos, puede hablarse en rigor de verdad de "regulación" o "discrecionalidad," según se presente el caso: Y la distinción nos servirá para saber si el funcionario está *obligado* a hacer algo en particular, sin poder emplear su propio criterio acerca de qué es más conveniente, o mejor, y por ende, sin poder apartarse de lo que las normas le indican, o si en cambio puede utilizar su juicio y elegir entre más de un camino o medio de acción.

En el primer caso, si el órgano se aparta de lo que determina la norma, su conducta será sólo con ello ilegítima y podrá ser anulada; en el segundo caso, su conducta es en principio legítima cualquiera sea la decisión que adopte, pero puede no llegar a serlo si se transgrede alguno de los llamados "límites a las facultades discrecionales," a que nos referimos a continuación.

15. *Los límites a la actividad discrecional*[28]

En verdad, la total irrevisibilidad de la actividad administrativa no puede lógicamente presentarse, porque existen a su vez ciertos límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, y el juez, para determinar si esos límites han sido violados o no, debe necesariamente revisar también la parte discrecional del acto. En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico, y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, indeterminadas,[29] imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la violación de las facultades regladas es usualmente más clara, al resultar de la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es límite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos.

Los principales límites que analizaremos ahora son los siguientes: La razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), y la buena fe.

[28] Ampliar en García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, *op. cit.*, p. 24 y ss.; Brewer Carías, Allan Randolph, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas," separata de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1966, n° 2, p. 9 y ss.; 27 y ss.; Rodrigues Qreiró, Alfonso, *Estudos de direito administrativo*, t. I, Coimbra, p. 7 y ss.; del mismo autor, "A teoría do «desvío de poder» em direito administrativo," *Boletín da Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 1942, suplemente al volumen XVI, p. 41 y ss.

[29] Ampliar en García de Enterría, *La lucha...*, *op. cit.*, p. 33 y ss.; Sainz Moreno, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

15.1. *Razonabilidad*

La decisión "discrecional" del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es "irrazonable," lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: *a)* No dé los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o *b)* no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o *c)* no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.[30]

Estos principios, además de ser de índole constitucional, han sido consagrados por el decreto-ley 19.549, que en su art. 7°, incs. *b)* y *e)* exige simultáneamente que el acto tenga lo que se llama "causa" o "motivos" (de hecho y derecho), y "motivación" o explicitación de aquella causa o motivo.[31] El inc. *b)* exige así que el acto "Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable," y el inc. *d)* determina que el acto "Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inc. *b)* del presente artículo." Aparece así doblemente consagrada la necesidad de una expresión clara, concreta y relacionada del derecho aplicado (no bastando, pues, la mera invocación de normas jurídicas que supuestamente fundamentan el acto, sin que se explique cómo y por qué lo fundamentan), y la necesidad tanto de que el acto explicite los

[30] Ampliar *infra*, cap. VIII y en Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.* Es lo que también se llama el "control de los hechos determinantes;" García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, pp. 397-400.

[31] La motivación o expresión de la causa se incluye generalmente en los llamados "considerandos" o "vistos y considerandos" que el acto tiene, pero nada impide que el acto se remita a informes o dictámenes previos que enuncian el porqué —de hecho y da derecho— del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado. La causa del acto, en cuanto hechos y derecho que lo sustentan, puede estar *mencionada* en el acto, si se cumple con la ley en este aspecto, o puede estar igualmente fuera del acto sin haber sido tampoco mencionada; en cuanto hechos y antecedentes que justifican el acto, por supuesto, la "causa" es siempre externa al acto, y ha de hallarse en las constancias del expediente, si son ciertas, o en la realidad que rodea a toda la situación de que se trata: Nunca en el acto mismo. La falsa causa o falta de causa puede probarse por todos los medios probatorios (prueba testimonial, pericial, documental, de informes, de informaciones, de confesión, prueba ocular, táctil, etc.; prueba de *fotografías*, rayos X, *grabaciones*, *actas notariales,* etc.), mientras que la falta de motivación o motivación insuficiente (insuficiente o ausente explicación de la causa) es un vicio autónomo, que resulta de la mera lectura del acto, en sus "vistos" y "considerandos." La segundo es no haberse dicho, o haberse dicho mal, los hechos y derechos que se cree sustentan el acto; lo primero es que no haya hecho o derecho que sustenten suficientemente el acto, con independencia de que se los haya mencionado o no. Claro está, si el acto no cumple siquiera con el requisito de *explicitar* los hechos que lo sustentan, cabrá presumir razonablemente, a falta de prueba en contrario producida por la administración, que el acto no tiene tampoco hechos y antecedentes que lo sustenten adecuadamente: De haberlos tenido, los hubiera explicitado. Ampliar en Rivalta, María, *La motivazioni degli atti amministrativi,* Milán, 1960, p. 41 y ss.; Fazio, Giuseppe, *Sindicabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milán, 1966, p. 27 y ss.; De la Vallina Velarde, Juan Luis; *La motivación del acto administrativo*, Madrid, 1967, p. 27 y ss,

fundamentos fácticos que llevan a su dictado, como, asimismo, que exista verdaderamente una situación de hecho externa al acto que realmente lo justifique o fundamente; en otras palabras, el acto deberá estar objetivamente sustentado, esto es, apoyado, basado, "en los hechos y antecedentes que le sirven de causa." El acto está viciado tanto si los hechos invocados son "inexistentes o falsos" (art. 14, inc. *a)*, o si aunque no se falsee la realidad, de todos modos el acto carece de hechos justificativos, de hechos externos que en forma suficiente y adecuada sirvan de base al acto que se dicta ("falta de causa," según el art. 14, inc. *b)*.

De igual modo, el art. 7°, inc. *f) in fine,* consagra la necesidad de que "Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad," refiriéndose a la finalidad "que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes." La proporcionalidad entre *a)* el fin de la ley y el fin del acto; *b)* el fin de la ley y los *medios* que el acto elige para cumplirla; *c)* las circunstancias de hecho que dan causa al acto, y las *medidas o el fin* que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal.

No estará de más advertir, por último, que si bien aparecen ahora estos principios de manera expresa en la ley, no por ello forman parte de la actividad reglada de la administración, sino que siguen siendo límites jurídicos a la discrecionalidad; ello se explica porque tales normas no predeterminan, según el concepto de facultad reglada, una conducta *concreta* que el administrador debe seguir, sino que señalan tan sólo un criterio elástico o impreciso, que será de aplicación según como sean los hechos y circunstancias de cada caso concreto, de acuerdo con la apreciación del órgano de control o del juez posteriormente.

15.2. *Desviación de poder*[32]

La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con "desviación de poder," sea: *a)* Por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); *b)* con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: Si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será *desviado*, y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (por ejemplo, para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales.)

La desviación del poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal, y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza.) Al presente, ella se encuentra además consagrada en el art. 7°, inc. *f)*, del decreto-ley 19.549, que expresa que "Habrá de cumplirse

[32] Ver, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, "Renovación entorno a la desviación de poder como instrumento de control," *REDA*, nº 2, p. 303.

la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, *sin poder perseguir* encubiertamente *otros fines, públicos o privados*, distintos de los que justifiquen el acto, su causa y objeto." Así la ley pertinente tendrá ciertas finalidades que, apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso y lo que en él se decide (el objeto del acto), sólo pueden dar lugar a determinadas finalidades admisibles en el funcionario: La prosecución encubierta —o peor aún, desembozada— de fines propios o públicos, distintos de los que resultan de la ley del caso y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una transgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo.

La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad probatoria de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió;[33] pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través, por ejemplo, de su motivación, que adolece de este vicio: Mas normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso.

15.3. *Buena fe*[34]

Igual cosa sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas —por acción u omisión, incluso el silencio— para llevar a engaño o a error a un administrado; tal tipo de conducta es, por cierto, incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa, y es también ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional.

16. *Comparación entre legitimidad y oportunidad, y actividad reglada y discrecional*

Es fundamental destacar que los conceptos de "legitimidad" y "oportunidad" no se confunden ni se asimilan a los conceptos de "facultad reglada" y "facultad discrecional;" es éste un error que algunas veces se desliza en fallos o libros, creemos más por inadvertencia que por sentar un criterio formal, y por ello es necesario advertir inicialmente en forma terminante contra él.

Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica preestablece en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el

[33] En el caso de la desviación de poder, desde luego, el problema probatorio se agudiza, y torna real la asimilación que a veces se hace procesalmente entre *verdad* y *prueba*. Ver García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 395.

[34] Ver Picot, F., *La bonne fai en droit public*, Basilea, 1977; Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977.

control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos a ella.[35] Es así posible mencionar entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control administrativo de legitimidad: *a)* Los que hemos llamado "límites elásticos:" Razonabilidad, desviación de poder, buena fe y, eventualmente, la equidad;[36] *b)* los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación,[37] etc.

De ello resulta que el concepto de "legitimidad" es notablemente más amplio que el de "facultad reglada," y que "oportunidad" es un concepto más restringido que el de "facultad discrecional," con lo que, en definitiva, el control administrativo de "legitimidad" abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales.

Todo ello puede resumirse en el cuadro que se incluye en la página siguiente.

17. *La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad*

Los conceptos enunciados tienen distintas aplicaciones; así, por ejemplo, ya vimos que el Poder Judicial puede revisar el ejercicio de las facultades regladas, y también si se han transgredido o no los límites a las facultades discrecionales, salvo que haya una norma legal que lo excluya:[38] Ambos aspectos constituyen elementos del concepto de legitimidad enunciado. Así, pues, el juez controla en sentido amplio la legitimidad del acto administrativo en cualquiera de sus aspectos, sea como ejercicio de facultad reglada o como ejercicio de facultad discrecional; pero no podrá, sin embargo, anular un acto por considerarlo meramente inoportuno o inconveniente: Sólo cuando lo estime ilegítimo puede hacerlo.

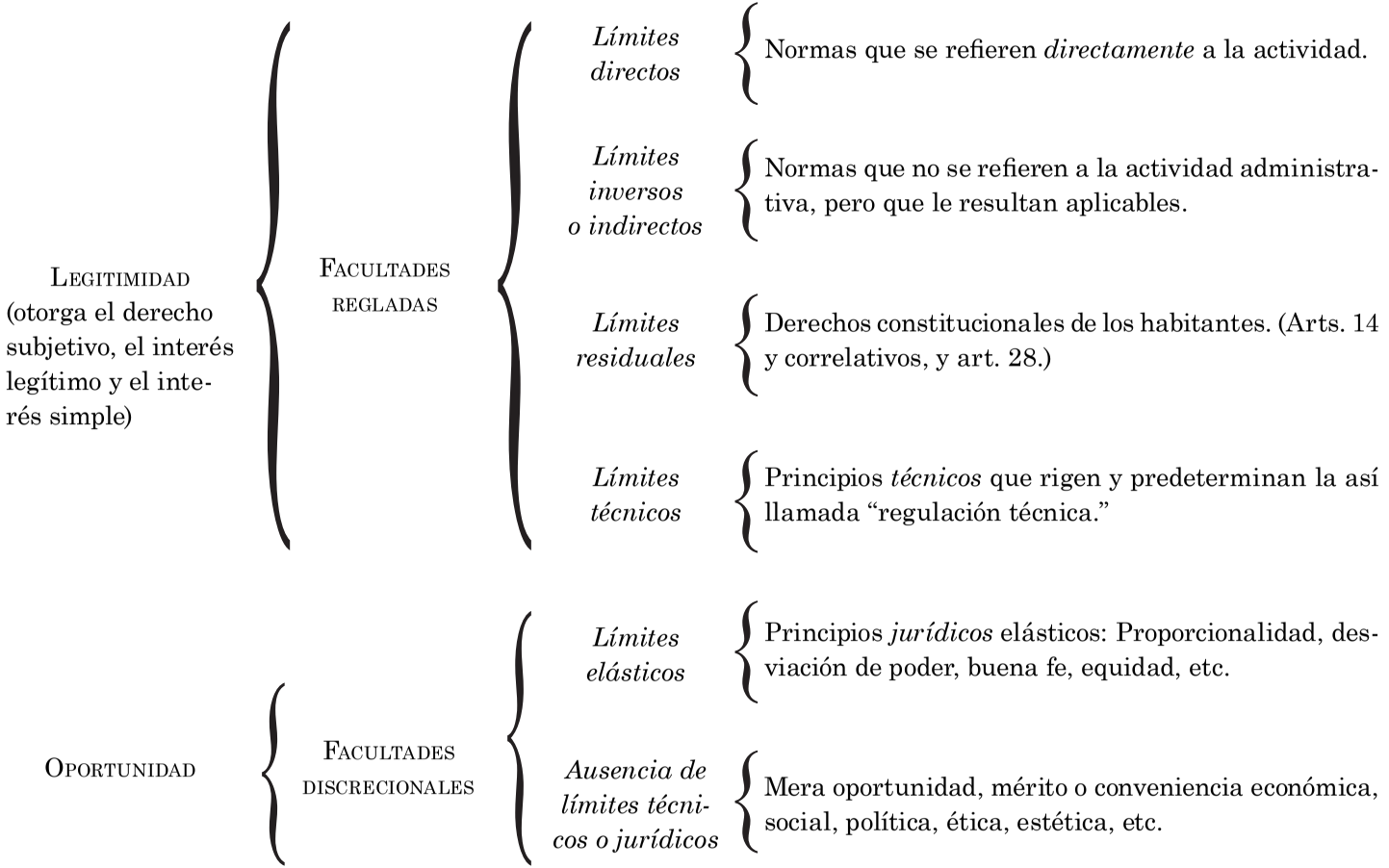
La administración, en cambio, puede revocar sus propios actos tanto si los considera ilegítimos como si los reputa meramente inconvenientes; a ella no la limita el mismo principio que rige la revisión judicial. De allí entonces que existan dos clases de *revocación* por la administración: Por *ilegitimidad* y por *inoportunidad*, mientras que la *anulación* judicial lo es sólo por razones de *ilegitimidad*.

[35] Linares, *op. cit.*, p. 159 y ss.; Fiorini, *op. cit.*, p. 41 y ss.; Diez, *op. cit.*, p. 16 y ss.; Sayagués Laso, *op. cit.*, t. I, p. 406 y ss.; Tacito, Caio, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 86; Guicciardi, Enrico, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, p. 27: "... en los actos discrecionales puede darse tanto la ilegitimidad como la inoportunidad..."; Amorth, Antonio, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, p. 16 y ss.

[36] Fue admitida en un caso por la PTN, 79: 77, y nuevamente en 83: 180.

[37] Ver Real, Alberto Ramón, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 9 y ss.; Jeanneau, Benoît, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, p. 7 y ss.; Soriano García, J. E., "Aplicación de la equidad en derecho público," *REDA*, nº 23, p. 638.

[38] Sin embargo, la inconstitucionalidad de tales normas es a nuestro criterio indudable.


Legitimidad
(otorga el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple)
Facultades regladas
Límites directos
Normas que se refieren directamente a la actividad.
Límites inversos o indirectos
Normas que no se refieren a la actividad administrativa, pero que le resultan aplicables.
Límites residuales
Derechos constitucionales de los habitantes. (Arts. 14 y correlativos, y art. 28.)
Límites técnicos
Principios técnicos que rigen y predeterminan la así llamada "regulación técnica."
Oportunidad
Facultades discrecionales
Límites elásticos
Principios jurídicos elásticos: Proporcionalidad, desviación de poder, buena fe, equidad, etc.
Ausencia de límites técnicos o jurídicos
Mera oportunidad, mérito o conveniencia económica, social, política, ética, estética, etc.

18. *Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple*[39]

Así como existen diferencias en lo que respecta a las atribuciones para extinguir un acto administrativo según que lo haga la administración o la Justicia, así también hay un distinto régimen en lo que se refiere a quiénes pueden acudir a la administración o a la Justicia a pedir la extinción de un acto que los afecta.

Ello se deriva de las nociones de "derecho subjetivo" y de "interés legítimo" (también llamado "derecho reflejo," "derecho objetivo," etc.), considerado el primero como una protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado, y el segundo como una protección algo más debilitada que la anterior, otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos, en concurrencia. En el primer caso se protege a un individuo determinado en forma exclusiva; en el otro, a un número de individuos en forma conjunta.

18.1. Quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la Justicia; si la administración no le reconoce su derecho, él puede demandarla judicialmente al efecto. Además, el individuo puede pedir no sólo la extinción del acto que lo afecta en su derecho subjetivo, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones que sean pertinentes por los daños que tal acto le haya ocasionado.

18.2. Quien, por el contrario, tiene tan sólo un interés legítimo, únicamente puede reclamarlo ante la propia administración, en el orden nacional, y sólo puede pedirlo ante la Justicia en algunos casos limitados en aquellas provincias que han instituido un recurso especial al efecto, el llamado "recurso de ilegitimidad," de "anulación," o "por exceso de poder." Por lo demás, quien sólo tiene un interés legítimo, si bien puede pedir la revocación o la anulación del acto según sea el caso, no puede pedir que se le indemnicen daños y perjuicios; por fin, cuando existe protección judicial del interés legítimo, el procedimiento es generalmente diverso del que se sigue para la protección del derecho subjetivo.

18.3. Como categoría intermedia entre el interés legítimo de un grupo definido y delimitado de personas, y el interés simple de todos los habitantes, se habla también del *interés difuso*, que sería el que pueden invocar las personas en defensa o tutela del medio ambiente, o para impugnar proyectos o actos estatales gravemente lesivos al interés público, etc.

18.4. Existe, por fin, una tercera noción: El interés simple. Se dice que éste es el mero interés que le corresponde a todo ciudadano en que la ley sea cumplida; no existe aquí ni el derecho exclusivo que era típico del derecho subjetivo, ni el interés legítimo de un número determinado de personas, sino el interés de *toda*

[39] El tema lo tratamos *in extenso* en el tomo 2 de nuestro *Tratado*, caps. XV y XVI. Ver García de Enterría, Eduardo, "Sobre los derechos públicos subjetivos," *REDA*, n° 6, p. 427 y ss.

la comunidad en que no haya actos administrativos ilegítimos. El interés simple, como regla, no da derecho a interponer acciones judiciales ni recursos administrativos; sólo permite hacer *denuncias* ante la administración sobre aquello que se considera ilegítimo; a diferencia del interés legítimo, en que se puede interponer un *recurso* administrativo, que la administración está obligada a resolver, en el interés simple la administración no está necesariamente obligada, en principio, a resolver la denuncia interpuesta.

Capítulo VIII

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sumario

I. *Introducción* 243
1. Caracteres y nulidades del acto administrativo 243

II. *Presunción de legitimidad* 245
2. La presunción de legitimidad. Crítica 245
3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia 247
4. Fundamentos de la presunción de legitimidad 248
4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances 248
4.2. Fundamento positivo de la presunción de legitimidad 249
4.3. Consecuencias de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular 250
5. Efectos de la presunción de legitimidad 252
5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos 252
5.2. Necesidad de alegar la ilegitimidad 253
5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad? 253
5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo 254
6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo 254

III. *Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad* 255
7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción 255
7.1. Criterio tradicional. Fundamentos 255
7.2. Nuestra distinción 255
7.3. Diferencias de interpretación en cuanto a las potestades coactivas de la administración 256
7.4. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo 256
7.5. Implicancia política del tema 257
7.6. Derecho comparado 258

7.7. Conclusiones 259
8. La ejecutoriedad. Alcances y medios 260
8.1. La coerción directa 260
8.2. La coerción indirecta 261
8.3. La ejecución directa 261
8.4. La ejecutoriedad en la práctica 261

IV. *Impugnabilidad* 262
9. Fundamento de la impugnabilidad 262
9.1. En sede administrativa 262
9.2. En sede judicial 264
9.3. Comparación 264

V. *Estabilidad* 265
10. La estabilidad del acto administrativo 265
11. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa 266
12. Requisitos de la estabilidad 266
13. Acto administrativo 267
13.1. Unilateralidad 267
13.2. Individualidad 268
14. Que de él hayan nacido derechos subjetivos 268
14.1. No hay estabilidad de los intereses 268
14.2. No hay estabilidad de los deberes 269
14.3. Funciona a favor, no en contra, del administrado 269
14.4. Debe "nacer" un derecho 270
14.5. El derecho puede ser civil o administrativo 270
15. Que sea notificado al interesado 271
16. Que sea regular 272
16.1. El acto anulable tiene estabilidad 272
16.2. La revocabilidad del acto nulo 273
16.2.1. Excepciones a la revocabilidad del acto nulo 273
16.2.1.1. "Prestaciones" o "derechos subjetivos" 273
16.2.1.2. Acto "firme y consentido" 274
16.2.2. La suspensión del acto y la estabilidad 275
16.3. La protección contra la revocación del acto estable 275
17. Que se trate de un acto de la administración activa 277
18. Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales 278
19. Excepciones a la estabilidad 279
19.1. Connivencia dolosa 279
19.2. Revocación a favor del interesado 279

19.2.1. La revocación sin perjuicio de terceros en el caso de los contratos 281
19.2.2. La revocación sin perjuicio de terceros y la estabilidad en la función pública 281
19.3. La revocación de los actos precarios 282
19.3.1. El caso de los permisos de construcción 283
19.4. Que haya una ley que autorice la revocación 284
19.4.1. Enunciación general 284
19.4.2. Revocación y propiedad 285
19.4.3. Revocación y estabilidad 287
19.4.4. Revocación y expropiación 289

Capítulo VIII

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

1. *Caracteres y nulidades del acto administrativo*

Generalmente se enuncian dos caracteres del acto administrativo: Presunción de legitimidad y ejecutoriedad: Esta última, de acuerdo a un sector de la doctrina, puede ser dividida en exigibilidad (obligatoriedad) y ejecutoriedad; por nuestra parte estimamos que corresponde agregar dos caracteres más: Estabilidad e impugnabilidad. Ambos surgen del derecho positivo.

Una advertencia inicial se impone en punto a los caracteres del acto administrativo: No se trata de indagar apriorísticamente qué notas conceptuales creemos que deben darse al acto, sino de investigar el derecho positivo a fin de averiguar cómo está regulado; en otras palabras, los caracteres jurídicos del acto administrativo deben ser un reflejo del derecho aplicable, y por ello no pueden resolverse a nivel puramente doctrinario sino que se hace necesario apelar a fundamentos de orden jurídico. La advertencia es particularmente importante porque casi todos los autores, especialmente italianos y franceses, están conformes en afirmar la existencia de los dos caracteres inicialmente mencionados (presunción de ilegitimidad y ejecutoriedad), pero lo hacen en base a cierto sustento normativo y a una firme jurisprudencia en igual sentido. Ello significa que cuando se trata de determinar cuáles son los caracteres del acto administrativo en otros ordenamientos jurídicos, no puede *primero* afirmarse que los caracteres son tales y *después* preguntarse "¿cuál es su fundamento?," pues primero hay que encontrar y demostrar que ese principio verdaderamente existe y no se encuentra solamente en las obras de la materia.[1]

[1] O sea, no hay que partir de una supuesta "naturaleza" o "esencia" de una institución pretendidamente "descubierta" por cada doctrinario, en el viejo ideal aristotélico-tomista. Al respecto, ver Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 111 y sus referencias.

Un problema metodológico difícil de solucionar adecuadamente, en otro sentido, es el de la vinculación de los caracteres del acto administrativo con el sistema de nulidades; en rigor, ambos deben ser analizados conjuntamente.

De todas maneras, debemos adelantar aquí que los caracteres del acto administrativo no son los mismos según que el acto adolezca de una u otra clase de nulidad: Específicamente, distinguimos tres categorías de nulidad del acto administrativo, denominadas estipulativamente "anulabilidad" (o nulidad relativa), "nulidad" (o nulidad absoluta, o actos nulos de nulidad absoluta) e "inexistencia." (O actos administrativos inexistentes, o vías de hecho administrativas, o inexistencia de acto administrativo.) A diferencia del derecho civil, en que se distingue entre el acto nulo y anulable, como dos categorías, y la nulidad absoluta y relativa, como otras dos categorías distintas, en el derecho administrativo se hacen solamente dos o a lo sumo tres (si se incluye la inexistencia) categorías, la utilización de los términos "anulable" y "nulo" no tiene una necesaria correlación con los vocablos análogos del derecho privado, pues el sistema de nulidades administrativas tiene sus propios principios, derivados de la doctrina, la jurisprudencia y el decreto-ley 19.549/72.

Adelantando aquí provisionalmente las conclusiones que iremos desarrollando en los capítulos que siguen, podríamos delinear como características generales del sistema lo siguiente: El acto administrativo válido y el acto administrativo anulable, que son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos "regulares;" el acto administrativo nulo, que es el que tiene vicios graves o muy graves, es un acto "irregular." En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente. En consecuencia, los caracteres principales del acto administrativo se agrupan como muestra el cuadro de la página siguiente.

El cuadro que sigue refleja nuestra opinión sobre el estado actual del derecho argentino, con posterioridad a las reformas del decreto-ley 19.549/72, y la explicación se hará en los capítulos subsiguientes. Lo adelantamos aquí para un mejor ordenamiento sistemático del total de la información y de la problemática a plantearse.

Las normas del decreto-ley 19.549/72, con todo que han significado un importante avance en la materia y justifican intrínsecamente una presunción de legitimidad limitada, en particular al acto administrativo anulable o no muy gravemente viciado, no son suficientes para justificar una presunción de legitimidad amplia, que comprendiera también el acto nulo, en tanto no produzcan efectivamente una mutación de los comportamientos administrativos. Por ejemplo, no siempre la administración respeta las garantías del procedimiento establecidas en defensa de los particulares —audiencia previa, fácil acceso a las actuaciones, producción de la prueba solicitada, etc., *antes* de la emisión de un acto que pueda afectar los derechos o intereses de los administrados—; no siempre procede a la emisión del acto previo un dictamen jurídico adecuado y suficiente; no siempre

fundamenta de forma suficientemente amplia, en los hechos y en el derecho aplicable al caso, la resolución que adopta. Por ello, si bien se puede admitir en base al decreto-ley 19.549/72 una presunción de legitimidad limitada, no puede hacérselo a nuestro juicio con el alcance de cubrir también el acto nulo. Por lo demás, en el acto nulo se da casi por hipótesis una violación grave justamente de las normas que se han dictado para garantizar al administrado, con lo cual sería contradictorio argumentar, en base concretamente a la existencia de las normas violadas o transgredidas en el caso, que el acto debe presumirse legítimo. La razón de ser de la presunción de legitimidad habrá de estar, entonces, en el cumplimiento de tales garantías, pero no precisamente en su incumplimiento.

Caracteres	Acto adm. regular		Acto adm. irregular	
	Validez	Anulabilidad	Nulidad	Inexistencia
Presunción de legitimidad	sí	sí	no	no
Exigibilidad	sí	sí	no	no
	contingente	contingente	no	no
Estabilidad	sí	sí	contingente	no
Ejecución a pesar de la interposición de recursos (carácter no suspensivo de los recursos)	contingente	contingente	no	no

II. Presunción de legitimidad

2. *La presunción de legitimidad. Crítica*

El Código Civil establece para los actos privados una presunción de validez que alcanza a los actos de vicios no manifiestos, o sea anulables,[2] pero expresamente excluye a los actos de vicios manifiestos, o sea, nulos.[3] De los primeros dice el art. 1.046 lo siguiente: "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados, y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase."

Ninguna norma de derecho administrativo establecía antes de 1972 para los actos administrativos una presunción semejante, pero tampoco una distinta; en consecuencia, aplicando por analogía la norma civil, podría concluirse que los actos administrativos anulables se presumen legítimos o válidos, *no así los actos administrativos nulos.* ("Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.") A ese argumento normativo cabía agregar otro de índole lógica: Si un acto tiene un vicio que no es manifiesto o aparente, es plausible que

[2] Art. 1046.

[3] Art. 1038: "Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada."

deba considerárselo, en principio y provisoriamente (hasta que una autoridad competente resuelva lo contrario), legítimo; si, en cambio, el vicio es claro y evidente, no podría "presumirse" que el acto es —a pesar de ese vicio manifiesto— "válido;"[4] ello equivaldría tanto como cerrar los ojos ante la realidad, como decir "el sol brilla, pero presumo que no brilla." En otras palabras, es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda "presumirse legítimo" si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica sólo podría ser superada por una norma legal expresa que así lo dijera,[5] ya que en tal caso tendríamos una presunción *legal,* impuesta por el legislador por razones de supuesta conveniencia, y el principio se enunciaría de otra manera: "Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone;" no podría de todos modos, ni siquiera en ese caso, pedirse que "si encuentra un acto manifiestamente ilegítimo, *presume a pesar de ello que es legítimo*," pues ello es como ordenar que se piense en cierto modo, lo que es una imposibilidad material y moral, y por ende una imposibilidad jurídica.

De lo expuesto surgía, a nuestro modo de ver, que la presunción de legitimidad del acto administrativo podía existir, por vía analógica, respecto de los actos anulables cuyo vicio no es evidente o manifiesto; que, en ausencia de norma expresa, no podía en cambio jurídicamente hablarse de una supuesta "presunción de legitimidad" aplicable a *todos* los actos administrativos sin distinción alguna. Es que, como dice IMBODEN, la nulidad de un acto excluye necesariamente su exigibilidad, por la lógica inmanente al ordenamiento jurídico.[6]

Por tales razones, ya en la primera edición (1963) de *El acto administrativo*, sostuvimos que "el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legitimidad... El acto administrativo nulo no debe tener presunción de legitimidad," y agregábamos que el criterio contrario "representa un pensamiento político estatista y autoritario;"[7] tal criterio lo reiteramos un año más tarde indicando que: "Ello, evidentemente, carece de toda razonabilidad, ya que ninguna argumentación doctrinaria puede destruir el hecho de que puedan existir actos manifiestamente viciados; y ello, a su vez, implicará necesariamente que en tales casos el acto no podrá tener presunción de legitimidad."[8] Este mismo criterio ha sido también adoptado por parte de la doctrina argentina.[9]

[4] WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 15.

[5] WINKLER, *op. cit.*, p. 29.

[6] Citado por WINKLER, *op. cit.*, p. 15, quien se pronuncia en igual sentido.

[7] *El acto administrativo*, 1963, 1ª ed., p. 98, nota 33; 1969, 2ª ed., p. 121.

[8] *Procedimiento y recursos administrativos*, 1964, 1ª ed., p. 105, nota 8.

[9] MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 468, 477 y 478. Si bien este autor nos atribuye la opinión contraria (*op. cit.*, p. 500), nuestro criterio es el que hemos reproducido en el texto. En igual sentido, FIORINI, *op. cit.*, p. 295.

3. *La presunción de legitimidad en la jurisprudencia*

La tesis de negar presunción de legitimidad a los actos administrativos nulos, que se venía abriendo lentamente paso en la jurisprudencia última, recibe un nuevo elemento de sustentación en el decreto-ley 19.549/72, cuya interpretación sistemática lleva a la misma conclusión.

Sin embargo, más importante es destacar que la propia discusión teórica ha sido correctamente reformulada, en términos categóricos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pustelnik,* de 1975. (CSJN, 293: 133.)

Expresa ahora la Corte que "la invalidez *manifiesta* de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece *patente* en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico" (considerando 3°); o sea, la Corte adopta el criterio de que es un principio o concepto general del derecho, inevitablemente aplicable en cualquier disciplina, el que un acto manifiestamente viciado no puede ser presumido legítimo; por ello aclara el tribunal "Que *dicha presunción de legitimidad* de los actos administrativos *no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta."* (Cons. 2°.)

Este tipo de acto con invalidez "evidente," "patente" o "manifiesta," es llamado por el decreto-ley 19.549/72 y por la misma Corte, "irregular:" "Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la *gravedad y evidencia* del vicio que contiene." (Cons. 5°.) Y reitera la Corte que "regular" no es sinónimo de "válido," por cuanto un acto inválido puede ser "regular" si su vicio no es manifiesto, supuesto en el cual gozará de presunción de legitimidad hasta que una autoridad administrativa o judicial lo anule.

Precisamente en tal sentido el tribunal critica el fallo apelado, al cual deja sin efecto, por haber hecho el razonamiento viciado de que el acto en cuestión era "irregular" aún teniendo un vicio no aparente; en efecto, expresa la Corte que "en cuanto la sentencia apelada afirma simultáneamente que la autorización para edificar aparentó ser un acto regular cuando en verdad constituía un acto irregular, resulta autocontradictoria en los términos de la doctrina de derecho administrativo citada... y respaldada por la jurisprudencia... según la cual *no priva de su carácter regular al acto administrativo una causa de invalidez no manifiesta"* (cons. 15°); en efecto, continúa la Corte, "no le es dable al poder jurisdiccional calificar retroactivamente como irregular un acto que aunque los jueces valoren inválido en sus sentencias era aparentemente válido y regular al momento de dictarse." (Cons. 16°.)

Otros párrafos del fallo *Pustelnik* insisten en que la presunción de legitimidad existe sólo en tanto y en cuanto "el acto no fue manifiesta ni evidentemente inválido" (cons. 17°), y que aún para el supuesto de una posible desviación de poder,

"debería mediar *evidente* desviación de poder para irregularizar el acto en su finalidad" (cons. 17°, *in fine*); que en el caso *sub examine* "aquella autorización no estuvo viciada, en su origen, de ilegitimidad *evidente*." (Cons. 7°.)

Pensamos que este fallo orienta definitivamente la jurisprudencia en la buena doctrina; es particularmente interesante destacar que por referirse a un caso de derecho municipal, en el cual no resulta de aplicación directa el decreto-ley 19.549/72 (a cuyas normas no hace entonces referencia el fallo), la doctrina de la Corte se ubica en los principios generales del derecho administrativo y puede en consecuencia orientar la interpretación de las normas oscuras, y perdurar por encima de eventuales cambios legislativos.

4. *Fundamentos de la presunción de legitimidad*

4.1. *Fundamento teórico y práctico. Sus alcances*

De cualquier manera, no estará de más reiterar la debilidad argumental del fundamento en que se hace reposar esa presunción de legitimidad: Aun dejando de lado la vieja afirmación de la Corte, de que los actos administrativos, "por serlo," se presumen legítimos, y atendiendo a la que ofrece alguna doctrina, se advierten sus limitaciones. Dice por ejemplo, parte de la doctrina, que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos,[10] lo que, al menos en el derecho argentino, no es la mejor demostración para sustentar la tesis de que los actos administrativos deben tener presunción de legitimidad amplia, sino en todo caso restringida. Basta pensar brevemente en la falta de cumplimiento de la regulación del procedimiento, en la dificultad práctica de tener acceso o vista de las actuaciones, en la arbitrariedad con que el trámite a menudo se desenvuelve, en la pobreza de los recursos existentes, en la falta de cumplimiento integral de las normas que estatuyen los requisitos mínimos a que debe ajustarse un acto administrativo, etc., para concluir en que no están dadas las condiciones que

[10] TIVARONI, CARLO, *Teoría degli atti amministrativi*, Turín, 1939, p. 54; RIVALTA, MARÍA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, 1960, pp. 165 y 166.

Este argumento ha sido luego recogido por MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 370, y por la misma Corte en el caso *Pustelnik*, aunque de manera incidental: "... configuró un acto administrativo que gozó de la presunción de legitimidad fundada en la razonable suposición de que respondía a las normas municipales vigentes al tiempo de ser dictado, por las garantías objetivas y subjetivas que precedieron a su emanación." Sin embargo, cabe destacar que este fallo en modo alguno sustenta su solución al caso en esa afirmación teórica, sino que pasa concretamente a analizar *in extenso* la otra cuestión que reputamos fundamental: La carencia de vicio "patente," "manifiesto" o "aparente" en el acto. (Cons. 3°/7°, 10° 13°/17°.) La solución de la Corte, en consecuencia, no hace reposar la presunción de legitimidad en las garantías objetivas y subjetivas que preceden a su emanación, sino en la ausencia de vicios graves y manifiestos; o, si se prefiere, no solamente en lo primero, sino principal y fundamentalmente en lo segundo, y además, reconoce la presunción de legitimidad exclusivamente para los actos regulares, y la niega categóricamente para los actos irregulares.

aquella doctrina postula, para admitir la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo.

En el derecho iberoamericano no existen siempre garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar los derechos individuales.

Tampoco podría encontrarse un fundamento teórico de manera similar que para las leyes, en que por razones prácticas se establece que el derecho se supone conocido por todos, aunque de hecho ello no sea así. Es que —en épocas normales, para las cuales tales principios son establecidos— la ley está rodeada —ella sí— de una serie de garantías que evitan en gran medida la comisión de muy frecuentes arbitrariedades: Está la discusión o debate parlamentario, la votación de los distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, etc.

En cambio, el acto administrativo puede ser, y frecuentemente es, producto de la sola voluntad de un individuo aislado que por ocupar un cargo o desempeñar una función adopta por sí una determinada resolución; reconocer igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, a cualquier acto de cualquier agente estatal que sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate alguno, sin fundamentación normativa ni fáctica, emita, es consagrar el imperio de la arbitrariedad.

El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad. Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto *manifiestamente viciado,* por la inexcusable razón de que es imposible "presumir" que cierto acto es lo que *manifiestamente no es.* El acto nulo, en consecuencia, no puede en ningún caso tener presunción de legitimidad.

4.2. *Fundamento positivo de la presunción de legitimidad*

El decreto-ley 19.549/72 consagra expresamente la presunción de legitimidad como característica del acto administrativo, cuando dice, en el art. 12, primera parte, que: "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad." Ahora bien, como la norma no precisa si esta característica se aplica al acto administrativo válido, al anulable, al nulo y al inexistente, cabe analizar el alcance de la extensión del principio en el decreto-ley.

A nuestro juicio, para esto se torna de importancia la fuente que el decreto-ley ha utilizado al regular en sus arts. 17 y 18 la estabilidad del acto administrativo.

Allí expresa, de conformidad con lo que sostuviéramos en el proyecto de 1964 y en el proyecto de LINARES y nuestro, que como regla general el acto administrativo "regular" tiene estabilidad y el acto administrativo "irregular" no la tiene, entendiéndose por acto administrativo irregular específicamente el acto nulo. En consecuencia de ello, tanto el acto administrativo válido como el acto administrativo anulable tienen carácter de actos "regulares," no así el acto administrativo nulo, que se considera "irregular." En concordancia a estos principios, en los proyectos indicados se establecía que la presunción de legitimidad solamente alcanzaba al acto administrativo regular, no así al irregular.

Estimamos que la misma solución debe entenderse receptada en el decreto-ley, pues sería en verdad incongruente interpretarlo en el sentido de que el acto nulo es un acto "irregular," pero de todas maneras ha de presumírselo legítimo. Ello atenta contra la armonía del sistema, y no hay ningún motivo que pueda llevar a esa afirmación.

También lleva a la misma conclusión el hecho de que el art. 17 destaca expresamente la *obligación* de la administración pública de revocar el acto nulo, por razones de ilegitimidad. Esa obligación no es extensiva al acto anulable, respecto del cual la administración puede optar por sanearlo, en lugar de revocarlo. Si la administración debe, pues, revocar el acto nulo, no resultaría tampoco armónico interpretar que a pesar de ello puede presumirlo legítimo.

La presunción de legitimidad es así una tolerancia al funcionamiento del acto anulable, la que se basa en la posibilidad de que el acto sea finalmente saneado, con lo cual el cumplimiento previo del mismo, derivado de su presunción de legitimidad, queda cohonestado. En cambio, en el caso del acto nulo no sería posible llegar a la misma idea, precisamente porque es un acto insanablemente viciado, y entonces no tiene sentido jurídico ni práctico cumplir o exigir el cumplimiento de un acto que deberá finalmente ser extinguido por razones de ilegitimidad.[11]

4.3. *Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular*

Admitir la presunción de legitimidad en forma amplia, como lo hizo la Corte Suprema en el pasado, lleva a la consecuencia de proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso, dificultar la efectiva vigencia de los derechos de los individuos.[12] Ahora bien, cabe preguntarse, como seguramente muchos lo harán, si reducir la presunción de legitimidad sólo a los actos válidos y anulables, no extendiéndola a los actos nulos, no puede tener efectos negativos sobre

[11] Conf. CASSAGNE, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 330: "La presunción de legitimidad no reviste un carácter absoluto, pues cede frente a la aparición de vicios manifiestos en el acto administrativo;" FIORINI, *Derecho administrativo*, t. I, 2ª ed., p. 452; DROMI, *op. cit.,* pp. 83-85; comparar LINARES, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 230.

[12] Por ello dice WINKLER, *op. cit.*, p. 35, que en el Estado de derecho la nulidad absoluta, que no se presume legítima, es un baluarte del individuo frente a la actividad antijurídica del Estado.

la eficiencia y continuidad de la actividad administrativa, que se vería así continuamente amenazada por la desobediencia. Algo de eso pareciera haber temido la Corte, cuando en alguna oportunidad llegó a decir que "la sola voluntad" del interesado es insuficiente para quitarle presunción de legitimidad y eficacia al acto administrativo.[13]

Es claro que ello es un error de apreciación: Ninguna duda cabe de que "la sola voluntad" del afectado no puede privar de eficacia al acto, pero es que nadie pretende semejante conclusión; lo que se propone es que, de resultar acreditado en un caso que un acto *manifiestamente* viciado fue desobedecido, no puede además de ello castigarse a la persona que lo desobedeció; a la inversa, que si una persona desobedece un acto y no prueba que el acto era manifiestamente viciado, recibirá las sanciones pertinentes.[14]

Por ello, las consecuencias que se derivan de reconocer al acto administrativo presunción de legitimidad sólo cuando carece de vicios manifiestos, en ningún modo implican incitar a la desobediencia de los actos de las autoridades públicas. Si una persona no obedeciera un acto por considerarlo manifiestamente viciado, la administración puede a su vez sancionarla por el incumplimiento si ella estima que el acto no tiene tal tipo de vicio o incluso es plenamente válido. Y tocará al fin al Poder Ejecutivo o a la justicia si el asunto llega hasta sus estrados, pronunciarse acerca de si el individuo tuvo o no razón en considerar al acto como nulo.[15] En caso de resolverse en definitiva que el acto tenía un vicio manifiesto, se dejará sin efecto la sanción que se hubiera impuesto por el incumplimiento y el individuo habrá tenido razón plenamente;[16] si en cambio se resuelve que el acto no tenía un vicio manifiesto, sino en todo caso no aparente, entonces se decidirá que debió haberlo obedecido y que la sanción aplicada por la desobediencia es totalmente válida.[17]

En otras palabras, admitir la no presunción de legitimidad del acto *nulo* no afecta a la totalidad de los actos administrativos, y si una persona desobedece un acto *válido* o un acto *anulable*, ella cargará con las consecuencias y las sanciones

[13] Igual criterio en GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 429.

[14] ULE, citado por KINKLER, *op. cit.*, p. 32; WOLFF, *op. cit.*, p. 341; HUBER, *op. cit.*, p. 681.

[15] HUBER, *op. cit.*, p. 681.

[16] Y por supuesto, el particular que fue sancionado ilegalmente por haber desobedecido un acto nulo, deberá luego ser indemnizado del daño material y del agravio moral ocasionado a él por la administración y sus funcionarios. La responsabilidad que le caben al Estado y al funcionario ha de ser así un freno adicional a la tentación en que puede caer la autoridad de exigir de todas maneras la ejecución de un acto suyo que el particular impugne con razonables fundamentos como manifiestamente nulo.

[17] Como dice KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 159, "En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida." Este aspecto de la desobediencia "por cuenta y riesgo" del interesado es mencionado por la mayor parte de la doctrina alemana.

correspondientes.[18] En ningún modo se afecta entonces la continuidad de la acción administrativa, ni el efectivo cumplimiento de las decisiones válidas o no muy gravemente viciadas, ni se supedita el cumplimiento de los actos administrativos a la "sola voluntad" de los administrados.

5. *Efectos de la presunción de legitimidad*

5.1. *Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos*

La principal consecuencia de la presunción de legitimidad del acto administrativo es sin duda importante: Como dice DIEZ, "por ello el acto legítimo y el acto inválido no se diferencian, ya que ambos lo vinculan igualmente. De allí, entonces, que la situación jurídica de los actos que se presumen legítimos, hasta que no se demuestre lo contrario, es común a los actos legítimos y a los inválidos.[19] En igual sentido expresa LINARES que los actos administrativos viciados "pueden tener, si no validez por subsunción específica normal, validez por habilitación; y en este sentido gozan de una vigencia precaria mientras no se los revoque por el propio autor o por los jueces."[20] En otras palabras, de la presunción de legitimidad se deriva la obligatoriedad o exigibilidad del acto, lo que hace que los destinatarios del mismo tengan el deber jurídico de cumplirlo. (*Infra*, § 7.)

Desde luego, esta igualación de los actos legítimos e ilegítimos no lo es para *todos* los actos legítimos, sino sólo para los actos ilegítimos que aún tienen el carácter de *regulares*, por carecer de vicios manifiestos. En definitiva, lo que se igualan son los actos regulares, sean ellos válidos o inválidos, en cuanto a los efectos que provisionalmente producen hasta tanto la invalidez de los segundos sea declarada por una autoridad competente. Los actos irregulares no se igualan, ni siquiera provisionalmente, a los actos válidos.

[18] En este sentido indica WOLFF que en el derecho alemán, en que el acto nulo es ineficaz de antemano, "no necesita ser obedecido por nadie, ni siquiera por el afectado o por la utoridad que lo emanó." "Sin embargo, el afectado soporta el riesgo de asumir erróneamente nulidad; él no puede remitirse a su buena fe. En los casos de duda debe pues acudirse al tribunal administrativo." (*Op. cit.*, p. 341.) Y en nuestra jurisprudencia, aun admitiéndola, de todos modos el problema se reproducía en lo que hace a la inexistencia del acto. Por ello la vieja preocupación del tribunal por una suerte de desobediencia generalizada e impune era totalmente injustificada, como injustificada la presunción de legitimidad del acto manifiestamente ilegítimo.

Todavía más, puede agregarse una reflexión contraria de orden político: Uno de los vicios de nuestro sistema es inclinarse demasiado a favor de la autoridad en desmedro de la libertad individual; es negar al administrado la suficiente participación en la elaboración de las decisiones administrativas, y es reposar más sobre la orden que sobre el consenso. No debemos en consecuencia agravar esa situación con soluciones que, en los casos específicos, no hacen sino enfatizar los vicios políticos expresados antes que contribuir a solucionarlos.

[19] DIEZ, *op. cit.,* t. II, p. 296.

[20] LINARES, *op. cit.*, p. 29.

5.2. *Necesidad de alegar la ilegitimidad*

De lo expuesto se deduce un segundo aspecto de la presunción de legitimidad: Que para desvirtuarla es necesario alegarla o pedirla,[21] sea ante la administración o ante la justicia. La administración puede de oficio revocar el acto, salvo los casos que más adelante se explicará, pues a ella no alcanza la limitación que deriva de la presunción de legitimidad, pero en cambio la justicia no puede hacerlo sino a pedido de parte. En cualquiera de estos casos, lo cierto es que el administrado "no puede sustituirse a la autoridad competente, a los efectos de establecer la legitimidad del acto;"[22] él debe pedir la declaración de su ilegitimidad y mientras tanto comportarse como si el acto fuera válido, aunque en verdad no lo sea.

5.3. *¿Necesidad de probar la ilegitimidad?*

Si bien algunos fallos y autores expresan que la presunción de legitimidad acarrea la necesidad simultánea de *alegar* y *probar* la ilegitimidad del acto, pensamos que esa doble consecuencia es inexacta. Por de pronto, parece evidente que la prueba —aún admitiendo esta orientación— sólo puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto dependa de situaciones de hecho que éste ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de su mera confrontación con el orden jurídico positivo, parece infundado que ello deba de alguna manera probarse: Es obvio a su respecto que la ilegitimidad sólo se *alega* y *argumenta* ("probándola," si acaso, en sentido lógico-jurídico, pero no fáctico), pero que ninguna prueba concreta es necesario ofrecer o producir. Lo mismo puede decirse del caso del "hecho notorio" en derecho procesal.

Típicos de esta situación son los casos en que el vicio del acto no resulta de situaciones de hecho susceptibles de prueba (desviación de poder, desconocimiento de los hechos del caso, etc.), sino de la interpretación del derecho aplicable. Puede un acto ser nulo por tener "manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley" (*Pustelnik,* cons. 4°), o puede, en cambio, ser anulable por estimar el órgano que declara el vicio, que el acto en cuestión no interpretó rectamente el orden jurídico aplicable, pero lo hizo de manera no manifiesta. En este caso no se habrá de "probar" la ilegitimidad del acto, sino de allegar a la causa argumentos de derecho suficientes para demostrar que el acto impugnado no aplicó correctamente el orden jurídico vigente.

Pero, aun aclarado ese obvio equívoco del principio, parécenos de todos modos inexacto que la presunción de legitimidad implique la necesaria probanza de los hechos desconocidos por la administración. Como dice TREVES, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo caso una *relevatio ad*

[21] MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 372.
[22] DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 296.

onere agendi, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*;[23] de allí se sigue, en palabras de MICHELI, que "de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios," y que no puede en modo alguno sentarse un principio de "en la duda a favor del Estado,"[24] sino a todo evento y en un estado democrático, *in dubio pro libertate*,[25] en otras palabras, que "la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba,"[26] ni libera a la administración de aportar las pruebas que sustenten su acción.[27]

5.4. *Exigibilidad del acto ilegítimo*

Además de estas consecuencias que resultan en una igualación práctica de los actos válidos y algunos de los inválidos, se produce otro efecto trascendente: Es la exigibilidad u obligatoriedad que el acto presumido legítimo tiene, y que algunos autores extienden hasta reconocerle lo que se denomina "ejecutoriedad." A ella nos referiremos más abajo.

Sin embargo, no debe pensarse que cualquier disposición emanada de la administración reúne inexorablemente esas condiciones de presunción de legitimidad y exigibilidad: Tanto si se admite la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, como si en su lugar se habla de las "vías de hecho" de la administración, o de los simples "hechos" administrativos, en todos esos casos es evidente que la actividad administrativa no tiene *siempre* presunción de legitimidad ni es, por lo tanto, base suficiente para generar obligaciones exigibles a los administrados. Con todo que el principio ha sido formulado con latitud, pues no alcanza a *cualquier* manifestación de la actividad administrativa, sino sólo a los actos válidos y anulables (actos regulares); no alcanza, pues, a los actos irregulares. (Nulos e inexistentes.)

6. *Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo*

En la jurisprudencia tradicional existía una inconsecuencia en cuanto se sostenía que el acto nulo no tenía estabilidad, pero sí presunción de legitimidad. Esa falta de sistematicidad se corrige ahora, pues el acto nulo se considera irregular y no tiene presunción de legitimidad ni estabilidad. Solamente por excepción,

[23] TREVES, GIUSEPPINO, *La presunzione di legitimitá degli atti amministrativi*, Padua, 1936, p. 84 y ss., 161 y ss.

[24] MICHEL, GIAN ANTONIO, *La carta de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, nota 110.

[25] Un lúcido desarrollo de este principio en SCHNEIDER, PETER, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960.

[26] MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119, *in fine*. En contra, Cámara Federal de la Capital, Sala Contencioso-administrativa, en *JA,* 1967-1, p. 205.

[27] MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118. Esto, que debe ser así en sede judicial en cuanto al *onus probandi*, pero no siempre realmente lo es, en cambio, se formula correctamente en el procedimiento administrativo, donde impera el principio de la verdad material, de la instrucción y de la impulsión de oficio.

el art. 17 del decreto-ley 19.549/72 establece que en determinados casos el acto nulo tiene estabilidad en sede administrativa y sólo puede ser extinguido en sede judicial. Dice dicha norma: "No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad."

III. Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad

7. *La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción*

7.1. *Criterio tradicional. Fundamentos*

La doctrina tradicional reconocía al acto administrativo el carácter de "ejecutorio" en todos los casos, implicando con ellos dos caracteres: *a)* Que debe cumplirse, y *b)* que la administración tiene a su disposición los medios necesarios para hacerlo cumplir por medio de la coerción.[28] La ejecutoriedad se divide entonces en propia e impropia, según que la administración tenga ella misma los medios de coerción, o deba solicitarlos a la justicia: En el segundo caso la ejecutoriedad sería impropia. (Por ejemplo, el cobro de una multa.)

7.2. *Nuestra distinción*

Por nuestra parte, siguiendo a un sector de la doctrina moderna, preferimos caracterizar el acto administrativo como "exigible" u "obligatorio," señalando con ello el que *debe cumplirse*, y tomar como característica aparte la de su eventual ejecutoriedad, en cuanto posibilidad de uso de la fuerza por la administración. Diremos que es *ejecutorio* cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, expresamente o en forma razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir ella misma por la coerción, y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento.

[28] Todavía hoy en este sentido ROCCO, FERDINANDO, *Scritti e discorsi di diritto pubblico*, Milán, 1961, p. 15 y ss.; con limitaciones, CASSAGNE, *La ejecutoriedad*, *op. cit.*, p. 97 y ss. Dentro de la terminología francesa e italiana, es en cambio enteramente preciso ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la administración pública*, San José, Costa Rica, 1973, p. 87, quien expresa: "El privilegio de «prealable» o de la decisión ejecutoria, como quiera llamárselo, consiste en la potestad de dictar actos administrativos, inmediatamente eficaces para alterar la situación jurídica de otros sujetos, sin necesidad de su consentimiento; y si el resultado jurídico no es inmediato (porque faltan requisitos de eficacia) es siempre unilateral, sin la voluntad concurrente del destinatario." (*Op. cit.*, p. 87.)

"La ejecutoriedad del acto es totalmente otra cosa. Es el régimen jurídico de ejecución de sus efectos, que, de consiguiente, sólo es propia de acuellas que la requieren, porque exigen un resultado real e histórico, que sale del mundo del derecho. La ejecución del acto es la conformación de la realidad para su adaptación a los efectos del mismo." (*Op. loc. cit.*)

7.3. *Diferencias de interpretación en cuanto a las potestades coactivas de la administración*

La diferencia, a más de terminológica, radica en lo siguiente: En la doctrina tradicional se afirma, sin fundamento positivo expreso, que la administración tiene por principio el uso de la coerción a su disposición, para lograr el cumplimiento de sus actos; en esta otra formulación, por el contrario, entendemos que dicho principio no existe, y que sólo cuando el orden jurídico lo autorice expresamente o en forma razonablemente implícita, y para los casos concretos y específicos en que ello ocurra, tendrá la administración el uso de la coerción para lograr ella misma y por sí sola el cumplimiento de sus actos, debiendo en los demás casos solicitar judicialmente la ejecución coactiva del acto.

Expresa en igual criterio LINARES que puede entonces formularse "la regla de que la ejecutoriedad propia requiere, en nuestro país, un texto legal fundante,"[29] lo que hace extensivo a la ley de procedimiento en el sentido de que ella no sería suficiente texto expreso para fundar tal ejecutoriedad propia.[30] La ejecutoriedad "propia," con el alcance de otorgar a la administración el uso de la coerción para ejecutar por sí sus actos, aun cuando se encuentre en contraposición a derechos de los particulares, sólo puede razonable y constitucionalmente otorgarse en casos determinados, a texto expreso; nunca podría admitirse, sin incurrir en arbitrariedad, que una norma legal general diera a la administración una suerte de potestad omnímoda e indiscriminada para usar de la coerción de la manera que discrecionalmente le pareciera más oportuna, en cualquier caso.

En sentido similar expresa BREWER CARIAS, que "En principio, la ejecución forzosa del acto administrativo por *vías coercitivas* no puede tener lugar sino por vía judicial...;" "Por tanto, la administración, a pesar de que es detentadora de la fuerza pública, no puede recurrir directamente y en principio a la coerción para ejecutar sus propias decisiones,"[31] y agrega que la administración "sólo puede recurrir a la fuerza pública para ejecutar forzosamente sus decisiones, en tres casos precisos que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico vigente: Por una parte, *cuando una ley lo permite expresamente*...; por otra parte..., en los casos de Estado de Emergencia Nacional declarado... Por último, en caso de necesidad o urgencia comprobada."[32]

7.4. *Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo*

Por lo demás, no debe confundirse el *ejercicio* de la fuerza con la *facultad* de disponer el ejercicio de la fuerza, ya que si bien por lo general "las medidas de ejecución son obra exclusiva del Poder Ejecutivo... el Poder Ejecutivo no puede,

[29] LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 326, p. 366.
[30] LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 327, p. 367.
[31] BREWER CARÍAS, *Las instituciones...*, *op. cit.*, p. 132 y ss.
[32] BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

en principio, tomar estas medidas *más que en virtud de una decisión de justicia:* Únicamente el juez tiene la cualidad de autorizar las vías de ejecución."[33]

7.5. *Implicancia política del tema*

No nos hallamos en este punto ante una mera discusión académica o terminológica: Estamos en verdad delineando uno de los puntos fundamentales del régimen político-administrativo; por ello, señala ORTIZ que "la ejecución forzosa es el medio de resolver por la fuerza un conflicto entre administración y administrados, anticipando la labor del juez. Esto pone en juego, en su punto crítico, el dilema y la confrontación entre autoridad y libertad;"[34] VEDEL llega incluso a afirmar que es propio de toda sociedad *civilizada* que tales ataques a los derechos de los particulares no puedan ser realizados "sino bajo el control y con la autorización del juez."[35] No se trata de importar ideas incompatibles con nuestra "realidad vernácula,"[36] sino de acercarse a las pautas mínimas de cualquier sociedad en palabras de VEDEL, civilizada.

[33] GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 368, refiriéndose a la doctrina y jurisprudencia francesa, particularmente expuestas por CHINOT, GEORGIN y otros. Ver también BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 133, nota 83.

[34] ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la administración pública*, *op. cit.*, p. 100.

[35] VEDEL, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 161.

[36] Por lo demás, no ha de pensarse que sólo autores europeos sostienen una tesis limitativa de la potestad administrativa de ejecución forzada de sus actos frente a particulares afectados. También ORTIZ, el distinguido profesor costaricense, es categórico en el punto: "La solución clásica del derecho administrativo en garantía de la libertad ha sido someter a la administración a la ley siempre que sus poderes amenazan aquella libertad. Ha sido y es el principio de legalidad. Esto significa que para que se dé tutela de un derecho subjetivo de la administración contra él, es necesario encontrar apoyo en la existencia de una norma que... autorice el empleo de la fuerza *en esa circunstancia.* Y esto es así... porque... el principio de legalidad es enteramente normal y la sujeción al mismo es la condición natural de cualquier actividad administrativa autoritaria e imperativa. El principio de legalidad como fundamento necesario de cualquier potestad de imperio, hace únicamente excepción cuando se trata de situaciones de urgencia (emergencias, catástrofes, perecimiento de bienes jurídicos o materiales al cuidado de la administración, etc.) o de las relaciones especiales de poder." (ORTIZ, *Los privilegios de la administración pública*, *op. cit.*, p. 100.)

"La más nueva doctrina apoya esta solución, cuya síntesis se puede hacer diciendo que, por tratarse de la forma máxima de imperio posible, el empleo de la violencia administrativa sobre cosas y personas, sólo puede darse en la medida en que esté autorizada por una norma expresa... inequívocamente." (*Op. cit.*, p. 101.) ORTIZ critica expresamente a CARBONE, CARMELO, "Esecuzione dell'atto amministrativo," en *Enciclopedia del Diritto*, p. 461, quien construye una regla general de la ejecución forzosa a partir de leyes especiales autorizantes. Esa es justamente la cuestión, la potestad de utilizar de la fuerza sólo puede nacer en un Estado de Derecho para situaciones determinadas y por leyes expresas y concretas; jamás puede admitirse, sin caer en un verdadero Estado de Policía, en una supuesta ley general que dé una potestad coactiva indiscriminada a la administración, por más "límites" que luego se le quieran poner en doctrina o en legislación.

En el derecho colombiano puede verse cómo VIDAL PERDOMO, JAIME, en su *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., menciona como ejemplos de ejecución de oficio solamente casos en los cuales una norma legal autoriza en forma expresa a la administración a proceder directamente. (*Op. cit.*, pp. 391 y 392.) En Venezuela, BREWER CARÍAS se inclina por una opinión igual a la que ya hemos expuesto más arriba en el texto.

7.6. *Derecho comparado*

De los criterios del derecho comparado puede ser de interés considerar dos soluciones opuestas y significativas: En el derecho italiano se admite en forma amplia la ejecutoriedad,[37] mientras que en el derecho inglés si la ley no da expresamente a la administración el uso de la coerción, debe pedirse la ejecución del acto por vía judicial.[38]

En el derecho francés, en el que se habla frecuentemente de "decisión ejecutoria," en el sentido de "acto administrativo," la regla no es tan extrema como a veces se la quiere enunciar entre nosotros. En efecto, en la jurisprudencia francesa la ejecución de oficio[39] por la propia administración se considera un "privilegio," no una regla normal, y se han podido distinguir dos grandes tipos de casos: *a)* "Cuando la ley da a la administración el poder de actuar de oficio, la administración no lo posee sino en la medida estricta en que la ley se lo reconoce,"[40] y *b)* cuando no hay ley reglamentando el punto, "la administración no puede asegurar ella misma la ejecución de su orden o de su prohibición sino cuando no hay sanción penal, ni sanción civil, e incluso ni sanción administrativa, y aun en este caso ella no debe ir más allá de lo que sea necesario para la realización inmediata de la ley o del acto administrativo."[41] Aun en el derecho francés, pues, se requerirá la inexistencia de toda sanción —sea ella penal, civil o administrativa— por el incumplimiento para que proceda la ejecución de oficio.[42]

[37] ZANOBINI, *op. cit.*, t. I, pp. 293-300, aunque enuncia algunas condiciones para que la ejecutoriedad sea procedente, pp. 295 y 296; en igual sentido RANELLETTI, *op. cit.*, p. 128, que de todos modos aclara que la ejecutoriedad se aplica a los actos válidos y *anulables,* pero no a los nulos.

[38] LEFÉBURE, MARCUS, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, París, 1961, p. 157 y ss. Desde luego, esto se conforma a toda la filosofía del derecho público inglés, explicada comparativamente a otros por WADE, H. W. R., *Administrative law*, Oxford, 1961, pp. 37 y 38. Ver también YARDLEY, D. C. M., *A Source Book of English Administrative Law*, Londres, 1963, p. 223 y ss.

[39] No debe confundirse el *"privilège du préalable"* con el *"privilège d'exécution d'office:"* El primero es la obligatoriedad o exigibilidad, el segundo la ejecutoriedad. Curiosamente, y como señala GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, muchos autores los confunden. La doctrina francesa, sin embargo, suele hacer la distinción con bastante pulcritud, por ejemplo RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1962, p. 89.

[40] CHINOT, R., *Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, París, 1945, p. 52, citado por LEFÉBURE, *op. cit.*, p. 156.

[41] LEFÉBURE, *op. cit.*, pp. 156 y 157; CHINOT, *op. cit.*, pp. 23-29, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 368.

[42] Cabe recordar también a VEDEL, *Droit administratif*, París, 1961, p. 161, quien expresa que "El problema de la ejecución forzada de decisiones ejecutorias es pues un problema límite; no alcanza a toda fuerza ejecutoria de las decisiones y no es por ello contradictorio decir que una decisión ejecutoria no es necesariamente susceptible de ejecución forzada." (*Op. cit.*, p. 161.) O sea, que en la doctrina francesa decir que una decisión es ejecutoria no significa afirmar que proceda la ejecución forzosa. Por ello creemos más adecuado hablar de la exibilidad u obligatoriedad del acto, como un concepto diferente de la ejecutoriedad; muchos autores han confundido ya, de la doctrina francesa, la "ejecutoriedad" con la "ejecución forzosa," como para que convenga en castellano seguir con dicha terminología.

En el derecho alemán la solución es coincidente. Señala FORSTHOFF en este aspecto que "... tampoco existe —y hay en la actualidad especiales motivos para señalarlo— una norma jurídico-administrativa general que autorice a la autoridad a servirse de medios coactivos cada vez que se trate de forzar el cumplimiento de deberes administrativos. *No hay un derecho general coactivo y ordenador.* Todo acto de aplicación de coacción (y también, naturalmente, de la amenaza de su imposición) tiene que fundarse en un título jurídico concreto. Por consiguiente, la administración tiene que estar autorizada por una norma jurídica *cada vez que trata de aplicar la coacción*."[43]

En el derecho belga encontramos una situación análoga a la francesa, por cuanto se niega a la administración la potestad de aplicar la coacción material al administrado que se niega a cumplir el acto, cuando existan sanciones penales o administrativas aplicables al administrado.[44]

7.7. *Conclusiones*

En nuestro derecho pareciera, a nuestro modo de ver, que si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar ella misma el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente, y no hay sanción penal, civil ni administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración *no puede* ejecutar de oficio por la coerción el acto, cuando con ello invade derechos de particulares y sólo podrá solicitarlo judicialmente; la solución opuesta no tendría fundamento alguno de orden positivo e implicaría un claro disvalor político.

Por lo demás, negar la potestad de ejecución coactiva cuando la ley no la otorga, en forma expresa o razonablemente implícita *en un caso concreto*, no es sino la aplicación del principio de que cuando una norma no otorga a la administración determinada facultad, ha de interpretarse que no la tiene. (Interpretación restrictiva de la competencia, a diferencia de la interpretación extensiva de la capacidad del derecho privado.) Y, sin duda, ello no significa que nos encontremos ante una laguna, pues el ordenamiento jurídico nos da así claramente la solu-

De todas maneras, valga la pena recordar que el mismo VEDEL expresa con acierto que "la ejecución forzosa conlleva frecuentemente un ataque a derechos fundamentales (libertad individual, propiedad, inviolabilidad del domicilio, etc.); y es un principio de una sociedad civilizada que tales ataques no puedan ser realizables sino bajo el control y con la autorización de un juez." (P. 161.) Y si bien cabe formular excepciones a este criterio general, lo cierto es que el mismo ha de mantenerse necesariamente como el principio rector y punto de partida, no pudiendo entonces racionalmente sentarse en la regla inversa. Ver también ORTIZ, *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 100.

[43] FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 392. Todavía agrega este autor, refiriéndose a la posibilidad de admitir un tal poder coactivo y ordenador general, que "... si se admite que para alcanzar un fin administrativo puede utilizarse, con carácter general, como medio coactivo el poder de que dispone la administración sobre el individuo, se abandona el principio jurídico válido hasta ahora, según el cual todo medio coactivo *necesita un título jurídico propio* para que sea lícito su empleo." (*Op. cit.*, p. 393; la bastardilla es nuestra.)

[44] BUTTGENBACH, ANDRÉ, *Manuel de droit administratif*, t. I, Bruselas, 1959, pp. 325-6; MAST, ANDRÉ, *Précis de droit administratif belge*, Bruselas, 1966, p. 8.

ción de que tal potestad *no corresponde,* en el caso concreto, al órgano de que se trate; la pretendida potestad genérica que da el art. 12 del decreto-ley 19.549/72, es, en nuestro derecho, absurda e irracional si se la interpreta como algunos lo hacen, y en todo caso netamente insuficiente para sostener el principio del uso indiscriminado de la coerción por la administración. Sobre esto volveremos en el § 9 de este capítulo.

8. *La ejecutoriedad. Alcances y medios*

De acuerdo a lo expuesto, la ejecutoriedad no constituye un carácter propio, permanente, del acto administrativo, sino que puede darse circunstancialmente cuando el orden jurídico, en forma expresa[45] y en los casos concretos, reconozca a la administración la potestad de utilizar la coacción para hacer cumplir su acto por la fuerza. Se trata de una potestad excepcional, cuya existencia debe demostrarse en los casos ocurrentes y que no puede suponerse *a priori* como un principio universalmente presente en la actividad de la administración.

La ejecutoriedad, a su vez, puede ser otorgada por el orden jurídico a través de distintos medios:

8.1. *La coerción directa*, cuando la administración puede forzar al administrado a cumplir con el acto. (Por ejemplo, a retirarse de un lugar cuyo acceso está prohibido.) A este respecto es importante señalar que el uso directo de la coerción administrativa sólo se puede justificar cuando se trata de hacer cumplir un acto administrativo: Nunca, en nuestro concepto, sin existir acto alguno de por medio;[46] con referencia al acto administrativo, si bien la regla general es que

[45] O en forma razonablemente implícita, según dijimos, pero nunca en total ausencia de fundamentación normativa. No creemos, pues, que sea válido afirmar que "los actos administrativos son ejecutorios sin necesidad de que una ley expresamente lo autorice," ni que deba recurrirse a la justicia para la ejecución coactiva del acto únicamente en el caso de que "una norma general o particular despoja en expresa forma la ejecutoriedad de ciertos actos administrativos" (FIORINI, *op. cit.*, t. I, 2ª ed., p. 300), pues el principio será siempre la necesidad de ley expresa en el caso concreto, para que la administración pueda ejecutar ella misma por la coacción el acto; en ausencia de esa norma, procede solicitarla judicialmente. Fácil es advertir qué ocurriría si, no habiendo ley que diga nada, la administración decidiera ejecutar directamente una multa, y vender ella misma los bienes del particular para satisfacer el pago de una multa así "ejecutoria..."

[46] Reputamos por ello equivocada la distinción que hace VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 222 y ss., en cuanto admite dos clases de coerción: "La coerción directa" y la ejecución por "coerción de policía;" admitirlo sería tanto como sostener el empleo totalmente arbitrario e injustificado de la fuerza; como es evidente, la justificación del empleo de la fuerza sólo puede ser juzgada debidamente si se la puede apreciar a través de un acto expreso, y no si se la debe inferir en forma tácita de la actuación administrativa. Hasta el policía que detiene a un delincuente deberá primero exteriorizar su voluntad a través de un acto —el simple "¡Alto!" o "¡Deténgase!," etc. requisito sin el cual el empleo de la fuerza será siempre arbitrario e infundado, salvo que se trate de la aplicación de la coacción sobre cosas o animales cuyos dueños no estén presentes y/o no podrían ser notificados del acto, atenta la urgencia de la medida. (Matar un animal peligroso, retirar un objeto de la vía pública, capturar un animal escapado de un circo o zoológico.) Comparar ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 243, quien ofrece ejemplos similares.

debe ser escrito,[47] lógico es admitir que en esos casos de urgencia, necesidad, etc., pueda también válidamente darse verbalmente. En realidad, los casos que a veces parecieran ser de empleo de la coerción directamente, sin ejecución de acto alguno, son en realidad hipótesis en que la administración ha emitido el acto verbalmente: Así la orden de circular o retirarse de un lugar de peligro, o de reunión pública, etc.

8.2. *La coerción indirecta*, cuando la administración aplica otro tipo de sanciones (multas, clausura, inhabilitación, etcétera), a fin de forzar al administrado a cumplir el acto.

8.3. *La ejecución directa, por la misma administración o por terceros*, con cargo al obligado a cumplir el acto. (Por ejemplo, en la construcción de cercos y veredas: Si el propietario no lo efectúa, lo hace la administración por sí o por terceros y le cobra el gasto al propietario.) Este caso puede también asimilárselo a alguno de los anteriores.

8.4. *La ejecutoriedad en la práctica*

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre en la práctica administrativa? Entendemos que lo que expusimos refleja esa realidad, en cuanto de ordinario nadie entiende que si yo desobedezco una orden de cualquier funcionario público, éste pueda hacérmela cumplir por la fuerza física, o aplicarme cualquier sanción indirecta, *sin necesidad de norma expresa o razonablemente implícita que se lo autorice.*

Si un profesor ordena a un alumno: "Retírese del aula," y éste dice: "No me retiro," ¿se entenderá acaso que el profesor puede llamar a cuatro ordenanzas y entre todos levantarlo en vilo y sacarlo del aula? En esta hipótesis, al no haber norma que autorice la coerción directa, sólo se podrá aplicar alguna de las sanciones disciplinarias que prevé la reglamentación; y si dichas normas establecen que las sanciones las aplica el decano, entonces no podrá aplicarlas directamente el profesor, por una supuesta "ejecutoriedad" del acto administrativo. En tal situación, bien se advierte, el profesor no tiene a su alcance la posibilidad de hacer cumplir por la fuerza física el acto, ni tampoco la de aplicar sanciones que indirectamente obliguen al alumno a cumplir el acto: Lo más que puede hacer es *pedir* que sean aplicadas. Ello significa que *su* acto no tiene ejecutoriedad. Si con similares ejemplos se consideran los actos que puedan dictar los diversos funcionarios de la administración, se encontrará que nunca, salvo en el caso de las fuerzas de seguridad, puede aplicarse la coerción física directa; y que en cuanto a *las sanciones* que puedan servir indirectamente como coerción, ellas *deben siempre estar expresamente previstas en el ordenamiento jurídico,* y sólo

[47] Tiene dicho la Corte Suprema que la "realización verbal" de un acto administrativo importa una "ausencia de toda forma" incompatible con los recaudos mínimos de forma y competencia" exigibles "para la validez de los actos administrativos:" *Fallos,* 256: 277 y 280, *Gómez Zorrilla*, 1963.

La misma solución consagra el art. 8° del decreto-ley 19.549/72.

pueden ser aplicadas por los funcionarios contemplados en estas normas y en los casos que ellas disponen. Esto no es, pues, sólo una opinión de doctrina: La realidad del derecho administrativo argentino, se advierte, funciona de modo tal que no cualquier funcionario que dicta un acto administrativo puede considerarlo "ejecutorio" con el supuesto alcance de que tiene a su disposición todos y cualquier medio de coerción para hacerlo cumplir por la fuerza, contra la voluntad del individuo afectado por el acto. Ello no ha privado de eficacia ni de regular cumplimiento a sus actos, lo que demuestra la conveniencia, además de la exactitud, del criterio expuesto.

IV. Impugnabilidad

9. *Fundamento de la impugnabilidad*

A más de las características enunciadas cabe agregar, a nuestro juicio, la de la indispensable impugnabilidad del acto. En efecto, es ínsito a su calidad de acto productor de efectos jurídicos directos, que tales efectos puedan ser controvertidos por el interesado mediante la interposición de recursos administrativos o judiciales. El acto en sí mismo "irrecurrible" no existe en un Estado de Derecho, salvo la sentencia judicial que con autoridad de cosa juzgada cierra definitivamente una cuestión.

Por lo demás, se comprende que si se reconoce al acto administrativo presunción de legitimidad, exigibilidad, e incluso ejecutoriedad en algunos casos, esas potestades deben ir acompañadas de los medios para que el individuo pueda cuestionar y discutir eficazmente la validez o el mérito del acto que lo perjudica. Desde un punto de vista positivo, cabe también recordar que es parte de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18) el poder defenderse tanto en sede administrativa como judicial de los actos que lesionan su persona o sus derechos. La impugnabilidad se da tanto ante la propia administración como ante el Poder Judicial.

9.1. *En sede administrativa*

A través de los recursos (jerárquicos mayor y menor, alzada, revisión, reconsideración), reclamaciones (mera reclamación administrativa previa, queja) y denuncias. (Mera denuncia, denuncia de ilegitimidad.) Su estudio corresponde al procedimiento administrativo, pero conviene recordar aquí que no es óbice a la procedencia del recurso la estabilidad que el acto acatado pueda tener, pues esa estabilidad opera como una limitación a la facultad de *extinguir* el acto, no como una limitación a la posibilidad de *discutir* su validez.

Por lo demás, dado que la estabilidad no existe cuando el acto está gravemente viciado, siempre debe reconocerse al tercero afectado la facultad de discutir que

el acto *no goza de estabilidad* por tener un vicio de tal índole, y que debe, por ende, ser revocado; del mismo modo, dado que la estabilidad juega a favor del interesado pero no en su contra, tampoco puede negarse al beneficiario del acto poder recurrir de él, pidiendo que sea modificado en su favor.

En ese sentido, ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, que "... los actos de Y.P.F. como los actos de cualquiera otra entidad descentralizada del Estado o de la misma administración central, no tienen el carácter de irrevisibles sino cuando se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de «cosa juzgada administrativa,» la que, justamente, *se da en beneficio de los administrados y no de la administración, por lo que mal puede invocársela para denegar la procedencia formal de un recurso.*"[48]

El principio de la impugnabilidad en sede administrativa surge por lo demás, claramente, de toda la práctica administrativa, que ha establecido diversos criterios que lo consagran con amplitud: Así, un recurso mal denominado debe tramitarse como el que técnicamente corresponde; un escrito expresando la voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración, y hasta una notificación en la que el interesado toma vista "en disconformidad," constituyen válida interposición de un recurso administrativo formalmente procedente; en situaciones en que el acto es irrecurrible administrativamente, sea por haber sido dictado por el Poder Ejecutivo en situaciones en las que no es procedente el recurso de reconsideración ni de revisión, sea por impugnar decisiones que de acuerdo a normas expresas son consideradas "definitivas," de todos modos se admite el derecho a cuestionar la legitimidad del acto interponiendo lo que se denomina "denuncia de ilegitimidad,"[49] que si bien no constituye técnicamente un "recurso," es de todos modos una impugnación formalmente admisible en el procedimiento administrativo.

Finalmente, conviene recordar también que en la distinción que se efectúa entre "recursos" y "reclamaciones," los primeros sólo proceden contra actos administrativos en sentido de actos productores de efectos jurídicos directos, inmediatos: Por tal razón no son impugnables por "recurso," pero pueden ser impugnados por otros medios (escritos alegando al respecto; reclamaciones) los actos preparatorios, tales como proyectos de actos, actos dictados ad referéndum mientras éste no es pronunciado, actos sujetos a aprobación mientras la aprobación no se ha dado, informes, dictámenes, actos no notificados, etc. En doctrina se admite también en algunos de esos casos la interposición del recurso, a condición de que el acto haya sido dictado antes de la resolución del recurso, pero en la práctica se exige, en cambio, la existencia *actual* de un acto productor de efectos jurídicos inmediatos, para que sea procedente la interposición de un recurso contra él; todo ello

[48] PTN, *Dictámenes,* 101: 117; 103: 230.

[49] Amplir en nuestro *Tratado,* tomos 4.1 y 4.2, *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*

sin perjuicio, tal como quedó dicho, del derecho a presentar escritos refutando lo sostenido en el proyecto, informe, dictamen, etc., del caso.

9.2. *En sede judicial*

Si amplio es el principio de la discutibilidad del acto en sede administrativa, con mayor razón aún debe ser amplio en sede judicial: Aquí cobra plenitud de aplicación la garantía de la "defensa *en juicio*," que no puede conculcarse sin grave lesión constitucional. Sin embargo, uno de los problemas que plantea el derecho administrativo es la persistente tendencia de la doctrina, y a veces de la jurisprudencia, a querer aislar un grupo de actos de la administración y excluirlos de la revisión judicial: Son los llamados, según los autores, actos "políticos," "de gobierno," "institucionales," etc., caracterizados todos como "no justiciables," "irrevisibles judicialmente," inatacables judicialmente," etc.[50]

Incluso esa afirmación, y la pretensión de aislar una serie de actos que no serían ya actos administrativos sino una especie autónoma, reafirma de todos modos que la característica básica y esencial de los actos administrativos es la contraria: La posibilidad amplia de discutirlos y atacarlos ante la justicia, y la potestad amplia de los jueces para revisarlos y anularlos si son contrarios a derecho. Sin perjuicio de que a nivel de principios se confirma así la característica que asignamos a los actos administrativos, consideramos de todos modos inexacto, de acuerdo al derecho público argentino, afirmar que parte alguna de los actos emanados de la administración puedan ser por su naturaleza "no justiciables" o "irreversibles," y estimamos, por ende, que no existe una categoría de "actos de gobierno," "políticos," "institucionales," etc.[51]

9.3. *Comparación*

Finalmente, interesa recordar el alcance de la impugnabilidad administrativa y judicial: La primera procede no sólo por razones de legitimidad, sino también por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La segunda, en cambio, procede únicamente por razones de legitimidad, concepto que se interpreta en forma amplia: Dentro del control judicial de legitimidad se comprende no sólo el control del ejercicio de las facultades regladas de la administración, sino también el del ejercicio de las facultades discrecionales, en la medida en que ésta haya podido resultar violatoria de principios jurídicos tales como la razonabilidad, desviación de poder, buena fe, etc.

[50] Para una crítica, ver el *Tratado*, t. 2, cap. XIV, e *infra*, cap. XII.

[51] Ver *infra*, cap. XII. Como dice la Corte Suprema en *Fallos*, 285: 410, 417, cons. 17°, la cuestión no puede quedar sustraida al conocimiento del Poder Judicial "cuando la decisión adoptada suscita una controversia de naturaleza estrictamente jurídica, que exige un pronunciamiento que le ponga fin *a través de la solución que en derecho corresponda*." La bastardilla es nuestra.

V. Estabilidad

10. *La estabilidad del acto administrativo*

Mientras que algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su "revocabilidad,"[52] en el sentido de que la administración podría en todo momento y sin limitación dejarlo sin efecto, el derecho administrativo argentino ha evolucionado en sentido inverso, a punto tal que en su estado actual consideramos que puede señalarse precisamente una característica inversa para el acto administrativo: Su estabilidad.

En este sentido, ha sostenido LINARES que "al contrario de lo que viene repitiendo la doctrina dominante como consecuencia del planteo fragmentario del problema, la regla es que el acto administrativo es, en principio, "irrevocable," máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos;"[53] en criterio similar sostiene MARIENHOFF que "la «revocabilidad» del acto administrativo no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir el «principio» en esta materia. La revocación del acto administrativo es una medida *excepcional*, verdaderamente "anormal."[54]

En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa. Ha dicho nuestro más alto tribunal en este sentido: "Que no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades," y recordó un decreto del año 1896 que en sentido similar señalaba que las resoluciones administrativas no son susceptibles de reconsideración "porque el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inconmovibles," ya que "de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible."[55] La solución jurisprudencial ha sido confirmada y afianzada legalmente en los arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549/72.[56]

[52] TESAURO, *op. cit.*, p. 142; BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 99; DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 273, aunque luego limita esta característica en forma muy pronunciada, de modo tal que en rigor su criterio es tanto o más amplio que el que enunciamos en el texto; FIORINI, *op. cit.*, p. 303.

[53] LINARES, JUAN FRANCISCO, "Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo," en *Revista de Derecho Administrativo Municipal*, nº 211, Buenos Aires, 1947, p. 667; *Fundamentos del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, § 296-303, pp. 343-351.

[54] MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 579 y ss. Ver, en cambio, REAL, ALBERTO RAMÓN, "Extinción del acto administrativo creador de derechos," en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XI, nº 1-2, Montevideo, año 1960, p. 71 y ss.

[55] *Carman de Cantón*, 1936, *Fallos*, 175: 368, considerando tercero. En sentido similar al texto LINARES, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 346-351.

[56] Art. 17: *Revocación del acto nulo.* El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegalidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto *estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos*

11. *Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa*

En el citado fallo la Corte Suprema habló de "cosa juzgada administrativa;" fallos posteriores, y otros autores, hablan de "irrevocabilidad," "estabilidad," "inamovilidad," "inmutabilidad," etc. En realidad, las expresiones "irrevocabilidad" e "inmutabilidad" o similares no son del todo exactas, pues, según veremos, el acto *puede revocarse* en ciertos casos de excepción; la expresión "cosa juzgada administrativa," si bien muy difundida, tampoco es la más acertada, porque encierra una confusión con la cosa juzgada *judicial*.

En efecto, la "cosa juzgada judicial" y la "cosa juzgada administrativa" no tienen en común, como a primera vista podría parecer, ser ambas "cosa juzgada;" por el contrario, cosa juzgada en sentido estricto es sólo la que se produce respecto de las sentencias judiciales.[57] Una sentencia judicial que hace cosa juzgada no es ya impugnable por recurso o acción alguna, y no puede ser modificada por otro tribunal; la "cosa juzgada administrativa," en cambio, implica tan sólo una limitación a que *la misma administración* revoque, modifique o sustituya el acto, y no impide que el acto sea impugnado,[58] y eventualmente anulado en la justicia. Por lo demás, la administración puede siempre revocar o modificar el acto si con ello beneficia al interesado,[59] lo que no ocurre con la "cosa juzgada judicial." La llamada cosa juzgada administrativa, pues, ni es definitiva como la judicial, ni es tampoco inamovible, inmutable o inextinguible. Por ello preferimos el empleo de la palabra "estabilidad" o en todo caso "irrevocabilidad" para referirnos a este principio jurisprudencial y legal.

que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad.

(El texto en bastardilla es conforme al decreto-ley 21.686/77, que sustituyó así la anterior parte pertinente del art., que expresaba: "hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento.")

Art. 18: *Revocación del acto regular.* El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado.

Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causara a los administrados.

[57] Que son las únicas que hacen "cosa juzgada sustancial," en palabras de la Corte: *Cometarsa*, 1966, *Fallos,* 264: 314.

[58] Dentro del término de prescripción, que es de dos años, por aplicación del art. 4.030 del Código Civil, que la jurisprudencia ha hecho extensivo a estos casos: LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 30.

[59] Pues la estabilidad juega *a favor* del administrado, *no en contra*. Corte Suprema, *Redrado*, 1954, *Fallos,* 288: 186; comparar DIEZ, *op. cit.*, t. II, pp. 332 y 333, y Corte Suprema, *García Uriburu*, 1959, *Fallos,* 245: 406, en que parecería consagrarse la solución contrario. Sobre esto volveremos más adelante, nº 63.

Finalmente, conviene aclarar que la estabilidad del acto creador de derechos alcanza a toda la administración, en el doble sentido de que el acto administrativo de cualquier órgano o ente administrativo puede hacer "cosa juzgada administrativa," sea un ente autárquico, empresa del Estado, etcétera, y de que en la medida en que se ha producido la estabilidad, el acto no puede ser revocado por el mismo órgano que lo dictó ni tampoco por un órgano administrativo superior;[60] en otras palabras, que la limitación a la facultad de revocar, modificar o sustituir un acto no sólo alcanza al órgano o ente emisor del mismo, sino a toda la administración.

Queda a salvo, por supuesto, el caso en que el superior revoca un acto ilegítimo dictado por un inferior, para *hacer lugar* a un recurso interpuesto por el administrado: A ello no se opone la cosa juzgada administrativa.

12. *Requisitos de la estabilidad*

A partir del caso *Carman de Cantón,* del año 1936, en que la Corte Suprema consagró por primera vez el principio que enunciamos, los autores están en general de acuerdo en cuanto a cuáles son los requisitos que esa jurisprudencia exigiría para que la estabilidad exista, aunque no en lo que se refiere o en qué consiste cada uno de ellos, o a su corrección. Dichos caracteres han sido algunos confirmados y otros derogados por el decreto-ley 19.549/72.

De los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia anterior a 1972, entendemos que corresponde considerar vigentes a partir del decreto-ley 19.549/72 los siguientes:

a) Que se trate de un acto administrativo (unilateral e individual);

b) que de él hayan nacido derechos subjetivos;

c) que esté notificado al interesado;

d) que sea regular;

e) que no haya una ley que autorice la revocación, y

f) finalmente, algunos autores también agregaban que debería tratarse de un acto de la administración activa; a su vez, la jurisprudencia anterior al decreto-ley exigía que el acto hubiera sido dictado en ejercicio de facultades regladas. Consideramos que ambos requisitos no existen en la actualidad.

13. *Acto administrativo*

13.1. *Unilateralidad*

Desde luego, los que adoptan la definición restringida de acto administrativo simplemente expresarán en este punto que debe tratarse de un acto administrativo

[60] En este segundo sentido VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 199; LACHAUME, *op. cit.*, p. 72.

en sentido estricto; quienes, en cambio, propician una definición amplia, habrán de aclarar que para que proceda la cosa juzgada administrativa ha de tratarse de un acto administrativo unilateral.

De acuerdo a este requisito se excluyen los contratos, en cuanto a su celebración, como acuerdo de voluntades; no en cambio en cuanto a su ejecución, en que pueden darse también actos unilaterales de la administración amparados por el mismo principio de la cosa juzgada administrativa. Ahora bien, esta exclusión no significa en modo alguno que el contrato en sí carezca de estabilidad,[61] sino que ella se rige por los principios de la responsabilidad contractual y no por la de la "cosa juzgada administrativa."

13.2. *Individualidad*

Ello significa que los reglamentos no están comprendidos dentro de la regla de la "cosa juzgada administrativa;"[62] pero, al igual que en el caso anterior, esto no lleva a la conclusión de que los reglamentos sean libremente revocables en forma arbitraria, ni que los derechos nacidos a su amparo queden carentes de toda protección jurídica. Ya hemos explicado en otro lugar que un reglamento puede lesionar derechos subjetivos,[63] y de la misma manera puede dar lugar al nacimiento de un derecho subjetivo; el que se trate de derecho "objetivo" no es, por cierto, óbice para que sea apto para crear derechos subjetivos; en nada difiere el reglamento, en ese aspecto, de una norma legal o constitucional, que a pesar de su carácter general también puede crear derechos subjetivos perfectos.[64]

En este sentido, ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que "la supresión o modificación de un *status* objetivo e impersonal no altera las situaciones jurídicas personales adquiridas en base al *status* anterior; ello por el principio de la irretroactividad de las normas."[65]

14. *Que de él hayan nacido derechos subjetivos*

De este requisito se desprenden varias consecuencias:

14.1. *No hay estabilidad de los intereses*

El acto que reconoce un interés legítimo o un interés simple no tiene estabilidad, aunque reúna todos los demás caracteres.[66]

[61] Linares, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 352; comparar Diez, *op. cit.*, pp. 328-329.
[62] Linares, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 352; Marienhoff, *op. cit.*, p. 616; comparar Diez, *op. cit.*, p. 328.
[63] *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.,* p. 109.
[64] Ampliar en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, cap. XV.
[65] *Dictámenes*, 60: 149. Conf. Linares, *Fundamentos, op. loc. cit.*
[66] Conf. Fiorini, *op. cit.*, p. 386. Conf. Linares, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 356.

14.2. *No hay estabilidad de los deberes*

En segundo lugar, el acto que crea o declara *deberes* de los administrados frente a la administración, tampoco hace cosa juzgada administrativa, pues ésta se refiere específicamente a los *derechos*.[67]

14.3. *Funciona a favor, no en contra, del administrado*

En tercer lugar, y según ya lo dijimos, funciona a favor del administrado, en la parte en que se le reconoce o crea un derecho, pero no en su contra, en la medida en que por error se le haya reconocido un derecho menor que el que debía corresponderle: En tal caso el acto puede y debe modificarse para reconocerle al interesado toda la plenitud de derechos que le sea debida.[68]

En efecto, lo que esta construcción quiere lograr es la estabilidad de los *derechos* adquiridos a raíz de un acto administrativo,[69] y si ha dicho también la Corte Suprema que no es pertinente la invocación de la cosa juzgada para no rever una decisión administrativa que impone *sanciones* a un particular,[70] es entonces lógico concluir en que la estabilidad del acto existe sólo en la medida en que otorga un derecho, no en la medida que lo niega expresa o tácitamente.

Si un mismo acto por un artículo me reconoce un derecho y por un artículo distinto me impone una sanción o me crea un deber, es claro que en el segundo aspecto no puede tener estabilidad, aunque sí en el primero. Si un mismo acto hace lugar a un reclamo mío en un artículo y me rechaza otro reclamo en otro artículo, la solución es la misma: En el segundo aspecto no hay estabilidad, sí la hay en el primero. En consecuencia, la situación no varía si teniendo yo que recibir un cierto derecho, se me reconoce uno menor: Es claro que en tales casos la estabilidad del acto no puede impedir que efectivamente me reconozcan el derecho mayor que me pertenece.

Sostener lo contrario, por ejemplo que la cosa juzgada administrativa juega tanto "a favor como en contra" del particular y de la administración, implica desconocer la finalidad de la citada construcción, como un medio de asegurar los *derechos* (no los deberes, ni las sanciones, ni las denegaciones de derechos) adquiridos a raíz de resoluciones administrativas. En este punto la jurisprudencia anterior al decreto-ley 19.549/72 ya sentó en el caso *Redrado* (1954)[71] que un acto

[67] Ver Corte Suprema, *Cometarsa*, 1966, *Fallos,* 264: 314, ; comparar Diez, *op. cit.*, p. 331.

[68] Conf. Marienhoff, *op. cit.*, t. II, p. 577. Conf. Linares, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 355. Véase también Vidal Perdomo, *op. cit.*, pp. 402 y 403.

[69] "En la llamada «cosa juzgada administrativa», como ha sido elaborada por la jurisprudencia —*Fallos,* 258: 299, cons. 6° y sus citas—, ha de verse una forma de tutela contra la alteración arbitraria por la administración y *en perjuicio del titular del derecho* reconocido, del ya acordado de manera regular..." ha dicho la Corte Suprema en *Cometarsa,* 1966, *Fallos*, 264: 314 y 316. La bastardilla es nuestra.

[70] Corte Suprema, *Cometarsa,* 1966, *Fallos,* 264: 314 y 315.

[71] *Fallos*, 228: 186. Ver también Cámara Nacional Civil, Sala E, *LL*, 121: 119 y 120.

estable puede modificarse en beneficio del interesado, y si bien aparentemente siguió el principio contrario en otros casos, tales como *García Uriburu* (1959),[72] entendemos que ha restablecido la correcta interpretación del principio en el fallo *Cometarsa* (1966),[73] la que entendemos corresponde también a la norma vigente.

También en este sentido tiene expresado la Procuración del Tesoro de la Nación que la estabilidad "se da en beneficio de los administrados y no de la administración."[74]

14.4. *Debe "nacer" un derecho*

Veremos más adelante que no se exige la total validez del acto que establece el derecho, sino sólo su regularidad, o sea, ausencia de vicios graves. En cierto modo esto ya se desprende de la redacción del primer fallo, en cuanto expresa que el acto debe "declarar" un derecho, no necesariamente "reconocer" un derecho preexistente.

En este punto la Corte siguió a SARRÍA, quien expresara que el acto es irrevocable "cuando declara un derecho subjetivo;"[75] de esta expresión se sigue, a nuestro modo de ver,[76] que aunque resultara que el administrado no tiene en verdad "derecho" a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable, sino que debe pedirse judicialmente su anulación; como se advierte, el valor fundamental que tiene en cuenta este principio es el de la seguridad jurídica, para que la administración no pueda por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos bien o mal al amparo de actos anteriores. Ello lo confirma el art. 18 del decreto-ley, pues exige como condición de la estabilidad que del acto "hubieren nacido," aunque fuere por primera vez, derechos para el individuo.

14.5. *El derecho puede ser civil o administrativo*

La jurisprudencia no hizo distinción en cuanto a la naturaleza del derecho al cual se reconoce estabilidad; tampoco el art. 18 del decreto-ley, y no corresponde desde luego hacerla. Entendemos por ello que tanto si el derecho subjetivo nacido al amparo del acto es de índole civil como administrativa, existe estabilidad.[77]

[72] *García Uriburu*, 1959, *Fallos*, 245: 406, 414. En este caso, si bien la Corte expresó que "el valor de la cosa juzgada afecta en pro y en contra a los administrados y al propio Poder actuante," es obvio que había otras razones para no acceder a lo solicitado: El interesado había ocultado expresamente la situación en cuya base pretendía luego la modificación del acto, y por lo demás tampoco le correspondía de cualquier manera. Como se advierte, la estabilidad del acto no jugó sino un papel muy secundario en la decisión de la Corte; a mayor abundamiento, si hubiera existido realmente un acto inmutable, no habría existido necesidad alguna de pronunciarse sobre el fondo, como el fallo lo hace...

[73] LINARES, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 355 y 356.

[74] *Dictámenes,* 101: 117; 103: 230; pero en esto no es muy uniforme.

[75] SARRÍA, FÉLIX, *Estudios de derecho administrativo*, Córdoba, 1934, pp. 73-76. En su *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 146, habla del "acto creador de derechos subjetivos."

[76] Comparar en cambio SARRÍA, *op. ult. cit.*, pp. 146 y 147.

[77] En este sentido nuestro *Proyecto de Código Administrativo*, *op. cit.*, art. 203, en nuestro *Tratado*, t. 4.2: "... el acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo

De igual modo, poco importa que el derecho haya nacido de disposiciones legislativas o administrativas, pues una vez reconocido por el acto la situación es exactamente la misma.[78] En este punto cabe efectuar el mismo análisis que la doctrina realizaba al criticar la distinción en este problema entre actos nacidos de facultades regladas o discrecionales, y de acuerdo al cual una vez que el acto ha sido dictado, en nada influye sobre la estabilidad del derecho emergente, que previamente existieran facultades regladas o no. De igual manera, entonces, ninguna influencia tiene sobre la estabilidad, ni el decreto-ley o la jurisprudencia la han establecido, el que el derecho resulte de la Constitución, de la ley, o de meras disposiciones administrativas, reglamentarias, contractuales, etc.

15. *Que sea notificado al interesado*

Este requisito en el pasado fue formulado en términos y alcances distintos: Acto "firme," "acto definitivo,"[79] acto "ejecutorio," "firme y consentido," etc.

El estado de la cuestión hasta el dictado del decreto-ley era, a nuestro juicio, que el requisito de aplicabilidad de la jurisprudencia sobre la cosa juzgada administrativa no era en este aspecto sino uno: Que el acto hubiera sido notificado al interesado.[80]

La solución por nosotros propugnada fue aceptada por el texto del decreto-ley, eliminándose así las dudas antiguas acerca de si el acto debía "causar estado" y qué significado correspondía atribuirle a esta expresión.

No puede exigirse como condición de la estabilidad, en consecuencia, que el acto haya sido ejecutado,[81] ni que esté firme en el sentido de haber transcurrido los términos para impugnarlo,[82] ni menos aún que sea un acto definitivo de la administración, emanado del Poder Ejecutivo, pues el acto de cualquier funcio-

de índole civil o administrativa, no puede ser revocado por la administración una vez que ha sido notificado al interesado."

[78] No consideramos acertado, pues, ni conforme a la jurisprudencia, el distingo que en tal sentido efectuó FIORINI, *op. cit.*, p. 309.

[79] Para una distinción de ambos conceptos, ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 23-24, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 356-357.

[80] Por ello expresó MARIENHOFF, que "la idea de acto administrativo que «causa estado» vincúlase a la idea de acto «perfecto», en el sentido técnico de esta expresión. De ahí que el acto administrativo que no haya alcanzado la plenitud de su formación, no es «irrevocable» —sino, por el contrario, «revocable»—, pues aún no es técnicamente un acto administrativo: No tiene «estado» de tal;" MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 621. En relación al concepto de acto "perfecto," ver la crítica que efectúa FIORINI, *op. cit.*, pp. 312 y 313, que compartimos.

[81] MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 620.

[82] LINARES, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 357. En igual sentido expresaba BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional," *JA*, 1960-II, p. 627 y ss., especialmente p. 631: "Los plazos para interponer recursos que la ley concede al particular no rigen a favor del poder administrador para permitir revocar. De modo que el acto que confiere derechos puede revocarse hasta el instante de la notificación, pero no después."

En cambio, el art. 11 de la ley yugoslava establece la irrevocabilidad del acto que otorga derechos solamente después que no proceden ya acciones o recursos contra el acto. Ver STJEPANOVIC, NIKOLA, "Le sens et la signification pratique du principe d'irrevocabilité des décisions dans la procédure

nario inferior, que haya tenido competencia para dictarlo, también encuadra en la regla de la estabilidad;[83] tampoco puede exigirse que haya sido consentido.[84] En efecto, nada de eso exige el art. 18.

16. *Que sea regular*

En el caso *Carman de Cantón,* la Corte cita en este punto también a SARRÍA, del cual tomó el concepto de que el acto debía ser "regular" en el sentido de "que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)," y si bien aquel autor posteriormente expresó en el punto que el acto es regular "si no está viciado en modo alguno,"[85] no es ése el sentido que la expresión tiene en la jurisprudencia anterior al decreto-ley.[86] Por el contrario, tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la propia administración admiten que también son regulares y tienen estabilidad, por ejemplo, los actos que contienen errores de hecho, o que incurren en error leve de derecho. Actualmente el art. 18 recoge expresamente la tesis de que el acto debe ser "regular," y que se excluye el acto "irregular," entendiendo por tal el acto nulo o inexistente.

El fundamento de reconocer estabilidad también a algunos actos viciados es claro: "Cuando el acto tiene *color legal* aunque después de su análisis demuestre violación de la ley, él engendra derechos *aparentes,* que si bien no tienen el vigor necesario para resistir su futura anulación, aparejan, sin embargo, el derecho a que su juzgamiento se realice con todas las garantías reales y previas todas las pruebas necesarias. Hay principios constitucionales que abonan tal solución.[87]

16.1. *El acto anulable tiene estabilidad*

Con criterio general, puede señalarse que los actos administrativos anulables, o "relativamente nulos," que padecen por lo tanto de un vicio no demasiado grave, no son revocables en sede administrativa y están alcanzados por el principio de la estabilidad del acto que consagra el art. 18, de conformidad a la jurisprudencia y doctrina anterior.[88]

administrative yugoslave," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXV, 1969, n° 1, p. 11.

[83] LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 24.

[84] En contra FIORINI, *op. cit.*, p. 385, cuya opinión era anterior al decreto-ley y no fue recogida por éste.

[85] SARRÍA, *op. últ. cit.,* p. 147.

[86] Ha dicho por ejemplo la Corte que "la estabilidad de los actos administrativos rige respecto de las decisiones dictadas en materia reglada y de manera regular, requisito este último que requiere el cumplimiento de los recaudos externos de validez —forma y competencia— y además la ausencia de error grave de derecho," *Guerrero*, 1964, *Fallos*, 258: 299, 301; la bastardilla es nuestra.

[87] PTN, *Dictámenes*, 42: 179; LINARES, *op. cit.*, p. 28, trae a su vez varios precedentes jurisprudenciales en igual sentido.

[88] Ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 29; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 622; nuestro *Proyecto* de 1964, arts. 146 y 149.

Es de destacar que el art. 18 habla de acto "regular," oponiéndolo al acto "irregular," del cual trata el art. 17, aclarando que allí se refiere al acto *nulo.* En la terminología del decreto-ley, que sigue en este aspecto al Proyecto de 1964 y al Proyecto de LINARES y nuestro, el acto "regular" es entonces, a los efectos de la estabilidad, tanto el acto válido como el *anulable.*

16.2. *La revocabilidad del acto nulo*

Hasta el dictado del decreto-ley, la regla era que el acto nulo no tenía estabilidad. Dicha solución había sido criticada por DIEZ,[89] quien sostuvo que "si el poder judicial no puede invalidar de oficio un acto que tiene una invalidez absoluta y manifiesta, no se comprende por qué razón pudiera hacerlo el poder administrativo.[90] Por nuestra parte, habíamos señalado la inconsecuencia de otorgar presunción de legitimidad al acto nulo, como hacía en aquel entonces la jurisprudencia, y en cambio negarle estabilidad.[91] Dijimos también que parecía "preferible negarle presunción de legitimidad al acto nulo, pero reconocerle de todos modos estabilidad, que es la solución más congruente con el sistema político consagrado por la Constitución."[92]

Pues bien, el decreto-ley establece ahora que el acto nulo en principio no tiene estabilidad y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa: Ésta sigue siendo la regla general, pero ella tiene ahora una importante excepción.

16.2.1. *Excepciones a la revocabilidad del acto nulo.* El art. 17 del decreto-ley 19.549/72 decía que "No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad." La reforma de 1977 modifica la primera parte del párrafo, que ahora se lee: "No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo...;" el resto sigue igual.

Este texto plantea dos problemas que analizaremos a continuación.

16.2.1.1. *"Prestaciones" o "derechos subjetivos."* La redacción de 1972 era ciertamente equívoca en hablar de "prestaciones en vías de cumplimiento," y en este sentido es más amplia —y encomiable por lo tanto— la reforma de 1977, que protege al acto nulo de su revocación en sede administrativa siempre que el acto hubiere generado "derechos subjetivos que se estén cumpliendo," sin importar si

[89] DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., p. 330.

[90] En igual sentido BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *El derecho constitucional del poder*, t. II, Buenos Aires, 1967, p. 188. En el mismo sentido parecería pronunciarse MARIENHOFF, en su trabajo *Extinción del acto administrativo creador de derechos*, *op. cit.*, p. 16, cuando expresa: "Sólo las *vías de hecho, las groseras violaciones* de la ley, escapan a tal afirmación."

[91] *El acto administrativo*, 1969, p. 130.

[92] *Op. loc. cit.*

tales derechos subjetivos se concretizan en "prestaciones" o no, y aclarando que ha de tratarse de derechos que se estén cumpliendo, y no que estén "en vías de cumplimiento."

En consecuencia, cualquier clase de derecho subjetivo nacido al amparo de un acto nulo queda amparado también por la regla de la estabilidad. La única condición que la norma pone es que el derecho se esté cumpliendo, o dicho en otras palabras, que *el acto haya sido ejecutado*, o *haya comenzado a ejecutarse* y falten efectos aún pendientes de ejecución, al momento de plantearse su posible revocación.

16.2.1.2. *Acto "firme y consentido."* Menos afortunada es la reforma al art. 17 al incorporar el requisito de que el acto, para ser irrevocable, debe estar "firme y consentido." Ya nos hemos ocupado de este criterio en el punto 6 al explicar, respecto del art. 18 y la estabilidad del acto regular, que todas esas exigencias de diversos fallos o autores ("acto firme," "acto definitivo," "acto firme y definitivo") no eran sino fuente de confusiones, y que la doctrina había interpretado que todas ellas debían ser resumidas en el único requisito de que el acto esté notificado, sin que importara si el particular lo había impugnado o no, o había o no transcurrido el plazo de la impugnación.

Incluso la reforma peca de asistemática, porque ya que si no se exige para la estabilidad de los actos regulares según el art. 18 que el acto esté "firme y consentido," no tiene coherencia introducir ese recaudo para la estabilidad de los actos irregulares según el art. 17. Pero, y esto es de más importancia aún, interpretarlo literalmente es pretender forzar al particular a no discutir un acto que le confiere un derecho, bajo la posible amenaza de que el acto, al no estar "firme y consentido," pudiera no tener estabilidad si algún futuro funcionario decide considerarlo nulo.

Por ello entendemos que cabe aplicar la regla que no admite la *reformatio in pejus:* Aún impugnado el acto por el particular y, por lo tanto, no firme y consentido en su totalidad, cabe entender que *en la parte en que el particular ha aceptado o consentido lo resuelto en él,* se aplica la regla de la irrevocabilidad aun si el acto es nulo, y que puede proseguirse la discusión administrativa del acto sobre la parte de él en que el particular exprese disconformidad.

Al propio interés público le sirve mejor la discusión administrativa de un acto posiblemente nulo, para llegar, si es del caso, a su anulación judicial, que el silencio forzado por un consentimiento que el particular hubiere de dar para no "remover la cuestión." Por todo ello entendemos que, a pesar de lo reformado por el decreto-ley 21.686/77, no cabe exigir como recaudo de la irrevocabilidad del acto nulo que el acto esté firme y consentido en su totalidad, bastando que esté notificado al interesado.[93]

[93] Es aplicable para este razonamiento la doctrina que mencionamos *supra*, punto 6.

16.2.2. *La supresión del acto y la estabilidad.* La intención de la norma de prohibir la revocación en sede administrativa del acto, es garantizar el ejercicio normal de los derechos que de él nacen hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario. No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco *suspenderlo,* pues esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: Que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior.

En virtud de lo expuesto, los efectos o prestaciones originados por el acto que hayan tenido comienzo de ejecución, no pueden ser interrumpidos por la administración, sea por revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto.

16.3. *La protección contra la revocación del acto estable*

Si la administración revoca un acto que confería un derecho a un particular, el acto de revocación a su vez podrá ser válido según que el primer acto fuera nulo o anulable, respectivamente, y en el primer caso según que el acto haya o no otorgado prestaciones que estén siendo ejecutadas o hayan sido ejecutadas. Ahora bien, como determinar esto último puede ser una cuestión opinable o discutible en un caso concreto,[94] puede llegar a aducirse que el acto de revocación no resulta en un caso particular gravemente arbitrario al pronunciarse en un sentido determinado. En otras palabras, podría sostenerse, en esta línea de pensamiento, que la administración puede, sin cometer grave arbitrariedad, revocar un acto *anulable* por considerarlo *nulo*; y si el acto de revocación no tiene *grave arbitrariedad* (aunque tenga error de apreciación del grado de invalidez del acto anterior), tendría entonces a su vez *presunción de legitimidad.*

El argumento, a más de alambicado, puede destruir toda la esencia de la estabilidad, y es obvio que con ello se produce un círculo vicioso en desmedro de los derechos del individuo; tal es lo que ha ocurrido en el caso *Cáceres Cowan* (1961), en el cual la Corte Suprema sostuvo que la revocación por la administración de un acto que reconocía un determinado derecho, no constituía, a su juicio, en la situación allí debatida, "un caso de ilegalidad manifiesta que autorice la revisión del pronunciamiento por vía del recurso de amparo.[95] De allí se desprendería que

[94] "La cuestión, como se ve, es contingente, «depende de las particularidades del caso concreto que se considere»," dice en uno de estos casos la Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, 1967, *JA*, 1968-I, p. 765 y ss., 771.

[95] Corte Suprema, 1961, *Fallos*, 250: 491, 501:

"3° Que esta Corte tiene establecido reiteradamente que la estabilidad de los actos administrativos, que impide su revocación por obra del propio órgano que los expidió, corresponde a las decisiones dictadas en materia reglada y de manera regular —*Fallos,* 201: 329; 210: 1071; 245: 406 y sus citas—.

"4° Que por actos regulares debe, en primer término, entenderse aquellos en que aparecen cumplidos los requisitos externos de validez, que esta Corte, ha especificado como forma y competencia.

"5° Que, sin embargo, se ha entendido también que el acto administrativo es irregular cuando contraría, la resolución legal que corresponde para el caso. Se trata de los supuestos en que el acto

en los casos en que la administración revocara un acto estable, salvo casos de manifiesta arbitrariedad la vía adecuada para restablecer el derecho lesionado, según la Corte,[96] no sería del amparo; y que el planteo adecuado no sería tampoco el de la violación de la estabilidad, aunque de hecho dicha violación exista, sino más bien el de la procedencia por el derecho de fondo. O sea, se trataría de reclamar por la vía ordinaria el derecho de fondo, no tanto porque ya fue otorgado por la administración en un acto ahora revocado, sino más bien porque de todos modos se tiene derecho a él, lo haya o no reconocido la administración antes o ahora... Desde luego, tal planteamiento implicaría reducir grandemente el valor y la significación de la estabilidad, pero es la conclusión a que llevaría ese fallo si se lo interpreta con el rigorismo que se desprende de su texto.

De nada servirá la estabilidad si el tribunal que juzga la validez del acto revocatorio se apoya simplemente en su presunción de legitimidad, sin valorar acabada y adecuadamente la validez intrínseca del primer acto: Si la administración revoca un acto por considerarlo nulo, lo primero que el tribunal debe inexcusablemente hacer es analizar si el acto *revocado* era efectivamente nulo o, en cambio, anulable,[97] sin estar influido para ese análisis por ninguna supuesta presunción de legitimidad del segundo acto, el de revocación. En este sentido destacamos un fallo de la Suprema Corte de Mendoza, en un caso de revocación en el que se aducía por el accionante que se había lesionado la estabilidad del acto revocado, en el que el tribunal analizó detallada y exhaustivamente la validez o nulidad del *acto cuya estabilidad se pretendía violada,* llegando correctamente a la conclusión de que el acto era nulo y pudo, en consecuencia, ser válidamente

administrativo incurre en error grave de derecho, porque el apartamiento de la ley, que supera lo meramente opinable en cuanto a su interpretación, linda con la incompetencia. La Constitución encomienda a la administración la ejecución de las leyes, mas cualquiera sea la extensión de esta facultad no autoriza la alteración de su letra y de su espíritu, en los términos del art. 86, inc. 2°, de aquélla. —Confr. *The Constitution of the United States*, Washington, Corwin, 1953, p. 481. En esa medida la atribución constitucional aparece excedida porque los órganos de la administración carecen de jurisdicción para modificar las leyes. Y esto ocurre en, el caso, porque cualquiera fuese la opinión sobre la interpretación actual que cuadra a los arts. 1° y 2° del Tratado de Montevideo sobre el ejercicio de profesiones liberales, la Universidad no podía, excediendo su competencia legal, habilitar títulos que no tuviesen por de pronto, el carácter de universitarios.

"6° Que es también coherente jurisprudencia del Tribunal, que mediando también la circunstancia anotada, el acto administrativo adolece de nulidad absoluta y es susceptible de ser revocado por la propia autoridad que lo expidió —*Fallos*, 210: 1071, 245: 406 y sus citas—. Y ello se impone con tanta más evidencia cuando se trata de revocar autorizaciones que, como en el caso, exceden el mero interés privado por comprometer el interés público.

"7° Que, consecuentemente, se ha resuelto que la declaración por las autoridades universitarias de la invalidez de actos cumplidos antes por ellas, afirmando que en el acto anterior ha habido inobservancia clara de la ley, no constituye un caso de ilegalidad manifiesta que autorice la revisión del pronunciamiento por vía del recurso de amparo. (Cfr., *Fallos*, 248: 455.)"

[96] Se admitió, en cambio, la procedencia del amparo contra un acto que deja sin efecto otro acto dotado de estabilidad, por parte de la Cámara Nacional Civil, Sala E, *LL*, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

[97] O si, aun siendo nulo, le alcanzaba la excepción de la segunda parte del art. 17.

revocado por la administración, sin fundarse en cambio el tribunal en el erróneo argumento de que el segundo acto —el revocatorio— tuviera presunción de legitimidad.[98] También encontramos un correcto razonamiento en el caso *Pustelnik,* fallado por la Corte Suprema Nacional en 1975 (*supra*, cap. V, n°3), aunque es de advertir que la vía elegida por el accionante no fue la acción de amparo.

De cualquier manera, si el acto que revoca un acto estable es considerado inválido y el tribunal o la misma administración deciden extinguirlo, no es de aplicación la regla de que la abrogación de un acto abrogatorio no hace renacer la primera norma, sino que, por el contrario, la extinción del acto que ilegítimamente pretendía revocar el acto estable, tiene por efecto específico hacer renacer el primer acto; en otras palabras, el acto revocatorio de un acto estable es nulo y por ello su extinción es retroactiva.

17. *Que se trate de un acto de la administración activa*

La Corte Suprema, al fundar en 1936 el principio de la estabilidad del acto administrativo, hizo una evidente trasposición de criterios emanados de un sistema de control jurisdiccional, como lo prueba la redacción del fallo y hasta el nombre elegido: "*cosa juzgada administrativa*;" de allí que haya también dicho que en estos casos es necesario que el acto haya sido dictado "actuando la administración como Juez."

Sin embargo, ello es un obvio error de lenguaje, pues en nuestro sistema la administración no puede actuar como juez; esto lleva a algunos autores a expresar que el requisito es que el acto provenga de la administración activa,[99] agregando otros que no ha de tratarse del ejercicio de actividad "jurisdiccional" de la administración, pues en tales casos habría "cosa juzgada judicial."[100] No obstante, lo que a ese respecto se diga depende del criterio que se adopte en materia de existencia o inexistencia de facultades jurisdiccionales de la administración, antes que del problema de la "cosa juzgada administrativa:" Por nuestra parte, ya hemos expresado en su lugar que estimamos que la administración no ejerce, en nuestro sistema constitucional, tal tipo de facultades;[101] por lo tanto, entendemos que ningún acto de la administración hace o puede hacer *cosa juzgada* en sentido estricto o sustancial, y que todos, siempre que cumplan con los demás requisitos enunciados, pueden tener la estabilidad propia de los actos administrativos. No consideramos necesario, entonces, agregar el requisito de que el acto debe provenir de la administración activa: Por lo demás, el decreto-ley no ha establecido esta exigencia.

[98] Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, 1967, *LL*, 129: 1070, y *JA*, 1968-1, p. 765; en igual sentido, Cámara Nacional Civil, Sala E, *LL*, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

[99] Linares, *Fundamentos...*, p. 353.

[100] Marienhoff, *op. cit.*, p. 617. En sentido similar, Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 390.

[101] *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. 1, cap. VII, n° 8-21.

18. *Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales*

La vieja jurisprudencia de la Corte exigía que el acto fuera dictado en ejercicio de facultades regladas para tener estabilidad. El actual decreto-ley no lo exige, recogiendo así la doctrina dominante en el país.

Al respecto cabe recordar aquí que la actividad administrativa es discrecional cuando la oportunidad de la medida a tomarse está librada a la apreciación del administrador; es reglada cuando hay una norma jurídica que se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos el administrador no tiene elección posible; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.[102]

Este viejo requisito ya había perdido gran parte de su importancia antes del decreto-ley: En primer lugar, y como lo señaló JUAN FRANCISCO LINARES:[103] "La afirmación de la Corte de que los actos discrecionales hacen cosa juzgada (se refiere, desde luego, a la cosa juzgada administrativa...) no condice con la propia jurisprudencia de la Corte si ella es examinada con enfoque sistemático;" es decir, que hay fallos que también han admitido, pero sin decirlo, que hubiera irrevocabilidad aunque se hubieran ejercido atribuciones discrecionales. En igual sentido dijo SARRÍA, siguiendo a FERNÁNDEZ DE VELAZCO, que "Dictado un acto declaratorio discrecional, éste ya no es revocable porque al crearse el derecho, aquella facultad (la discrecional) modifica su naturaleza y el acto revocatorio no sería ya discrecional."[104] También MARIENHOFF señaló que "los derechos subjetivos nacidos de actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad reglada o de la actividad discrecional de la administración, tienen idéntica sustancia. Si el derecho nacido de un acto administrativo emitido por la administración en ejercicio de facultades regladas es irrevocable por la propia administración, igual prerrogativa debe acompañar al derecho subjetivo nacido de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades discrecionales. No hay razón alguna que justifique lo contrario."[105] En igual sentido expresaba DIEZ que "Poco importa que el acto haya nacido de la actividad reglada o de la discrecional de la administración... el derecho subjetivo habrá surgido, sea que la administración actuara en ejercicio de sus facultades regladas o discrecionales."[106] La doctrina, como se ve, era uniforme, y constituye un acierto del decreto-ley no haber recogido la tradicional exigencia jurisprudencial en este punto. Aunque el acto emane del ejercicio de facultades principalmente discrecionales, pues, igual lo ampara el principio de estabilidad.

[102] LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *op. cit.*, p. 216 y ss.; ampliar en este *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. I, cap. VIII, n° 10-12.

[103] LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 150; *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 357-359.

[104] SARRÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, 1950, p. 150.

[105] MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 101, nota 144, y p. 680.

[106] DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, p. 328.

19. *Excepciones a la estabilidad*

El art. 18, segunda parte, establece varias excepciones a la regla de la estabilidad del acto administrativo regular. Las excepciones, si bien se encuentran en un artículo que trata de la estabilidad del acto regular, son aplicables con todo y con mayor razón aún al acto nulo, en los casos en que éste tiene estabilidad. (Art. 17, segunda parte.)

Las excepciones que vamos a comentar ahora no todas existían anteriormente al decreto-ley 19.549/72, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero sí tenían precedentes doctrinarios, en el Proyecto de 1964[107] y en el proyecto de LINARES y nuestro.

19.1. *Connivencia dolosa*

La primera excepción que trae el art. 18 al principio de la estabilidad se da cuando el interesado "hubiere tenido conocimiento" del vicio del acto. Se trata, desde luego, del caso en que el vicio haya afectado la validez del acto, transformándolo en anulable o nulo: Si el vicio es intrascendente y no afecta la validez del acto, entonces la excepción comentada no es de aplicación. Ahora bien, aunque el artículo habla de que el interesado haya "tenido conocimiento" del vicio, pensamos que no puede interpretárselo literalmente: Muchas veces el particular tiene conocimiento del vicio del acto, pero no tiene responsabilidad directa o indirecta por su comisión. Entran en esta categoría todas las situaciones en las cuales el funcionario actuante es un funcionario de facto, con un nombramiento irregular o inválido, pero que ejerce pacíficamente la función. En estos casos, la doctrina ya tradicional del gobierno de facto convalida el ejercicio de la función, en lo que a los particulares respecta. La jurisprudencia en este sentido es muy firme, nació a raíz de impuestos pagados a gobiernos irregulares que ejercieron efectivamente el poder: La Corte dijo que el gobierno constitucional no podría pretender cobrar nuevamente el impuesto, una vez restablecido en el poder.[108] La misma solución debe aplicarse en el caso que comentamos, a pesar de la imprecisa redacción de la norma. Debe entenderse, pues, que no basta el mero "conocimiento" que el particular tenga del vicio del acto para que éste carezca de estabilidad; se requiere específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación a la emisión del acto de cuya revocación se trata.

19.2. *Revocación a favor del interesado*

Ya explicamos anteriormente que la estabilidad del acto se confiere a favor del interesado, y no "del interesado y de la administración," como algunos fallos

[107] Arts. 203, 215 y concordantes.

[108] Corte Suprema, *El Fisco Nacional c/varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes durante su dominio*, 1868, *Fallos*, 5: 155.

lo pretendieron; por ello, el art. 18 establece una excepción para el caso que la revocación beneficie al interesado. Si bien la excepción es en cierto modo innecesaria, ya que, aunque la norma no lo dijera expresamente, la respuesta sería de todos modos la misma; es sin embargo conveniente que se lo haya aclarado expresamente, pues de lo contrario podría resurgir quizás la tesis que criticamos. De este modo la cuestión queda resuelta por la norma legal expresa, y no resta en este aspecto margen a discusión alguna.

La misma disposición agrega una condición limitativa a esta posibilidad de revocar un acto en favor del interesado, y es que esa revocación a su favor no perjudique derechos de terceros.[109] En realidad, ya la administración pública nacional había adoptado ésa solución con anterioridad, de modo que en tal aspecto la norma no hace sino recoger la interpretación existente. Se trata fundamentalmente de casos en los cuales, existiendo competencia entre varios particulares por la obtención de un derecho —concurso para becas, premios, designaciones, etc., uno de ellos haya resultado beneficiado por un acto que lo designa ganador, lo nombra en un cargo, etc. En tales situaciones, si posteriormente ante el recurso de alguno de los que no resultaron favorecidos, se llegara a la convicción de que en verdad el ganador no era merecedor del triunfo, y que el acto carecía de causa o de razonabilidad, por no ajustarse a los hechos, no tener debidamente en cuenta todas las circunstancias del caso, no estar suficientemente motivado, etc., la regla aplicable no es que la administración revoque el primer acto y otorgue el derecho de que se trata a quien ahora estime corresponder, sino que plantee el asunto ante la justicia, sea ella misma por una acción de lesividad,[110] sea el particular afectado. En rigor, si la administración pudiera legalmente revocar el primer acto que beneficiaba al ganador originario, y otorgar el derecho en cuestión al segundo, el primer beneficiario también acudiría probablemente a la justicia en amparo de lo que él entiende su derecho; de modo tal que la solución que se da es protegerlo a él en sede administrativa y que en todo caso el aspirante a la designación, premio, etc., vaya a la justicia.

Es de señalar que la norma que aquí se da bajo la afirmación de que la revocación no puede perjudicar derechos de terceros, es la misma que emerge del principio de irrevocabilidad del acto nulo que ha generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17 *in fine*); en ambos casos se trata de la misma hipótesis: Protección del derecho adquirido y, en particular, protección de los actos ejecutados o comenzados a ejecutar.

Si bien la solución es *prima facie* correcta, pueden apuntarse algunas dudas al respecto. En efecto, es claro que la actitud administrativa frente a cualquier impugnación de un acto administrativo que reconozca derechos a alguien, será

[109] La misma solución en el derecho yugoslavo: STJEPANOVIC, *art. cit.*, pp. 17 y 18.

[110] Es decir, una acción judicial de la administración pidiendo que se anule el acto que ella no puede revocar.

la de negarse a entrar en debate sobre la cuestión, porque a menos que el acto sea inexistente, hipótesis normalmente poco probable, la administración no podrá de todos modos revocar el acto, sea que éste resulte válido, anulable o incluso nulo. Con bastante buen sentido práctico surgirá entonces la pregunta: ¿a qué analizar el posible vicio del acto, si de todos modos no se podrá revocarlo en ninguna circunstancia normal, sea que él resulte válido, anulable o nulo? La tendencia probable; en consecuencia, bien puede ser la de negarse de hecho a discutir actos que reconozcan derechos a otras personas que los recurrentes, bajo el argumento de que la cuestión es abstracta, por no poder la administración legalmente revocar el acto. El argumento puede refutarse invocando la regla de que la administración debe cuidar de la vigencia del principio de la legalidad objetiva,[111] y que debe investigar las alegaciones de vicios que se hicieren, pues aun en el caso de que no pudiera ella misma revocar el acto, puede y *debe* presentarse ante la justicia pidiendo su anulación, si las circunstancias del caso la llevan a la convicción de que efectivamente se trata de un acto nulo o anulable. La administración no puede ni debe desentenderse de las alegaciones de nulidad que se hagan, por su obligación de atender a la vigencia del señalado principio, y porque no sería cierto afirmar que no puede dictar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión: Ella puede y debe hacer una manifestación de "lesividad" declarando al acto contrario al orden jurídico y recabando de los órganos judiciales competentes la investigación del vicio, en el caso concreto y mediante la acción que se instaurará, a fin de que la justicia resuelva, en definitiva, si el acto era legítimo o no, y si corresponde o no declarar su extinción.

19.2.1. *La revocación sin perjuicio de terceros en el caso de los contratos.* Esta regla que impide la revocación (o modificación o sustitución) del acto si su revocación perjudica a terceros, es de aplicación solamente en el caso de los actos administrativos en sentido estricto, no así en el caso de los contratos, pues ellos están excluidos de la aplicación directa de estas normas, según se desprende del art. 7° *in fine* del decreto-ley. La aclaración es muy importante, y alcanza a los contratos de obras, suministros, concesiones, etcétera.

19.2.2. *La revocación sin perjuicio de terceros y la estabilidad en la función pública.* Con todo, es posible que en el caso de la designación de funcionarios públicos[112] se llegue a una solución distinta, porque el interés de la administración pública no está normalmente predispuesto a favorecer la discusión de las decisiones que adopta en materia de nombramientos, dado el gran número de cuestiones que podrían de otro modo surgir. Puede apuntarse también que los funcionarios públicos se encuentran con frecuencia hostigados por cambiantes administraciones, que, una tras otra, intentan rever los actos de sus anteceso-

[111] Ver nuestro *Tratado*, t. 2, cap. XVII, n° 10.

[112] Que, según hemos visto, constituye un contrato administrativo: *Tratado*, t. 1, cap. X, n° 7.

res, lo cual hace conveniente afirmar la regla de la estabilidad del acto de nombramiento. Por fin, cabe destacar que la estabilidad del empleado público tiene garantías constitucional y legal propia, con el alcance de que el funcionario no puede ser separado de su cargo, sino por los motivos y procedimiento que la ley establece,[113] y no podría, en consecuencia, admitirse un medio indirecto de llegar al mismo resultado, con la simple alegación de que en realidad se está beneficiando a alguien mediante la revocación del acto de nombramiento. Jurisprudencia anterior a las normas que comentamos había señalado que la disolución del vínculo funcional no podía válidamente hacerse, dentro del marco del estatuto del personal civil, por la revocación del acto de nombramiento.[114] Pensamos que la solución sigue aquí en pie.

19.3. *La revocación de los actos precarios*

Es posible encontrar casos en que ciertos actos son dictados confiriendo un derecho que, expresa o implícitamente, se otorga a título *precario.* Tal, por ejemplo, lo que ocurre con los permisos de ocupación del dominio público, que pueden ser revocados en cualquier momento, sin derecho a indemnizaciones por la revocación misma;[115] con los permisos precarios para la prestación de algunos servicios públicos; con algunos casos de autorización "de ejercer industrias peligrosas."[116] Sin duda, si un acto administrativo reconoce un derecho expresa y válidamente[117] a título precario, la revocación por razones de oportunidad es procedente. Así lo dice expresamente el art. 18 del decreto-ley, en afirmación que no estimamos excluyente del caso en que el acto es implícitamente precario, como ocurre con los permisos de uso del dominio público.[118]

Por lo demás, aun cuando la revocación sea procedente porque el acto fue dictado a título precario, o porque la precariedad surge implícitamente de la naturaleza del derecho conferido, la revocación no puede ser intempestiva ni arbitraria.

En consecuencia, debe otorgarse un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación, y éste debe ser razonablemente fundado. Si la revocación se funda en una modificación de las circunstancias de hecho existentes al momento

[113] Al respecto ver el tomo 1 de nuestro *Tratado*, cap. X, n° 8 y sus referencias.

[114] Claro está que la constante práctica de leyes de prescindibilidad y racionalización que suspenden por períodos anuales la estabilidad, la tornan bastante ilusoria.

[115] Corte Suprema, *Fallos*, 165: 413; Linares, *Cosa juzgada*.., *op. cit.*, p. 150; Marienhoff, *Tratado del dominio público*, *op. cit.*, p. 339; Grau, *op. cit.*, p. 81.

[116] Linares, *op. loc. cit.*

[117] Como dice Sayagués Laso, *op. cit.*, t. I, p. 523, nota 5: "La precariedad capaz de justificar una revocación debe ser lícita, no impuesta ilegalmente por la administración en vista precisamente de una revocación ulterior, que sin aquella no sería procedente."

[118] Nuestro *Proyecto de Código Administrativo* de 1964 dispone de su art. 215: "Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, pueden ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia; pero la revocación no debe ser intempestiva ni arbitraria, y debe darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación."

de dictarse el acto originario,[119] ella es razonable y la revocación legítima. Si, en cambio, la revocación se funda, *a)* en un mero cambio de opinión de la autoridad administrativa,[120] esto es, en una distinta valoración de las mismas circunstancias que dieron origen al acto, o *b)* en circunstancias existentes al momento de dictarse el acto originario, que no eran conocidas por culpa de la administración y sin que mediara ocultamiento por parte del interesado, o *c)* en una distinta valoración del interés público afectado, pensamos que la revocación procede pero que debe indemnizarse el daño ocasionado, incluso tratándose de derechos precarios, pues la precariedad es frente a actos razonables, no frente a la arbitrariedad de la administración. Y va de suyo, como quedó dicho, que si el acto goza de estabilidad no puede ser revocado ni siquiera mediante indemnización, salvo una ley que expresamente disponga lo contrario, calificando de utilidad o interés público el derecho reconocido, y declarándolo sujeto a revocación o expropiación. Sobre esto volveremos más adelante en el punto 10.4.

19.3.1. *El caso de los permisos de construcción.* Un ejemplo de precariedad, a nuestro juicio *ilícita*, es la que algunos fallos pretenden asignar a los permisos de construcción;[121] como dice Testa,[122] "debe considerarse ilegítima la revocación por sólo motivos de oportunidad o por la voluntad de la administración comunal... de variar el plan regulador en base al cual fue otorgada la licencia." Agrega este autor, siguiendo la jurisprudencia italiana, que "se considera posible la revocación de la licencia cuando, posteriormente a su emisión, entran en vigor normas edilicias diversas de aquéllas aplicadas por el interesado en la preparación del proyecto aprobado por la Comisión edilicia, *siempre que las obras no hayan sido aún iniciadas.* Por lo demás, no sería admisible una norma que tornara posible la revocación de la licencia cuando las obras hubieran tenido ya iniciación; y esto no solamente porque se terminaría por sancionar la retroactividad de cualquier disposición futura, sino también porque se perjudicaría gravemente la actividad constructiva."[123] "No pueden, por lo tanto, ser impuestas por las administraciones comunales variaciones al proyecto, que a su tiempo fue reconocido como conforme a las normas en vigor; en cuanto el poder de evaluar la conformidad a las exigencias de ambientación, decoro, mérito arquitectónico y racionalidad del proyecto mismo, se ha extinguido al momento de otorgarse la licencia."[124]

[119] Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 281, admite esta causal de revocación en los actos que tienen la cláusula *rebus sic stantibus*, y también cuando el cambio es en los hechos que fueron motivo de la emisión del acto.

[120] Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 283.

[121] *ED*, 42: 175 y ss.

[122] Testa, Virgilio, *Disciplina urbanística*, Milán, 1964, 2ª ed., p. 549, y jurisprudencia que cita en su nota 219.

[123] Testa, *op. loc. cit.*

[124] Testa, *op. cit.*, p. 550. En igual sentido Mazzarolli, Leopoldo, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della prianificazione*, Padua, 1966, pp. 507-508; Meregazzi, Renzo, "Tutela guiridica degli interesi del terzi in materia di planificazione urbanística," publicado en el libro *Atti*

En Francia, de acuerdo al Código de Urbanismo y de la Habitación, los permisos pueden darse en ciertos casos en forma precaria y en otros en forma definitiva.[125] Cuando el permiso es definitivo, el único medio jurídico de que dispone la administración es el de la expropiación por causa de utilidad pública y por el procedimiento señalado en la ley, para poder proceder a la extinción del derecho en cuestión.[126]

En España se prevé en ciertos casos la suspensión del otorgamiento de licencias, pero una vez que la licencia es otorgada, ella no puede ya ser revocada,[127] en forma coincidente, con el principio de la no retroactividad del acto administrativo.[128]

En suma, a falta de normas expresas en nuestro sistema, entendemos que no es el permiso de construcción uno de aquellos que por su propia índole pueda ser considerado precario: Una vez otorgado el permiso y comenzada la construcción, no cabe ya, a nuestro juicio, la revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

19.4. *Que haya una ley que autorice la revocación*

19.4.1. *Enunciación general*. Este requisito surge expresamente de la jurisprudencia anterior, que ha admitido que una ley de orden público[129] puede válidamente producir "una modificación del *«status»* creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación."[130] Para que proceda la revocación, entonces, no basta una mera reglamentación administrativa ulterior;[131] ni tampoco cualquier ley; debe tratarse específicamente de una ley de orden público, y ésta debe por lo demás ser constitucional.[132] Va de suyo, dentro de este criterio, que no cabría admitir una alteración del principio elaborado por la Corte Suprema a partir del caso *Carman*

del VII° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. La pianificazione urbanistica, Milán, 1962, p. 117 y ss., p. 135.

[125] *Code de l'Urbanisme et de l'Habitation*, 1964, arts. 86, 87 y 93.

[126] Poissonnier, André, *La rénovation urbaine*, París, 1965, p. 179.

[127] Guaita, Aurelio, *Derecho administrativo especial*, t. II, Zaragoza, 1962, pp. 259, 261-263; Boquera Oliver, José María, "La suspensión del otorgamiento de licencias con el fin de estudiar planes de ordenación urbana," *Revista de derecho urbanístico*, n° 11, 1969, p. 13 y ss., p. 16. Comparar García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 559-561.

[128] Ver De la Vallina Velarde, Juan, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, p. 51 y ss.

[129] Linares, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33.

[130] Es el considerando 5° del mismo fallo *Carman de Cantón*. Ver Linares, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33 y ss.; comparar, del mismo autor, *Fundamentos...*, *op. cit.*, n° 317, p. 360.

[131] Así lo tiene también decidido el Consejo de Estado francés, en el caso *Laurent* (1929), en el cual expresó que el acto reglamentario nuevo "no produce ningún alcance respecto del acto generador de derechos que continúa recibiendo aplicación." Ver Lachaume, *op. cit.*, p. 616; Linares, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 31-39.

[132] Comparar Marienhoff, *op. cit.*, p. 616; ver Linares, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 31-39.

de Cantón, sino por una ley formal, expresa y clara, que debería interpretarse restrictivamente.[133]

A nuestro entender, de este mismo principio se desprende que la estabilidad del acto administrativo impide no sólo la revocación fundada en razones de ilegitimidad, sino también la fundada en razones de oportunidad,[134] y con mayor razón aún. En efecto, si la Corte Suprema expresó que puede abandonarse la estabilidad ante una ley de orden público, y aun así, previendo la posible indemnización, es claro que allí está contemplado no el caso de un acto inválido que se revoca por razones de ilegitimidad, sino al contrario, un acto válido que se extingue a pesar de su validez y que precisamente por esa causa puede dar lugar a indemnización. Entendemos por ello que producida la estabilidad, no es procedente la revocación ni por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni por razones de legitimidad, a menos que una ley expresa autorice en el caso concreto y por razones de utilidad pública a que la administración la deje sin efecto.

Resulta así una incongruencia entre aquella jurisprudencia tradicional que citaba LINARES, y la excesiva amplitud de la facultad revocatoria por mérito que admite la Corte en *Pustelnik*. (*Fallos*, 293: 133, 1975.)

19.4.2. *Revocación y propiedad*. Con todo, la doctrina suele reconocer a la administración la facultad de revocar sus actos por razones de oportunidad, sólo que indemnizando el perjuicio que la revocación ocasione.[135] Así lo sostiene igualmente el art. 18 del decreto-ley: "También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o inconveniencia, indemnizando los perjuicios que causare al interesado." La misma solución, como dijimos, adopta en 1975 la Corte Suprema en el caso *Pustelnik*.

Sin embargo, partiendo del principio de que los derechos que una persona adquiere a raíz de un acto administrativo, también pueden quedar englobados dentro del amplio concepto constitucional de propiedad, tal como lo ha interpretado la jurisprudencia, pensamos que la solución debe ser otra.

En efecto, si nadie puede ser privado de su propiedad sino por sentencia fundada en ley, y si la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada

[133] No creemos que sea admisible, entonces, una ley *implícita* que faculte a la derogación, como en cambio sostiene LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 317, p. 360, quien sigue en ello a DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., p. 311, a menos que por esto se entienda una ley *anterior* al otorgamiento de los actos de que se trate. Si la ley que faculta la revocación, aunque sea implícitamente, es anterior a los actos de cuya estabilidad se trata, entonces entender simplemente que los actos han sido otorgados a título precario y pueden desde luego ser revocados. Sin embargo, tratándose de una ley posterior al nacimiento de los derechos de cuya estabilidad se trata, pensamos que debe adoptarse una posición restrictiva en cuanto a su admisibilidad.

Por iguales motivos entendemos que debe tratarse de una ley en sentido formal, esto es, de una ley emanada del Congreso de la Nación. (Comparar, menos categórico, LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. loc. cit.*)

[134] Confrontar CAETANO, *op. cit.*, p. 276; ampliar *infra*, n° 10.4.2. y 10.4.3.

[135] MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 634; CASSAGNE, *op. cit.*, p. 405.

por ley y previamente indemnizada, no vemos cómo un derecho que integra el concepto constitucional de propiedad pueda quedar sometido a la sola voluntad de la administración, que sin calificación *legal específica* para el caso de utilidad pública, pueda quitar ese derecho y sustituirlo por una indemnización. ¿Se pensará acaso que la Universidad puede revocar un diploma profesional por razones de *oportunidad,* y pagar una indemnización por el daño causado?; ¿que el Intendente Municipal puede sin expropiación formal revocar por razones de oportunidad un permiso de construcción, cuando ya el edificio está construido, y querer resarcir el valor del edificio?

Evidentemente una solución así, en los casos indicados, contrariaría elementales principios jurídicos de orden y seguridad, y la propia garantía constitucional de la propiedad, que sólo cede ante una *ley* que califique el interés público.

Esta extensión del concepto constitucional de propiedad, que incluye a los derechos nacidos de actos administrativos, ha sido formulada por la propia Corte Suprema, que en el caso *Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ la Nación,*[136] dijo que "... es verdad que el concesionario de una línea férrea no es su propietario en el sentido técnico de la palabra. Su derecho se diferencia sustancialmente del dominio privado en la naturaleza y las limitaciones que reconoce en favor del interés del Estado. Pero ese derecho en cuanto escapa a tales limitaciones, es tan efectivo y respetable como los bienes que salvaguarda la garantía constitucional en toda la latitud reconocida a la cláusula 17 de la Constitución por la jurisprudencia de esta Corte. Esta ha dicho: "El término «propiedad,» cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de este estatuto, comprende "todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad." Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad."[137]

Para decirlo en palabras de MEEHAN, en cierto modo similares a las nuestras: "... es esencialmente peligroso afirmar, que se puede extinguir un acto administrativo que ha reconocido o constituido derechos subjetivos perfectos, por razones de interés público, siempre que se abone la pertinente indemnización, sin aclarar que esto implica una expropiación. Lo dicho en razón de que la expropiación presupone siempre el cumplimiento de ciertos principios y normas legales que condicionan la legitimidad y que se consideran esenciales. La afirmación adquiere caracteres verdaderamente graves ante legislaciones en las que, como la nuestra, los requisitos fundamentales del procedimiento expropiatorio tienen

[136] Corte Suprema, *Fallos,* 176: 363, año 1936. En contra BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 305.
[137] *Fallos,* 176: 363.

jerarquía constitucional." "Puede llegarse a interpretar, que la administración, por sí, prescindiendo, por ejemplo, de la ley previa y de los procedimientos reglamentarios establecidos, puede mediante un mero acto administrativo extinguir a otro que ha reconocido o constituido derechos subjetivos perfectos con tal que ofrezca abonar una indemnización, lo que es totalmente inaceptable."[138] Agrega MEEHAN que no puede aceptarse entonces que en los hechos el particular vea su derecho de propiedad extinguido unilateralmente por la autoridad administrativa, sin que se cumplan *los trámites constitucionales y legales pertenecientes a la expropiación,* debiendo él "conformarse" con aceptar una "indemnización."[139]

19.4.3. *Revocación y estabilidad.* Por lo demás, es obvio, a nuestro modo de ver, que los mismos argumentos esgrimidos por la Corte Suprema al hacer la construcción de la estabilidad de los actos administrativos, son aplicables a la revocación por razones de oportunidad. Incluso puede señalarse que la Corte no hace distinciones entre la revocación por ilegitimidad y la revocación por inoportunidad, cuando proclama que los actos administrativos regulares que reconocen un derecho subjetivo no están librados al arbitrio de las autoridades administrativas.

La Corte Suprema, en efecto, es muy terminante en la extensión que confiere al principio de la estabilidad, y si bien en el caso *Carman de Cantón* dio a entender que el principio no se aplicaría "cuando se obra en virtud de facultades discrecionales"[140] o cuando "aun actuando y decidiendo en virtud de facultades regladas, el interés público que, como ha dicho esta Corte, puede confundirse con el orden público (*Fallos*, 172: 21) reclama una modificación del *status* creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación" (cons. 5º, citado), debe advertirse que toda la jurisprudencia posterior hace énfasis en que debe haber una "ley," en sentido formal, y que además ella debe ser de *orden público,* de acuerdo al principio consagrado por el art. 5° del Código Civil, para que proceda la revocación. La solución del caso *Pustelnik* la consideramos atípica, además de gravemente errónea en el aspecto que estamos comentando.

Señala LINARES al respecto que "nadie puede dudar, en efecto, después de los fallos de la Corte Suprema en las causas... que un acto administrativo unilateral que confiere derechos subjetivos perfectos puede modificarse válidamente

[138] MEEHAN, JOSÉ HÉCTOR, "Revocación de los actos administrativos," *Boletín de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales*, año XXXII, n° 1-3, Córdoba, 1969, n° 82, pp. 175, 176 de la "Conclusión" del citado trabajo de tesis.

[139] *Op. cit.*, p. 173; en igual sentido, LINARES, *Cosa juzgada*..., *op. cit.*, pp. 74 y 75, considera "un superlativo error" la asimilación a la expropiación.

[140] En sentido similar, SAYAGUÉS LASO no admite la revocación por razones de oportunidad en los actos reglados (*op. cit.*, p. 523), aunque es de advertir que en los discrecionales, por lo demás, tampoco lo admite si ello afecta derechos adquiridos (*op. loc. cit.*) Ver también MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 576 y 577, quien critica acertadamente la asimilación entre "discrecionalidad" y "revocabilidad."

por *ley posterior de orden público.* No entramos a considerar si en tales casos procede una indemnización por el Estado... Pero sí podemos afirmar, frente a esa jurisprudencia, que *una ley de orden público*, posterior y razonable, puede válidamente modificar esos actos."[141]

La solución se refuerza más, actualmente, si se tiene en cuenta que el art. 3° —reformado— del Código Civil, expresa que las leyes "no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales," lo que da una idea de mayor protección y estabilidad de los derechos.

Incluso en la jurisprudencia más tradicional de la Corte, que tan exhaustivamente analizara LINARES, la conclusión se mantiene: Como dice este autor, "la revocación por «oportunidad» —o por razones de oportunidad— del acto administrativo es la revocación por razones de conveniencia, o interés o utilidad o necesidad pública efectuada por el órgano que dictó tal acto o sus superiores jerárquicos. Ya hemos visto en el apartado anterior que la Corte Suprema no admite este tipo de revocación para los actos que tienen las características de los estudiados en los apartados a, b, c y d" (que son los requisitos de la cosa juzgada administrativa);[142] "La cosa juzgada perfecta no tolera su alteración administrativa válida *ni aun con indemnización como alternativa lícita*."[143]

En suma, consideramos que los actos que tienen estabilidad (no, pues, los actos precarios), son irrevocables no sólo por razones de legitimidad, sino también y con mayor razón aún, por razones de oportunidad.[144] Sólo procede la revocación por razones de interés público, mediante indemnización, cuando así lo autoriza una ley posterior de "orden público," al decir de la Corte Suprema, o una ley que califique de "utilidad pública" el derecho concreto en cuestión —por analogía con la expropiación—.[145] La declaración genérica del art. 18 del decreto-ley es, pues, totalmente inconstitucional, y una revocación así fundada sería *inexistente*

[141] LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 33; la bastardilla es nuestra.

[142] LINARES, *op. últ. cit.,* pp. 39 y 40.

[143] LINARES, *op. últ. cit.,* p. 75.

[144] Así lo entendimos también en nuestro *Proyecto de Código Administrativo* publicado en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.2, en cuyo art. 302 dijimos que "la revocación puede ser fundada en razones de ilegitimidad o de oportunidad. En *ambos* casos, el acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo de índole civil o administrativa, no puede ser revocado por la administración una vez que ha sido notificado al interesado."

[145] Comp. MARIENHOFF, MIGUEL S., Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos, *op. cit.*, pp. 70-77, que hace igual analogía, pero llega a la conclusión contraria, es decir, admite la revocación por la propia administración por motivos de interés público, pero sin ley que efectúe dicha calificación. Sigue a MARIENHOFF, CASSAGNE, *op. cit.*, p. 405 y, menos explícita, la Corte Suprema en 1975 en el ya citado caso *Pustelnik*.

jurídicamente.[146] La similar solución de la Corte Suprema en el caso Pustelnik nos parece, en este punto, insostenible.

19.4.4. *Revocación y expropiación.* El argumento de la antología de la revocación por razones de oportunidad con el instituto expropiatorio pierde aún más fuerza, a nuestro juicio, a partir del decreto-ley 21.499. Esta nueva ley de expropiaciones mantiene con total amplitud el objeto expropiatorio,[147] incluyendo en consecuencia los derechos nacidos al amparo de actos administrativos. Además, la ley regula ahora tanto la retrocesión como la expropiación irregular y la ocupación temporánea, de modo que mal podría hablarse de un vacío legislativo que permitiera recurrir a la analogía o a la aplicación supletoria: *Toda* forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe ahora regirse a nuestro juicio por el procedimiento expropiatorio *stricto sensu* del decreto-ley 21.499/77, el cual supone el pago en dinero efectivo (art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), con más la actualización pertinente desde la desposesión hasta "el momento del efectivo pago" (art. 20), y un incremento indemnizatorio del 10 por 100 en caso de avenimiento directo. (Art. 13.) Y se desprende del sistema de los títulos IV y V de la ley actual, que el Estado sólo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber éstos fracasado por falta de avenimiento del particular.

Por ello insistimos en que, a nuestro juicio, no es constitucionalmente admisible, ni políticamente conveniente, ni siquiera legalmente sistemático, pretender admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley especial que los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación.[148]

[146] Comp. Linares, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 348, p. 345 y ss., quien a pesar de haber formulado los principios que seguimos en el texto con respecto a la situación anterior al decreto-ley 19.549/72, no tienen un juicio tan categórico como el que aquí damos respecto de esta ley, sino que se limita a restringir en lo posible su campo de aplicación. Por nuestra parte, atento el fundamento constitucional que damos al punto, en cuanto supuesta expropiación sin ley expresa calificando la utilidad pública, entendemos que la ley es flagrantemente inconstitucional en esta materia.

[147] Art. 4°: "Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la «utilidad pública,» cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no." La misma amplitud se advierte en el art. 51, inc. *c)*, que declara procedente la expropiación irregular "Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad."

[148] La propia ley de expropiaciones en su art. 51 plantea la posibilidad de que se pueda privar a una persona de un bien, indemnizándolo, sin previa ley que califique de utilidad pública al bien. Ya la interpretación que se ha dado de ese art. 51 inc. *c)* es que *no* faculta a la administración a privar a

un particular de un bien sin calificación de utilidad pública. Véase al respecto los debates que obran en el libro de la AADA, *La ley nacional de expropiaciones 21.499*, Buenos Aires, 1977, p. 35, nota f.

Es categórica la opinión que al respecto asume OYHANARTE, JULIO, "Aspectos del nuevo régimen expropiatorio," *RADA*, n° 15-16, p. 33 y ss., especialmente pp. 48-9: "Nuestro ordenamiento no tolera la posibilidad de una expropiación sin ley y... la admisión de lo contrario importaría grave atentado contra el derecho de propiedad que la Constitución garantiza."

La solución del derecho español es desde antaño la que exponemos en el texto. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 558 y 559.

Capítulo IX

VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. OBJETO Y COMPETENCIA

Sumario

I. *Elementos y vicios del acto administrativo* 295
1. Elementos del acto administrativo 295
2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación 296
3. Vicios y nulidades 297

II. *Vicios del objeto* 298
4. Objeto prohibido 298
5. Objeto violatorio de facultades regladas 299
6. Imprecisión u oscuridad 300
7. Imposibilidad de hecho 301
8. Irrazonabilidad 302
8.1. La contradicción del acto 302
8.2. La falta de proporcionalidad 303
8.3. La absurdidad del objeto 304
9. Inmoralidad 306
9.1. La ley inmoral 307
9.2. El acto inmoral 308
10. Cuadro comparativo de los vicios del objeto 309

III. *Competencia* 310
11. Competencia en razón del grado 310
11.1. Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano 310
11.2. Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por descentralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma 312
12. Competencia en razón de la materia 312

12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales 312
12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas 313
12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos 313
13. Competencia en razón del territorio 313
14. Competencia en razón del tiempo 314
15. Cuadro comparativo de los vicios de la competencia 315

IV. *Vicios de la voluntad* 315
A) Vicios de tipo objetivo 315
16. Concepto de voluntad 315
17. Enumeración de los vicios de la voluntad 316
18. Vicios en el origen de la voluntad 317
18.1. Funcionario de hecho 317
18.2. Usurpador 318
19. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto 319
19.1. Defensa en juicio 319
19.2. Licitación pública 320
19.3. Concurso u oposición 320
19.4. Dictamen o trámite sustancial 320
19.5. Otros vicios de procedimiento 322
20. Vicios en la emisión de la voluntad 322
20.1. Actos simples dictados por órganos colegiados 323
20.2. Actos que requieren autorización 323
20.3. Actos que requieren aprobación 324
21. Gráfico comparativo de los vicios objetivos 326
B) Vicios de tipo subjetivo 327
22. Desviación de poder 327
22.1. Noción y fundamento conceptual 327
22.2. Fundamento legal y antecedentes 327
22.3. Casos de desviación de poder 328
22.3.1. El funcionario actúa con una finalidad personal 328
22.3.2. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros 328
22.3.3. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración 329
22.4. Aspectos probatorios 329
23. Arbitrariedad 329
24. Distintos casos de arbitrariedad 331
24.1. Actos que omiten decidir 332
24.2. Decisiones que prescinden de los hechos 333

24.3. Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria o cometen un total e inexcusable error de derecho 334
24.4. Actos ilógicamente motivados 336
24.4.1. "Falacias no formales" 336
24.4.2. "Falacias formales" 338
24.5. Otras hipótesis 340
25. Diferencia entre "arbitrariedad" y el vicio tradicional de "violación de la ley" 340
26. Error 341
26.1. El error como causal de nulidad 341
26.2. Errores de menor gravedad 342
26.3. Acerca del llamado "error de derecho" 342
27. Dolo, violencia, simulación 343
27.1. Dolo 343
27.1.1. Dolo del administrado 343
27.1.2. Dolo del funcionario 343
27.1.3. Dolo del administrado y del funcionario 344
27.2. Violencia o intimidación 344
27.2.1. Violencia sobre el administrado 344
27.2.2. Violencia sobre el funcionario 344
27.2.3. Observaciones comunes 344
27.3. Simulación 345
27.3.1. Ejemplos 345
27.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios 346
27.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos 346
28. Gráfico comparativo de los vicios subjetivos de la voluntad 347

V. *Vicios de forma* 348
A) Formas de instrumentación y publicidad 348
29. Concepto 348
30. La forma escrita 349
31. La fecha 349
32. El número 350
33. El órgano y entidad de que emana el acto 350
34. La motivación 351
34.1. Concepto 351
34.2. Fundamentos 352
34.3. Consecuencias de su omisión 352
34.4. Requisitos de una motivación suficiente 352
34.5. La motivación previa, concomitante y ulterior 353

35. Parte dispositiva o resolutiva 354
36. La firma del acto 355
37. Otras formas de instrumentación 356
37.1. Forma oral 356
37.2. Signos 357
37.3. Actos tácitos 358
37.4. El silencio 358
38. Formas de publicidad 359
39. Especies de formas de publicidad: Publicación y notificación 360
40. Gráfico comparativo de los vicios de forma 362
B) Otros criterios relativos a la forma. Crítica 363
41. La forma y la expresión de la voluntad 363
42. Crítica de la distinción entre formas "ad substantiam" y "ad probationem" 364
43. Crítica de la distinción entre formas "esenciales" y "no esenciales" 365
43.1. El criterio doctrinario y legal 365
43.2. Casos de validez a pesar de violación de formas esenciales 367
43.3. Casos de nulidad por violación de formas no esenciales 367
44. Crítica de la distinción entre forma y formalidad 368
45. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo ... 369

Capítulo IX

VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. OBJETO Y COMPETENCIA

I. Elementos y vicios del acto administrativo

1. *Elementos del acto administrativo*

El tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad, y con ellos los posibles vicios que los pueden afectar; por razones didácticas es conveniente destacar en el análisis de dichos elementos, simultáneamente, los posibles vicios que pueden presentarse y el tipo de nulidad que acarrearán.

¿Cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo? En el fallo ya tan comentado de la Corte Suprema en materia de nulidades,[1] ésta dijo que eran tres: Competencia, objeto y forma; si a ello se agrega que en numerosos fallos ha hablado del vicio del error, considerándolo como vicio de la voluntad, resulta que en nuestro sistema pueden señalarse cuatro elementos esenciales del acto administrativo: Competencia, voluntad, objeto y forma.[2] Esa es, a nuestro juicio, la formulación más clara; los requisitos de causa (motivo) y fin pueden ser subsumidos en los anteriores —particularmente en la voluntad del acto administrativo.[3]

El desacuerdo doctrinario respecto a las hipótesis que habrán de incluirse dentro de uno y otro elemento es grande; pero en el fondo es un mero problema de denominación: Una misma irregularidad del acto será para algunos vicios de voluntad, para otros vicios de forma, para un tercer vicio en el objeto... pero el vicio y la calificación del mismo en cuanto a las consecuencias jurídicas que comporta se mantiene análogo, en lo fundamental, a través de las distintas denominaciones. O, lo que es lo mismo, las discrepancias que puedan existir no están determinadas por la denominación que se haga del elemento respectivo.

[1] *Los Lagos, S. A. Ganadera c/Gobierno Nacional*, 1941, *Fallos*, 190: 142.
[2] En igual sentido, Diez, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 159.
[3] Confr. Zanobini, t. I, *op. cit.*, 8ª ed., p. 247 y ss.

Por ello, la cuestión no tiene, en definitiva, sino una importancia didáctica y metodológica, y la bondad del sistema que se exponga dependerá en buena medida de su claridad.

El criterio didáctico elegido por los autores del decreto-ley 19.549/72 fue el siguiente: Enumerar en el art. 7° como "requisitos esenciales" (sin entrar, pues, en la discusión de cuáles son o no los "elementos" del acto) la *competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, fin;* en el art. 8° se hace referencia a la forma (también en el 11° y concordantes); por último, en el art. 14, al referirse a las nulidades del acto administrativo, se mencionan las derivadas de los típicos y tradicionales vicios de la *voluntad* (error, dolo, violencia, simulación), haciéndose por lo demás mención expresa a la carencia de "voluntad" como vicio del acto. En la metodología un poco deshilvanada del decreto-ley, pues, aparecen mencionados sucesivamente: 1°) competencia, 2°) causa, 3°) objeto, 4°) procedimiento, 5°) motivación, 6°) fin, 7°) forma, 8°) voluntad.

Si el decreto-ley hubiera adoptado esta posible clasificación de elementos del acto administrativo en forma sistemática no habría inconveniente de orden lógico en utilizarla también a los efectos de su explicación metodológica; pero ocurre que, como se advierte, el orden y la hilación de tales elementos no es en realidad demasiado feliz, pecando en primer lugar por una demasiada extensa enumeración de requisitos. El fin, por ejemplo, puede claramente subsumirse en la voluntad, y el procedimiento en la forma. A su vez, la motivación del acto puede incluirse tanto dentro de la forma como de la voluntad, sin que ninguna razón de orden explicativo justifique su mención autónoma. En lo relativo a la causa, no cabe sino recordar las fundadas objeciones que en teoría general se han formulado a su corrección conceptual[4] y no parece oportuno insistir en ella.

Todo esto no quiere decir, por supuesto, que los mentados requisitos que la ley contiene dejen de ser aplicados o explicados: Significa tan sólo que su tratamiento se hará en el lugar estimado por nosotros metodológicamente oportuno. En este sentido, adelantamos desde ya que lo atinente a la causa y al fin del acto lo analizaremos en parte dentro del tema referente a la voluntad, sin perjuicio de mencionarla nuevamente al tratar de la forma del acto.

2. *Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación*

En virtud de lo dicho, hemos tratado de subsumir todos los posibles tipos de vicios del acto administrativo en uno u otro de los elementos citados —competencia, voluntad, objeto, forma—, porque hemos creído que agregar nuevos elementos, aunque pueda parecer lógicamente más correcto en algunos casos, quita claridad al sistema y hace más difícil la retención de los distintos elementos y vicios.

[4] Por ejemplo, LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 263-265.

Por lo tanto, el lector encontrará que cada uno de estos elementos que analizaremos comprende una serie de hipótesis que podrían con soltura constituir casos autónomos de vicios; y que los elementos del acto, así considerados, son tal vez algo elásticos. Sin embargo, es de hacer notar que no por ello variará el régimen jurídico que corresponda aplicar al vicio de que se trate, pues éste deriva no de *una confrontación teórica con los elementos que deba tener* el acto (para afirmar entonces que si falta alguno es jurídicamente posible decir que está viciado), *sino con los requisitos concretos exigidos por el orden jurídico;* en otros términos, el vicio del acto deviene no tanto de que le falte un *elemento* que teóricamente pueda considerarse pertinente, *sino más bien de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico* que signifique el requisito concretamente violado. La doctrina, pues, no habrá de dar opinión acerca de si el acto es "nulo," "anulable," o "inexistente," porque falte o esté viciado un "elemento esencial" del acto (aunque muchos autores hacen esta argumentación), sino en base a la importancia que concretamente tenga en el caso el vicio de que se trata.

Si bien ya expresamos que la consecuencia jurídica que corresponde asignar al acto no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que en cada caso concreto tenga el vicio cometido,[5] existe con todo, por lo general, una mayor importancia en los vicios relacionados al *objeto* y a la *competencia* del acto, en ese orden, y en segundo lugar los vicios de la *voluntad* y de *forma*. Es interesante destacar que los vicios que usualmente son de menos trascendencia, tales como los vicios de forma y los vicios de tipo subjetivo de la voluntad (desviación de poder, mala fe), son sin embargo los que a veces reciben más énfasis de los recurrentes, en detrimento de la mejor fundamentación de sus recursos; normalmente, pues, debe atribuirse más importancia a los vicios de tipo objetivo de la voluntad, luego por los de tipo subjetivo y finalmente por los de forma. Esto en muchos casos; en cada situación concreta deberá analizarse cuáles son los vicios realmente cometidos, y dentro de ellos cuáles los que revisten mayor trascendencia.

3. *Vicios y nulidades*

Existen tres categorías fundamentales de consecuencias que puede corresponder aplicar a los actos, según el vicio de que padezcan. Tales consecuencias las denominaremos "anulabilidad" (en igual terminología, los arts. 15 y 19 del decreto-ley; se trata de la llamada "nulidad relativa" en la terminología de la Corte Suprema), "nulidad" ("nulidad absoluta" en las palabras de la Corte)[6] e "inexistencia," caracterizadas sumariamente como insanables e imprescriptibles la segunda y

[5] García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 528. Confr. Von Hippel, *op. cit.*, p. 85. Siguen este criterio Diez, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 311, y otros. Por aplicación del mismo criterio, existen irregularidades no invalidantes: García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 548.

[6] La terminología que propusimos en la anterior edición, y que aquí reiteramos, ha sido también seguida por la Corte de Justicia de Salta, Sala II, *LL*, 120: 559 y ss., 561, *Batule*, 1965.

tercera, a diferencia de la primera (subsanable el vicio y prescriptible la acción para impugnar el acto), y como dotada de presunción de legitimidad la primera. (No así la segunda y la tercera.)[7]

Pues bien, según la gravedad del vicio corresponderá aplicar uno u otro tipo de consecuencias, pero dado que la legislación administrativa no ha podido sistemáticamente enunciar todos los vicios de que puede adolecer un acto, ni cuáles son las consecuencias que corresponderá aplicar en cada caso, la distinción entre uno y otro tipo de vicios y la determinación de su gravedad es un problema de evaluación concreta a resolverse más o menos elásticamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso.[8] Sólo se pueden enunciar aquí criterios generales, emanados en parte de la práctica jurisprudencial, en parte de principios expresos o implícitos del ordenamiento jurídico vigente, y orientados en general por un criterio de política jurídica,[9] pero no se pueden sentar reglas absolutas,[10] ni siquiera en los casos en que la legislación ha querido intentarlo.

II. Vicios del objeto

4. *Objeto prohibido*

El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina. Puede estar viciado: *a)* Por ser prohibido por la ley; *b)* por no ser el objeto determinado por la ley para el caso concreto, o ser un objeto determinado por la ley para otros casos que aquel en que ha sido dictado (apartamiento de las facultades regladas); *c)* por ser impreciso u obscuro; *d)* por ser imposible de hecho; *e)* por ser irrazonable (contradictorio, desproporcionado, absurdo, ilógico); *f)* por ser inmoral o no ético.

La prohibición del objeto la tomamos en el sentido de objeto ilícito, es decir, jurídicamente imposible; la orden de cometer un delito[11] es así el ejemplo más claro de acto nulo por ilicitud del objeto; pero también se comprenden aquí todos los casos en que el objeto del acto resulta lesivo de los derechos individuales de los habitantes.

La ilegitimidad del objeto puede resultar no sólo de la violación de la ley o la Constitución, sino también de la violación de un reglamento,[12] de una circular

Por lo demás, ha de observarse que es la terminología usual en derecho administrativo, en la doctrina comparada. El decreto-ley, por su parte, habla en el art. 14 del acto "nulo, de nulidad absoluta e insanable;" en el art. 16 de su "nulidad;" en el art. 17 de su "nulidad absoluta;" en el 20, del acto "nulo." En general, como se advierte, los términos son análogos.

[7] Ampliar en el *Tratado*, t. 3, cap. XI.

[8] En igual sentido Forsthoff, *op. cit.*, p. 314; Corte de Justicia de Salta, caso *Batule* (1965), *cit.*, p. 561.

[9] Ver las referencias en la nota anterior.

[10] Confr. Von Hippel, *op. cit.*, p. 85.

[11] Ampliar y comparar en García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 522-3.

[12] Según lo explicamos en el *Tratado*, t. 1, cap. V, n°17.

"interna,"[13] de una disposición contractual vigente,[14] de un acto administrativo anterior que gozaba de estabilidad,[15] etc. Todos estos diversos supuestos están subsumidos en el decreto-ley 19.549/72 bajo una expresión común: "violación de la ley aplicable." (Art. 14, inc. *b).*

El vicio de violación de la ley —*lato sensu*— en el objeto del acto, es normalmente causal de nulidad,[16] por cuanto se trata de una transgresión usualmente clara y manifiesta al ordenamiento jurídico. De cualquier manera, se trata de un vicio cuya enunciación genérica puede resultar demasiado amplia, por lo cual preferimos distinguir, como lo hacemos en los acápites siguientes, distintos supuestos de objeto ilegal del acto administrativo.

5. *Objeto violatorio de facultades regladas*[17]

Si la ley (en sentido lato) dispone que un objeto determinado habrá de dictarse ante una determinada situación de hecho, el acto estará viciado en el objeto si *a)* se dicta ese objeto del acto ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley, como *b)* si ante la situación de hecho prevista por la ley, se dicta un distinto objeto del determinado por ella.[18]

a) El objeto del acto puede estar autorizado, *pero para circunstancias de hecho diversas;* y así una declaración de estado de sitio hecha por el Poder Ejecutivo por conmoción interna, *estando reunido el Congreso,* es nula; una declaración de estado de sitio dispuesta por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, *cuando no hay ataque exterior,* es nula; la cesantía de un funcionario público, no dándose las causales previstas por la ley, es nula;

b) el objeto del acto puede en cambio *ser diverso del requerido o autorizado por la ley;* y será nulo, por lo tanto, el acto que aplique una multa, o la obligación de trabajar horas extras, a un agente que ha sido negligente en sus tareas, pues no son ésas las sanciones previstas en la ley; o el profesor que castiga la indisciplina con una nota baja, pues no es ésa la sanción para castigar la indisciplina, etc.

En consecuencia, toda vez que el orden jurídico exija determinadas condiciones de hecho (ejemplo: Irregular cumplimiento de la función) para que un acto pueda ser dictado (en el ejemplo: Para la aplicación de sanciones disciplinarias al funcionario público), estará viciado el acto que aplique, en el caso, la sanción

[13] Lo hemos desarrollado en el *Tratado,* t. 2, cap. XXI, punto 9.2, por aplicación del art. 1112 del Código Civil; en ausencia de norma, la doctrina se suele manifestar en contra de este criterio, ZANOBINI, *op. cit.*, p. 317.

[14] CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1963, 6ª ed., p. 258.

[15] *Tratado*, t. 3, cap. VI.

[16] SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo,* t. I, México, 1974, 6ª ed., p. 351.

[17] Sobre este concepto ver *Tratado*, t. 1, cap. VIII, n° 10-13.

[18] En sentido similar, HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 745, quien agrega una tercera variante, en que el administrador valora equivocadamente una situación de hecho realmente existente; pero pensamos que ese caso se subsume en el primero.

disciplinaria *no habiendo irregular cumplimiento de la función, o aplique otras sanciones que las disciplinarias expresamente previstas por la ley.* (Por ejemplo, que se obligue al funcionario a quedarse después de hora, o se le dé trabajo para que lo haga en su casa, etc.: Dado que esas sanciones no son las previstas por la ley para la situación de hecho contemplada, el acto es nulo.)[19]

Desde luego, para que este tipo de vicio en el objeto del acto se produzca, es necesario que exista una facultad reglada de la administración: Una norma que haya predeterminado concretamente qué era lo que debía hacer el administrador. En ausencia de esa norma concreta, la facultad será discrecional y el posible vicio habrá de buscarse en otro aspecto o elemento del acto.

Así, por ejemplo, en la prórroga de sesiones extraordinarias, la Constitución exige que ella sea dictada "cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera:" Formulación ésta demasiado amplia como para poder sostenerse que es un requisito de hecho que la Constitución exige regladamente al Poder Ejecutivo; en tal caso sólo podrá hablarse de un límite a las facultades discrecionales.

Sin embargo, la conclusión de que se ha ejercido una facultad discrecional no debe ser dada sino después de una detenida meditación, pues hasta en la norma más pequeña y aparentemente vacua puede haber una regulación concreta a la actividad de la administración. Un ascenso dispuesto por el presidente de la Nación "por sí sólo en el campo de batalla" (art. 88, inc. *16)* será nulo si no ha habido *batalla* alguna; o si el ascendido no se encontraba en tal batalla, etc.

6. *Imprecisión u oscuridad*

La imprecisión u oscuridad del objeto hace también defectuoso al acto: El objeto del acto debe, pues, ser "cierto," como expresa el art. 7°, inc. *c)* del decreto-ley; el acto será inválido si resulta incierto, ambiguo o indeterminable en cuanto a qué especie de acto es, o a en qué tiempo o lugar habrá de producir sus efectos.[20]

Debe tratarse de una imprecisión u oscuridad importante y que afecte una parte principal del acto. Si lo impreciso es tan sólo un aspecto secundario del acto, entonces éste no será obligatorio en ese aspecto, pero por lo demás resultará válido.[21]

[19] Ver Suprema Corte de Buenos Aires, *Acuña*, 1965, *LL,* 118: 250: Nulidad del acto por aplicación de sanción no prevista en la ley respectiva.

[20] García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 522; Caetano, *op. cit.*, p. 247; Cretella, Junior, *op. cit.*, t. II, p. 158; Wolff, *op. cit.*, p. 340; Huber, *op. cit.*, p. 731; Obermayer, *op. cit.*, p. 75; Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, 1967, *JA*, 1968-1, p. 765 y ss., punto B y p. 772

[21] Sabido es, en efecto, que por aplicación del art. 1039 del C.C. la nulidad parcial de un acto no perjudica a las otras disposiciones válidas del mismo, siempre que sean separables. Comp. PTN, *Dictámenes*, 71: 297.

En el derecho administrativo la misma regla ha resultado consagrada en el art. 16 del decreto-ley 19.549/72, donde se determina que "la invalidez de una cláusula accidental o accesoria de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido." Lo mismo es aplicable cuando, no tratándose de una cláusula "accidental o accesoria," de todos modos se trata de una cláusula separable.

Además, la oscuridad debe ser insanable o insuperable. En consecuencia, si con un poco de buena voluntad, releyendo el acto, relacionándolo con sus fundamentos o sus antecedentes, y realizando en suma un razonable esfuerzo de interpretación, es posible encontrar el sentido del mismo a pesar de la redacción defectuosa de que pudiera adolecer, entendemos que el acto es igualmente *válido;* sólo cuando ningún esfuerzo de interpretación razonable[22] permita superar la oscuridad o imprecisión del acto, podrá considerarse que el mismo es inválido, y en tal caso el acto será inexistente.

No podrá decirse que el acto tenga, a pesar de su oscuridad, presunción de legitimidad y, consecuentemente, exista la obligación de cumplirlo, pues no se puede cumplir lo que no se conoce o entiende: El acto simplemente no es de ejecución posible;[23] por lo tanto, aun si se asignara a la nulidad absoluta el carácter de presuntamente legítima y obligatoria, no queda otro camino que considerar a este tipo de acto como inexistente. A su vez, si el acto deja margen a dudas sin ser totalmente incomprensible, esa duda juega en favor del administrado por el principio del error excusable.[24]

7. *Imposibilidad de hecho*

El art. 7°, inc. *c)* del decreto-ley 19.549/72 dispone que "el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible;" siguiendo a Wolff[25] creemos que en materia de posibilidad o imposibilidad de hecho, cabe distinguir tres hipótesis, dos de las cuales se refieren a la imposibilidad de hecho de tipo material; y una tercera a una eventual imposibilidad por falta de sustrato jurídico.[26]

7.1. *Por falta de sustrato personal:* El nombramiento como magistrado judicial, o como empleado administrativo, de una persona fallecida;[27] un acto estableciendo una obligación de tipo personal (por ejemplo: Sanciones administrativas de inhabilitación, suspensión, etc.), es imposible de hecho si se dicta después del fallecimiento de la persona obligada por el acto.[28]

[22] No, pues, "un verdadero esfuerzo dialéctico," como expresa acertadamente la Corte Suprema de Mendoza, *JA*, 1968-1, p. 768, *op. cit.*

[23] Forsthoff, *op. cit.*, p. 304; Wolff, *op. cit.*, p. 340; Huber, *op. cit.*, p. 731.

[24] Forsthoff, *op. loc. cit.*

[25] Wolff, *op. cit.*, p. 338; en igual sentido González Pérez, *op. cit.*, pp. 324 y 373; comparar Obermayer, *op. loc. cit.*; Huber, *op. cit.*, p. 731.

[26] En todos los casos, debe tratarse de una imposibilidad originaria, García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 522.

[27] Con todo, a veces se presentan casos en que aparentemente el acto se refiere válidamente a una persona fallecida, como en los ascensos *post mortem* que se dan en las fuerzas de seguridad a aquellos agentes muertos en actos de servicio; pero allí el significado del acto es en verdad el de conceder válidamente una pensión superior a los deudos y reconocer moralmente ante la comunidad el sacrificio del agente. Estrictamente, como es obvio, no hay en verdad un ascenso.

[28] Huber, *op. cit.*, pp. 732-3.

7.2. *Por falta de sustrato material:* Cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, o ha desaparecido; o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible.

7.3. *Por falta de sustrato jurídico:* Revocación de un acto administrativo ya anulado; nombramiento de magistrados para juzgados que no han sido creados; aplicación de una sanción disciplinaria a quien ya no es funcionario público;[29] actos referidos a personas jurídicas ya extinguidas como tales, o a actos privados absolutamente nulos.[30]

En todos los casos de imposibilidad de hecho el acto es, a nuestro juicio, inexistente.[31]

8. *Irrazonabilidad*

La irrazonabilidad también es un vicio del acto, aunque bajo este concepto se incluyen muy diversas hipótesis, varias de las cuales corresponden, a su vez, a los *vicios de la voluntad* del acto, que más adelante explicaremos. Con todo, podemos indicar aquí los siguientes supuestos:

8.1. *La contradicción del acto*

La contradicción del acto,[32] en cuanto resuelva cosas que son antitéticas, o disponga en la parte resolutiva lo contrario de lo que en los considerandos expresaba.[33]

La contradicción es, a nuestro modo de ver, un caso típico e insanable de irrazonabilidad, como que atenta contra el principio lógico elemental de no contradicción. Tan irrazonable, por contradictorio consigo mismo, es el acto que explica y fundamenta una solución en los considerandos, y adopta la contraria en la parte resolutiva, como el acto que en su propio articulado enuncia proposiciones o decisiones contradictorias. Por ello, no nos parecen sostenibles las conclusiones de RIGAUD en el caso de *Sieurs Blanc et Truchet* (1965), del Consejo de Estado de Francia, en que se sostuvo que una contradicción en un decreto no lo vicia a menos que lo haga absolutamente inaplicable, pues un artículo puede derogar al otro;[34] por el contrario, y aun tomando ese argumento, en caso de contradicción

[29] Este caso se ha dado varias veces, considerándose en tales situaciones que el acto era nulo. Corte Suprema, *Magallanes*, 1961, *Fallos,* 251: 368 y 374; *Paz*, 1962, 254: 88; Cámara Federal de la Capital, *JA*, 1963-VI, p. 72; 1966-IV, p. 41, *Pascali*, 1966.

[30] HUBER, *op. cit.*, pp. 732 y 736.

[31] "Normalmente, la imposibilidad de contenido se traduce en imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno:" GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 522.

[32] WOLFF, *op. cit.*, p. 340; WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 10; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

[33] ZANOBINI, *op. cit.*, p. 313; DE VALLES, *op. cit.*, p. 171; CAMMEO, *op. cit.*, p. 606; LANDI POTENZA, *op. cit.*, p. 265; DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 409.

[34] Ver revista *L'Actualité Juridique*, "Droit Administratif," n° 10, París, 1965, p. 529 y ss., donde se publica el *affaire* mencionado.

sólo puede razonablemente entenderse que los artículos contrapuestos *se derogan mutuamente*:[35] Siendo ambos artículos simultáneos en el tiempo (pues no se pensará, ciertamente, que los últimos artículos son posteriores en el tiempo a los primeros...: Todo el acto se dicta junto, se firma junto y se da a publicidad junto), y pensando en un posible efecto derogatorio de uno sobre otro, su igual jerarquía y coincidencia temporal llevan necesariamente a la conclusión de que ambos se derogan recíprocamente y el acto es inexistente en esa parte.

Lo expuesto, desde luego, se refiere a los actos administrativos en sentido estricto (unilaterales e individuales), ya que si un mismo acto contiene una disposición general en determinado sentido, y una disposición particular en sentido contrario, no existe en verdad contradicción alguna, sino que hay una norma general y una excepción, para el caso particular, a la norma general: Allí el acto es válido en ambos aspectos, y no se produce tampoco el vicio de apartamiento de una norma general,[36] pues la norma general nace ya con la excepción de referencia.

8.2. *La falta de proporcionalidad*

La falta de proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al administrador las facultades que éste ejerce en el caso, o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta, etc., tornan nulo el acto.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido "que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador."[37] También el Código Civil, en su nuevo art. 954, permite obtener la anulación de los actos jurídicos en los cuales una de las partes tuviera "una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada," lo cual muestra la vigencia de un principio general contrario a los actos carentes de proporcionalidad.[38]

La consagración legal expresa en el derecho administrativo del principio enunciado la encontramos en el art. 7°, inc. *f)*, del decreto-ley 19.549/72, donde se expresa que "las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas" a la finalidad que resulte de las normas respectivas que otorgan las facultades pertinentes al órgano de que se trata. En esta disposición la proporcionalidad se analiza relacionando el fin que tiene la *norma* que otorga la atribución al órgano, con las medidas adoptadas por éste; pero también puede haber falta

[35] En tal sentido el Consejo de Estado español: García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 522.

[36] *Tratado*, t. 1, cap. V, punto 17.

[37] Corte Suprema, *Fallos,* 248: 800, 815, *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960 y sus precedentes, 171: 348, 362; 199: 483, 530 y otros. Esta doctrina ha sido expuesta por la Corte en particular con relación a actos dictados en virtud del estado de sitio, pero desde luego es aplicable a todo tipo de actos administrativos.

[38] Comparar Marienhoff, "«La lesión» en el derecho administrativo," *JA*, 1975, Doctrina, p. 468 y ss., y Moisset de Espanes, "La lesión y el derecho administrativo," *JA*, 1976-II, Sección Doctrina, p. 686 y ss.

de proporcionalidad entre los *hechos* que determinan el acto (su causa) y lo que éste dispone.

La desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio de que pueda también aparecer como una forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad. En el caso que consideramos, no se trata de un vicio de desviación de poder, pues el funcionario actúa con la misma finalidad prevista por la ley, sólo que excediéndose en los medios empleados: Sería, por ejemplo, el caso de que el Poder Ejecutivo, para impedir la publicación de un diario o revista durante el estado de sitio, dispusiera no sólo la clausura del periódico, sino también la detención de todos los que han intervenido en su impresión o circulación. (Linotipistas, obreros, choferes, repartidores, canillitas, etc.) o que para preservar el orden en la Capital Federal, durante el estado de sitio, ordenara la detención de todos los habitantes de aquélla, etc. La Procuración del Tesoro de la Nación tiene también admitido que la falta de proporcionalidad entre el objeto del acto y los fines previstos en la ley vicia el acto.[39]

La desproporcionalidad, según dijimos, también lo vicia cuando existe un exceso entre lo que el acto decide y los hechos que lo motivan: Por ejemplo, la administración puede decretar la cesantía de un funcionario público por falta de respeto a los superiores, pero es evidente que no saludar un día intencionadamente a un superior es una falta de respeto que en modo alguno justificaría sanción máxima como la cesantía; una sanción adoptada sería nula por desproporcionada, sin perjuicio de que sean procedentes sanciones menores.[40]

Este principio puede aplicarse a una gran cantidad de supuestos, y así, por ejemplo, se ha dicho que la fijación de las tarifas por la prestación de los servicios públicos debe guardar "una razonable equivalencia entre ambas prestaciones (servicio realizado y retribuciones debida), pues donde no hay proporcionalidad tampoco hay razonabilidad."[41]

8.3. *La absurdidad del objeto*

La absurdidad del objeto vicia el acto,[42] al igual que la imposibilidad de hecho.[43] Absurdidad e imposibilidad de hecho se superponen en gran medida, aunque no

[39] En tal sentido, *Dictámenes*, 102: 226.

[40] En sentido similar, *Dictámenes*, *op. cit.*, 102: 226.

[41] Suprema Corte de Mendoza, *Andrés*, 1967, *LL*, 129: 833, 836, 837; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 142.

Sobre el tema de la justicia y razonabilidad en las tarifas de los servicios públicos ver MAIRAL, HÉCTOR A., "La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos," *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 2, Buenos Aires, 1971, p. 53 y ss., quien desarrolla el tema en relación a las tasas de los servicios concedidos (pp. 54-70), considerando aplicables los mismos principios cuando se trata de servicios públicos prestados por la administración (p. 70), con algunas particularidades. (P. 71.)

[42] WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731. También se puede hablar, en este supuesto, de una imposibilidad de carácter ideal o lógico: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*

[43] PTN, *Dictámenes*, 78: 362 y 363.

totalmente, ya que cabe concebir actos absurdos que no sean imposibles de hecho,[44] y actos imposibles de hecho que no sean absurdos,[45] pero de todos modos hay un gran número de casos en que ambas circunstancias pueden darse conjuntamente; previsión de empleos militares en el extinguido Ejército de la Confederación, orden de mantenerse suspendido en el aire, etc.

Si bien a primera vista puede parecer, a tenor de los ejemplos que damos aquí, que la absurdidad es una hipótesis excepcional como para que revista poco interés práctico, no es ello así: Lo que ocurre es que a veces la absurdidad, por repetida, parece revestir formas externas de racionalidad y por ello no se la advierte en su total magnitud. El funcionario que pretende que el administrado pueda impugnar el acto que lo afecta, sin darle vista de los fundamentos y pruebas que han llevado a su emisión, está realizando un comportamiento estrictamente absurdo: En efecto, creer que una persona se puede defender eficazmente de lo que desconoce, es como pretender que una persona pueda pelear con los ojos vendados. Sin embargo, si nadie dudara un instante de que sea absurdo e irracional pretender que una persona se defienda con los ojos vendados frente a otra que los tiene bien abiertos, muchos —sin tanta racionalidad— creen que puede ser admisible que una persona se defienda de alegaciones e imputaciones cuyo fundamento y probanzas desconoce.[46]

Por lo tanto, debe tenerse presente que un acto absurdo no es necesariamente un acto *risible* o *ridículo* (aunque pueda serlo), y que la absurdidad también puede estar presente bajo las apariencias de mayor seriedad y dogmatismo: Ello no disminuye, sin duda, el vicio que el acto tiene.

Con sentido más general, todo acto contrario a las reglas de la lógica[47] o que resulta de razonamientos falsos,[48] es también absurdo o irrazonable, y por lo tanto nulo, o incluso inexistente en casos de *mucha* gravedad. A ello nos referiremos con mayor detalle al tratar del vicio de arbitrariedad o irrazonabilidad, en el cap. IX, § 8 a 10.

[44] Por ejemplo, un acto que obligue a caminar para atrás, o de costado; que obligue a usar una corbata anudada al brazo, etc.

[45] Por ejemplo, por ahora, la construcción de un vehículo para viajar fuera del sistema solar y volver a la Tierra; la provisión de materiales que se han dejado de fabricar; dispociones que exigen requisitos técnicamente imposibles de satisfacer; "la orden de un agente público de ir a la Luna en automóvil" García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 488, etc.

[46] Y no se diga que el administrado a quien no se da vista del expediente conoce por lo menos el acto que lo afecta o sanciona, pues eso es como decir que si al individuo de los ojos vendados de nuestro ejemplo se le dijera: "Peleará usted con esta persona, la cual le pegará con un palo de medio metro de largo en la cabeza," aquel señor, por conocer concretamente lo que le va a pasar o lo que quieren que le pase, no se defenderá por ello mejor en la oscuridad.

[47] Huber, *op. cit.*, p. 731; Ossenbühl, Fritz, *Die Rückname fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, Berlín, 1965, p. 8. Ver la nota siguiente y su remisión.

[48] "... esta resolución carece... de lógica en sus considerandos y aún hay inconsecuencia entre ellos en sí y respecto de parte dispositiva...," Corte Suprema de Mendoza, *JA*, 1968-I, p. 765 y ss., p. 768. En igual sentido Huber, *op. loc. cit.*; Ossenbühl, *op. loc. cit.*

9. *Inmoralidad*

La inmoralidad del objeto también vicia el acto. En esto es pacífica la doctrina[49] y no parece que su aceptación dependa de una toma de posición en el problema de si el derecho es o no necesariamente moral, o en qué medida lo es,[50] ya que incluso los autores que postulan que puede haber una regla jurídica inmoral pero válida, aclaran de todos modos que una ley puede incorporar preceptos morales como parte de las reglas de derecho,[51] en cuyo caso el acto deberá ser moral para ser jurídico. Tal es lo que ocurre con el art. 953 del Código Civil, cuya enunciado es aplicable al caso.[52]

Pensamos que el sentido que cabe dar aquí a este posible vicio del acto es el de contravenir la "moralidad positiva",[53] cuyas normas y reglas no son creadas por la ética, sino descubiertas y explicadas por ella.[54] En este punto cobra importancia la cuestión de si "los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otra clase de juicios,"[55] o si, en cambio, los valores constituyen un *a priori* emocional[56] que se intuye en forma independiente de principios lógicos[57] y que se aprende del ejemplo y de la imitación;[58] en otro aspecto, si los valores son objetivos o subjetivos.[59] La segunda alternativa deja un campo mayor de flexibilidad para el análisis y la mostración (ya que no habrá demostración) del carácter no ético de un acto determinado;[60] también para la caída de antiguos dogmas morales.[61]

[49] Cretella, Junior, *op. cit.*, t. II, pp. 157 y 158; Huber, *op. cit.*, t. II, pp. 741 y 742; Marienhoff, *op. cit.*, t. II, pp. 346 y 543; Fiorini, *op. cit.*, p. 373.

[50] Ver, por ejemplo, Hartmann, Nicolai, *Ethik*, Berlín, 1962, p. 64 y ss.

[51] Hart, H. L. A., *Derecho y moral,* Buenos Aires, 1962, pp. 11 y 12.

[52] "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiesen prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero;" en la nota dice el codificador que "los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles."

[53] Ver García Maynez, Eduardo, *Etica*, México, 1960, 7ª ed., p. 12.

[54] García Maynez, *op. cit.*, p. 14 y ss.

[55] Hart, *op. cit.*, p. 59.

[56] Scheler, Max, *Etica*, t. I, Madrid, 1941, pp. 100-101.

[57] Scheler, *op, loc. cit.* En este sentido expresa también García Maynez, "Los actos a través de los cuales intuimos los valores no son simples actos del conocer, sino del sentimiento o, expresado en forma más sencilla: su carácter no es reflexivo o intelectual, sino emocional e intuitivo." (*Op. cit.*, p. 243.)

[58] Hartmann, *op. cit.*, p. 47 y ss., 116 y ss.

[59] Ver al respecto, Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores?*, México, 1958, p. 30 y ss., 103 y ss., 121 y ss.

[60] Comparar Toulmin, Stephen E., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1964, p. 166 y ss., 176, 180, 181 y 185. Russell, Bertrand, "The elements of ethics," en el libro *Readings in Ethical Theory*, de Sellars y Hospers, Nueva York, 1962, p. 27 y ss. Lo que en estos y otros trabajos se destaca es la posibilidad de *razonar* una cuestión moral, antes que postularla dogmáticamente; o, como dice Bertrand Russell, que existen "métodos a ser empleados y falacias a ser evitadas al considerar la bondad o maldad intrínseca." (*Art. cit.*, p. 28.) Comparar también Ayer, *op. cit.*, p. 135 y ss.

[61] Caso típico, la moral sexual. Si bien no hay duda de que el ejemplo clásico de acto inmoral, a saber, la concesión o el permiso otorgado para el funcionamiento de una casa de prostitución

Cualquiera sea el criterio que se adopte, y aunque no se llegue a una ética científica[62] siempre será posible en muchos casos ponerse de acuerdo sobre el carácter inmoral del objeto de un acto: Cuando ello ocurra deberá considerarse ilegítimo el acto, sin que tampoco influya en este planteo la controversia acerca de si el derecho necesariamente debe ser siempre moral, ya que en el caso la cuestión está consagrada legalmente.

9.1. *La ley inmoral*

En cambio, constituye un problema más difícil, por sus implicancias sobre la teoría general del derecho, la cuestión de la ley inmoral.

Según HUBER,[63] hay que distinguir el acto inmoral que está dictado en el marco de una ley que no hace sino ejecutar (es decir, el acto en el que la valoración inmoral no procede directamente del funcionario, sino, más bien, de la ley), del acto en el cual el contenido inmoral no está dictado por la ley. Según dicho autor, en el primer caso no habría vicio de inmoralidad en el acto.[64] Sin embargo, pensamos que en tales situaciones lo único que varía es la mayor presunción de legitimidad que tal vez corresponda otorgar a la ley, pero no por ello el acto que ejecuta una ley inmoral se transforma en éticamente valioso. Caso típico pueden serlo las normas, y los actos de ejecución de ellas, que puedan en algunos países haber autorizado la eliminación de los enfermos mentales.[65]

En este punto, según quedó dicho, sí entra en juego la concepción que sobre el derecho se sustente. HART sostiene que no por ser inmoral la ley deja de ser derecho,[66] criticando la posición contraria adoptada por los juristas alemanes después de la lección del nazismo, por ejemplo, RADBRUCH,[67] pero su posición en última instancia desemboca en lo mismo. Obsérvese que HART postula que en tales casos "las leyes pueden ser derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas,"[68] y dice que RADBRUCH comete "una enorme sobrevaloración de

(HUBER, *op. cit.*, p. 741), puede ser mantenido, debe advertirse que actos que en el pasado podían considerarse inmorales por su objeto, hoy en día son cada vez en mayor medida considerados válidos, específicamente en la autorización para circulación de cierto tipo de libros, películas, revistas, etc. Lo mismo cabe decir de las acciones privadas. Para un planteo del llamado "retraso de la conciencia moral," ver ZBINDEN, HANS, "La conciencia moral en nuestro tiempo," en el libro *La conciencia moral*, Madrid, 1961, p. 13 y ss. Otros problemas éticos que plantea el mundo moderno pueden verse en WADDINGTON, C. H., *El animal ético*, Buenos Aires, 1963, p. 14 y ss.

Para una vinculación de la cuestión de la moral sexual con el problema de la libertad humana y sus implicancias sobre el sistema jurídico y político, véase nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, cap. X.

[62] Como propone HARTMAN, ROBERT S., *La estructura del valor*, México, 1959, p. 168 y ss.

[63] HUBER, *op. cit.*, p. 741.

[64] HUBER, *op. loc. cit.*

[65] A pesar de lo expuesto, es el mismo HUBER quien da este ejemplo y llega a la misma conclusión que nosotros, aunque diciendo que allí sólo hay "ley aparente" (*Schein-Gesetze*), p. 741.

[66] HART, *op. cit.*, pp. 12, 14, 42 y. ss.

[67] RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*, Buenos Aires, 1962.

[68] HART, *op, cit.*, p. 49.

la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho, como si esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: "¿Debo obedecer esta regla de derecho?"[69] Sostener que la ley inmoral es derecho, pero no debo obedecerla por ser inmoral, es prácticamente lo mismo que decir que la ley inmoral no es derecho y no debo obedecerla: En un caso obraré según un imperativo moral desconociendo un imperativo "jurídico;" en el segundo obraré según un imperativo moral y jurídico, desconociendo un imperativo positivo. Lo cierto es que en ambos casos mi conducta ante la ley inmoral debe ser necesariamente la misma. La discusión, pues, es tan sólo verbal.

9.2. *El acto inmoral*

Por lo demás, no debe caerse en el error vulgar de pensar que las reglas de la moral tienen que ver única o principalmente con la moral sexual, y que sólo lo pornográfico o procaz cae bajo esta prohibición. Más bien pensamos que si acaso lo inmoral por erótico es de las inmoralidades más intrascendentes; mucho más dañino para la sociedad es la inmoralidad del funcionario que decide una cosa a pesar de que en conciencia sabe que debiera decir otra, y no tiene el valor de hacerlo; o la del funcionario que sin profundizar el estudio de un asunto, lo decide —o proyecta su decisión— en contra del administrado, sabiendo que esa circunstancia lo pone a cubierto de críticas de sus superiores,[70] cosa que no siempre ocurre con las decisiones favorables,[71] etc.; con todo, este tipo de inmoralidad se refiere a la voluntad del funcionario antes que al objeto mismo del acto, y constituye entonces un caso de desviación de poder.[72]

De todos modos, el objeto que en sí mismo sea inmoral (y no sólo por trasgresión a los principios de la moral sexual), es con ello nulo. Un acto que exija adhesión a un partido, o a una persona, o a un gobernante, como requisito para ser funcionario público, o contratista del Estado, etc., es también nulo por inmoral. Un acto

[69] HART, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

[70] Ver *Tratado*, t. 1, cap. III, nº 1-3.

[71] También es inmoral la conducta de quien obra impunemente, asegurándose que su actividad, sea que ella resulte válida o inválida por otros motivos, no pueda ser conocida o no pueda ser juzgada. Por consecuencia, también es inmoral —objetivamente— dar las condiciones para que se pueda obrar impunemente: No permitir a una persona defenderse de un acto, no permitirle atacarlo, no permitirle conocer los antecedentes del acto, etc. Impunidad e indefensión son dos caras de una misma moneda: La primera es inmoral, luego no puede ser moralmente valiosa la segunda.

[72] Comparar HUBER, *op. loc. cit.*, que cita casos de "inmoralidad" en los cuales técnicamente hay también "desviación de poder:" Actos persecutorios por razones raciales o políticas, etc. Pero esto ya lo reconoce el mismo HUBER, sólo que él incluye la desviación de poder dentro de la inmoralidad (*op. cit.*, p. 742.) Es también importante recordar que HAURIOU consideraba a la desviación de poder como un control de la *moralidad* administrativa, lo que si bien puede no ser del todo exacto o conveniente, dado que la desviación de poder es un caso de ilegalidad específica, de notas más concretas que la inmoralidad, resulta de todos modos de interés, por cuanto en verdad la desviación de poder "incorpora a la legalidad ciertos principios de moralidad." (VEDEL, *op. cit.*, p. 438.) Ver también HARTMANN, NICOLAI, *op. cit.*, p. 65.

que tenga por objeto la apología del gobierno, o la exaltación de sus personeros (la construcción de un monumento a una figura del gobierno; la denominación de una calle, plaza o lugar cualquiera con el nombre del gobernante, etc.), es asimismo nulo.[73] También lo será todo acto de sumisión o de humillación, de pleitesía y, en general, todo acto que importe un desconocimiento esencial de la dignidad de la persona humana.[74]

El acto inmoral, en principio, es nulo y su vicio insanable;[75] si la inmoralidad es grosera, el acto será inexistente. Pero la variedad de situaciones fácticas puede también dar lugar a la anulabilidad o incluso a la validez según la importancia del vicio.

10. *Cuadro comparativo de los vicios del objeto*

Ubicación del vicio	*Consecuencia jurídica*
1º) Prohibido	Nulidad o inexistencia
2º) Violatorio de las facultades regladas. a) Objeto autorizado, pero dado ante circunstancias distintas de las previstas por la ley. b) Objeto diverso del requerido por la ley para el caso.	Nulidad o inexistencia
3º) Impresición u oscuridad (esencial e insuperable.)	Inexistencia
4º) Imposibilidad de hecho a) Por falta de sustrato personal. b) Por falta de sustrato material. c) Por falta de sustrato político.	Inexistencia (a veces nulidad)
5º) Irrazonabilidad a) Contradictorio b) Desproporcionado c) Absurdo, ilógico	Nulidad o inexistencia
6º) Inmoral	Nulidad

[73] Se ha dicho así que un acto "dedicado a la glorificación de personas de un régimen," adolece de "total imposibilidad ético-política," su objeto es "jurídicamente imposible;" PTN, *Dictámenes*, 85: 103.

[74] Pues los valores éticos son valores de personas, no de cosas, a diferencia de los valores estéticos, utilitarios, etc. (Scheler, *op. cit.*, pp. 124-129; García Maynez, *op. cit.*, pp. 245 y 246), y los actos éticamente disvaliosos serán siempre aquellos actos humanamente disvaliosos frente a personas concretas; Hans Reiner, *Vieja y nueva ética*, Madrid, 1964, p. 224, enuncia dos valores "absolutos:" El derecho *justo* y "el hombre en cuanto ser *personal*."

[75] En sentido similar Corte Suprema, *Fallos*, 179: 278; *Fiorini*, *op. cit.*, p. 373, .

III. Competencia

11. *Competencia en razón del grado*

La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente[76] ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo.

La competencia en razón del *grado* se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración y, puesto que la competencia es en principio improrrogable,[77] no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior y viceversa, salvo los casos de avocación y delegación.

El acto puede estar viciado de incompetencia en razón del grado en dos hipótesis esenciales: *a)* Cuando al órgano le ha sido conferida antijurídicamente una competencia determinada; en este caso, aunque el órgano no se salga de la competencia que le ha sido conferida, el acto puede, no obstante, estar viciado en razón de que dicha competencia es ilegítima; *b)* cuando, siendo legítimo el otorgamiento de competencia al órgano, éste se excede de la misma.

11.1. *Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano*

Es éste un problema que surge en materia de descentralización y delegación.[78]

Discútese si la descentralización debe hacerse por ley[79] o por decreto,[80] atento al sistema centralizado que en principio parece haber previsto la Constitución. (Art. 86, inc. 1°.) Nosotros nos inclinamos por la primera solución —siempre que la ley deje al Poder Ejecutivo un cierto margen de contralor administrativo sobre el ente—, en virtud de que el art. 67, inc. 17, de la Constitución dispone que es facultad del Congreso crear empleos y "*fijar sus atribuciones*," de donde

[76] La competencia no debe confundirse con el "ejercicio de la función," y por ello no corresponde afirmar que pueda haber una "competencia" para la "ilicitud." Ocurre tan sólo que es posible impulsar a un órgano estatal un hecho ilícito, sólo que esa imputación se hace en virtud de la noción de "ejercicio de función" y no de "competencia." Ampliar en *Tratado*, t. 1, cap. IX, n° 6 y 7. Comparar ARNANZ, RAFAEL A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, p. 21 y ss., quien recuerda distintas definiciones. Véase asimismo LINARES, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 259 y ss., para una concepción diferente.

[77] Con las salvedades que explicamos en el *Tratado*, t. 1, cap. IX, n° 6.

[78] Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 29; y nuestro *Tratado*, t. 1, cap. IX, n° 8.4.

[79] BIELSA, *op. cit.*, t. I, 5ª ed., pp. 248-9; LUQUI, JUAN CARLOS, "División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina," *LL*, 107: 1045, nota 8. Es también la solución en Costa Rica, PISA ESCALANTE, RODOLFO, "Rasgos fundamentales de la autonomía institucional en Costa Rica," en el libro *IV Semana de estudios sobre la reforma administrativa*, Madrid, 1966, p. 95 y ss., p. 108.

[80] MARIENHOFF, "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad," *JA*, 1961-VI, p. 62, sec. doct. *Tratado*, *op. cit.*, t. I, p. 382 y ss. En una posición intermedia DE ESTRADA, JUAN RAMÓN, "Atribución de los poderes legislativo y ejecutivo para crear entidades autárquicas," en *Estudios de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, Buenos Aires, 1975, p. 43 y ss., 57-59.

se desprende en principio que toda competencia debe tener origen *legal*, aunque sea indirectamente. Por lo demás, esta solución está consagrada en el derecho positivo.[81]

En lo que respecta a la delegación, hay en cambio acuerdo doctrinario en el sentido de que ella sólo es posible cuando la ley la autoriza.[82] En el derecho argentino se han dictado diversas leyes autorizando al Poder Ejecutivo en el caso concreto, la delegación de facultades; además, el decreto-ley 19.549/72, en su art. 3°, faculta al Poder Ejecutivo, por vía reglamentaria, a autorizar la delegación de atribuciones.[83]

En consecuencia, es antijurídica una descentralización dispuesta por decreto, sin autorización legal,[84] o una delegación resuelta excediendo la autorización del art. 3° del decreto-ley 19.549/72,[85] o en el caso de leyes especiales facultando la delegación, la que se efectúa delegando más facultades que las que la ley autorizó a delegar en el caso, o delegando a órganos distintos de los que la ley dispuso que podrían recibir la delegación, etc.

¿Qué vicio tendrán los actos dictados en el ejercicio de una competencia ilegítimamente conferida? Entendemos que son aquí de aplicación los análogos fundamentos en materia de funcionarios de hecho, y, por lo tanto, si la competencia descentralizada o delegada tiene una apariencia de legitimidad, un "color de título," los actos dictados en virtud de esa competencia son en principio *válidos*; de mediar mala fe de parte de los administrados, *anulables*.[86]

Si, en cambio, falta la apariencia de legitimidad y el vicio es obvio y grosero (por ejemplo, una delegación o descentralización de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, tales como el indulto, la declaración de estado de sitio por conmoción interior en receso del Congreso, la proposición de magistrados al

[81] Esa es, en efecto, la solución legislativa. El art. 136, 2° parte de la ley de contabilidad expresa: "El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional," principio éste congruente con la norma constitucional. En igual sentido, PTN, *Dictámenes*, 66: 231 y 255; 70: 103.

[82] *Tratado*, t. 1, cap. IX, n° 6.

[83] El poder Ejecutivo a su vez ha facultado, en virtud de dicha norma, tanto a los Ministros como a las autoridades superiores de los entes descentralizados a delegar sus propias atribuciones. Véase *Tratado*, t. 1, cap. IX, n° 6.

[84] Por excepción en el derecho argentino hay autorización legal para crear un ente descentralizado en materia de empresas del Estado, ley 13.653, art. 7°. Ver *Tratado*, t. 1, cap. XI, n° 12.2.

[85] Por ejemplo, por el juego de esa norma y el decreto 1759/72 pueden delegar los *Ministros* y las autoridades *superiores* de los entes descentralizados: Si la delegación la efectuara un Secretario o Subsecretario de Estado, un Director Nacional, o un Gerente departamental de un ente descentralizado, la delegación la estaría adoptando en el caso un órgano no facultado a efectuarla, y ella sería también antijurídica.

[86] Comp. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 477, quien entiende que el vicio es anulabilidad en todos los casos, "por la apariencia jurídica que la delegación produjo;" pero el argumento es, como se advierte, insuficiente. La apariencia de legitimidad lleva a la validez, no a la anulabilidad. Confr. JÈZE, GASTÓN, *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II-1°, Buenos Aires, 1949, pp. 350-1; DIEZ, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 314.

acuerdo del Senado, etc.), el acto debe ser considerado nulo e incluso, en algunos casos, inexistente.

11.2. *Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por descentralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma.*[87]

En este caso corresponde distinguir dos hipótesis: *a)* Aquella en que el órgano inferior ejerce competencia propia del superior; *b)* aquella en que el órgano superior ejerce competencia que corresponde al inferior.[88]

En tales casos el acto es anulable,[89] aunque en hipótesis de gravedad puede llegar a ser nulo.[90]

Por lo demás, si el acto ha sido dictado por funcionario incompetente, pero *ad referendum* de la autoridad competente, estamos en la hipótesis de un mero acto preparatorio, de un proyecto sin efecto jurídico hasta tanto la autoridad competente adopte alguna decisión al respecto.[91] En este caso el órgano inferior no ha tenido voluntad de dictar el acto productor de efectos jurídicos, y por ello no puede hablarse de acto administrativo viciado; la voluntad del superior de dictar el acto propuesto no importa, pues, convalidación ni aprobación, sino un acto nuevo de efectos constitutivos, es decir, para el futuro.

12. *Competencia en razón de la materia*

La competencia en razón de la materia se refiere a las actividades o tareas que *legítimamente* puede desempeñar el órgano, es decir, al *objeto* de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos. Pueden presentarse varias hipótesis de incompetencia en razón de la materia.[92]

12.1. *Incompetencia respecto a materias judiciales*

Ello ocurre cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser dictadas por los órganos de justicia, como, por ejemplo, la decisión de declarar caduca la venta de determinadas tierras fiscales; dejando sin efecto las respectivas transmisiones de dominio, y mandando tomar razón de ello en el Registro

[87] Aquí corresponde incluir también el caso en que el órgano se excede de una competencia legítimamente conferida, pero con apariencia de legitimidad.

[88] La vocación, en efecto, no siempre es admisible. Al respecto nos remitimos a lo dicho en el *Tratado*, t. 1, cap. IX, n° 11.2.

[89] Confr. PTN, *Dictámenes*, 57: 274; 69: 253: El acto es "susceptible de una ratificación por parte de la autoridad competente para haberlo dictado" BIELSA, *op. cit.*, t. II, 5ª ed., p. 124; ley española de procedimiento administrativo, art. 53, inc. 2°; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Justicia administrativa*, Madrid, 1958, p. 116.

[90] PTN, *Dictámenes*, 70: 178: El presidente de la Junta Nacional de Granos dicta actos de competencia de la Junta misma. (El acto es nulo.) Confr. CASSAGNE, *op. cit.*, p. 285.

[91] Corte Suprema, caso *Mallet v. Provincia de Mendoza*, 1922, *JA*, 8: 8; caso *Anselmo Gómez c/ Provincia de Buenos Aires*, 1914, *Fallos*, 120: 57; PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

[92] Ver y comparar SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 433.

de la Propiedad,[93] o la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes,[94] casos en los cuales el acto es nulo;[95] pero en varios supuestos el acto puede ser considerado inexistente.[96]

12.2. *Incompetencia respecto a materias legislativas*

Cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: Disposición de fondos sin autorización presupuestaria;[97] venta de inmuebles del Estado sin ley que lo autorice; otorgamiento de una concesión de servicios públicos —que por implicar una restricción a la libertad de trabajar y ejercer industria lícita debe ser objeto de una ley formal,[98] etc. En todos los casos el acto es nulo[99] y, tratándose de decretos del Poder Ejecutivo, no parece que pueda darse la hipótesis de inexistencia,[100] salvo casos aberrantes.[101]

12.3. *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*

Ejemplos: Una decisión correspondiente al Ministerio de Defensa adoptada por el Ministerio de Economía y Trabajo; un decreto del Poder Ejecutivo Nacional en materia municipal para la Capital Federal, etc. Si el vicio no es muy grave, el acto será tan sólo anulable,[102] pero también puede darse el caso de un vicio muy grave o grosero.[103]

13. *Competencia en razón del territorio*

La competencia en razón del territorio comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función: Excederlo determina la nulidad del acto.[104]

[93] CSJN, *Los Lagos, S. A., Fallos*, 190: 142; 241: 384, etc.

[94] Corte Suprema, *Fernández Arias*, 1960, *Fallos,* 247: 646. Aquí se aplicó la garantía de la defensa en juicio en cuanto a la falta de un "tribunal imparcial" y no de la audiencia del interesado.

[95] González Pérez, *op. cit.*, p. 318; Marienhoff, *op. cit.*, p. 518.

[96] Ver Arnanz, *op. cit.*, p. 70; Confr. Diez, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 313.

[97] Corte Suprema, *J. F. López c/Provincia de Santa Fe*, 1869, *Fallos,* 7: 19; 82: 280, *Bossio*, 1900; 129: 184, *Corleiro*, 1919.

[98] Corte Suprema, *Pessina v/Provincia de Tucumán,* 1927, *JA*, 24: 9 y ss.

[99] Corte Suprema, *Chinichi Hnos. v/Provincia de Córdoba*, 1921, *JA*, 7: 514; *supra*, nota 17.(6); PTN, *Dictámenes*, 69: 235; González Pérez, *op. cit.*, p. 318; Marienhoff, *op. cit.*, p. 518.

[100] Por la eterna discusión acerca de sus facultades reglamentarias: Ver al respecto *Tratado*, t. 1, cap. V, n° 15.

[101] Por ejemplo, creación de delitos, penas, etc. Ver Arnanz, *op. cit.*, p. 70.

[102] Ello, porque además la invasión de competencia suele en estos casos no ser clara y manifiesta. Comp. en cambio, González Pérez, Jesús, *Justicia administrativa*, Madrid, 1958, p. 116, quien parece indicar que la incompetencia en razón de la materia es siempre causal de nulidad; a diferencia de la incompetencia en razón de la jerarquía, que lo sería siempre de anulabilidad.

[103] Ver Marienhoff, *op. cit.*, p. 519; Garrido Falla, *op. cit.*, p. 476.

[104] Garrido Falla, *op. cit.*, p. 476; Marienhoff, *op. cit.*, p. 520; Arnanz, *op. cit.*, p. 75; Diez, *op. cit.*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 315.

El principal caso a considerar aquí es aquel en que el Poder Ejecutivo Nacional adopta decisiones para todo el territorio de la República en materias que son de índole local: En tal caso la disposición es nula, y conviene recordar que en esto nada tiene que ver el "poder de policía," pues él es un principio carente de toda justificación jurídica y completamente amorfo.[105] También será nulo el decreto del Poder Ejecutivo por el que se indulte un delito sujeto a jurisdicción provincial; el veto de una ley provincial; la convocatoria a sesiones extraordinarias de una legislatura provincial, etc.

En igual situación se encuentran todos los órganos administrativos: Si una municipalidad dicta actos (permisos, concesiones) para ser aplicados en un lugar ubicado fuera de su territorio, o si la policía de la provincia labra un acta por infracciones de tránsito en la Capital Federal, etc., es claro que tales actos son inexistentes,[106] por la mayor gravedad del vicio en este tipo de casos.

14. *Competencia en razón del tiempo*

La competencia en razón del tiempo, por último, se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado. Son así nulos el veto extemporáneo de una ley, el nombramiento que el Presidente haga por sí sólo de oficiales superiores del Ejército y la Armada no estando en el campo de batalla (art. 86, inc. 16), la declaración de estado de sitio por conmoción interior estando reunido el Congreso (art. 86, p. 19), etc.

Con todo, no debe pensarse que siempre que el orden jurídico establece un término dentro del cual debe o puede producirse determinado acto, la consecuencia de dictarlo fuera de él sea necesariamente la nulidad o inexistencia del acto. Hay actos procedimentales, por ejemplo, que de realizarse fuera de término son igualmente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad del agente;[107] tal es el caso del envío de las actuaciones al superior a pedido de parte, cuando el órgano rechaza la reconsideración.[108] Deberá distinguirse, en consecuencia, el tipo de plazo y finalidad que él tiene en el caso concreto: Si el plazo constituye un límite al ejercicio de potestades administrativas, su transgresión vicia el acto[109] y a nuestro modo de ver corresponde la sanción de nulidad;[110] si el plazo es en favor

[105] *Tratado*, t. 2, cap. XII.

[106] En sentido similar HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 723, reseña un caso en que la autoridad de Berlín autorizó a una clínica para que funcionara en Charlottenburg: El tribunal consideró que puesto que la autoridad competente no podía "revocar" el acto que no había dictado, sí podía desconocerlo y obrar en consecuencia; en otros términos, que podía jurídicamente considerarlo inexistente. Sin embargo, OBERMAYER, *op. cit.*, p. 77, entiende que puede haber casos de incompetencia territorial en que el acto sea anulable o nulo. Comparar GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 473.

[107] GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, p. 334.

[108] Decreto 1759/72, art. 88.

[109] GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 335.

[110] De acuerdo a la legislación española, GONZÁLEZ PÉREZ estima que el acto es en tales casos anulable: *Op. cit.*, p. 335.

del administrado —en cuyo caso se repite la situación anterior—, el acto es de todos modos válido sin perjuicio de la responsabilidad pertinente.[111]

En lo que hace a la responsabilidad del agente, ella es no sólo administrativa —sanciones disciplinarias—, sino también civil, en la medida en que la omisión de cumplir el plazo ocasione un daño al particular: Éste podrá, en consecuencia, exigir la reparación del perjuicio ocasionado tanto al funcionario personalmente como al propio Estado.

15. *Cuadro comparativo de los vicios de la competencia*

Tipo de incompetencia	*Ubicación del vicio*	*Consecuencia jurídica*
1º) En razón del grado.	a) Competencia ilegítimamente otorgada, sin extralimitación en su ejercicio.	Validez o anulabilidad
	b) Extralimitación en el ejercicio de la competencia (del inferior al superior y viceversa.)	Anulable o nulo
2º) En razón de la materia.	a) Respecto a materias jurídicas.	Nulidad o inexistencia
	b) Respecto a materias legislativas.	Nulidad o inexistencia
	c) Respecto a materias administrativas de otros órganos.	Anulabilidad o nulidad
3º) En razón del territorio.		Nulidad o inexistencia
4º) En razón del tiempo.		Nulidad o inexistencia

IV. Vicios de la voluntad

A) *Vicios de tipo objetivo*

16. *Concepto de voluntad*

El concepto de voluntad en el acto administrativo no tiene sino una lejana relación con el concepto de voluntad en el derecho civil. La voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario en algunas hipótesis, pero no en todas; de allí se sigue que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referen-

[111] Comp. González Pérez, *op. loc. cit.*

cia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con total prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo.

Hablar de "voluntad" en el acto administrativo es, estrictamente, una incorrección (pues ya vimos entre otras cosas que el acto administrativo no siempre presenta la voluntad en su sentido teleológico), pero a falta de un término que señale con más precisión lo que aquí se trata, forzoso es emplear a éste; recalcando entonces, con FORSTHOFF, que su utilización constituye nada más que una "*façon de parler.*"[112]

La "voluntad" administrativa es, pues, el concurso de elementos *subjetivos* (la voluntad de los individuos que actúan) y *objetivos.* (El proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración.) Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente considerada, como en el proceso de producción de dicha declaración, como, por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración; de allí que a los vicios de la voluntad los dividimos en *a)* vicios de índole objetiva y *b)* vicios de índole subjetiva.

Aclaramos que, desde luego, no es posible hacer una separación neta entre estos tipos de vicios; de allí que digamos tan sólo "de índole" subjetiva u objetiva, es decir, de naturaleza preponderante, *pero no exclusivamente* subjetiva u objetiva.

17. *Enumeración de los vicios de la voluntad*

En el presente capítulo explicamos los principales vicios de la voluntad, de acuerdo a la metodología adoptada en la primera edición de esta obra; distinguimos así:

I. Vicios de tipo objetivo
   1) Vicios en el origen de la voluntad
      a) usurpador
      b) funcionario de hecho
   2) Vicios en la preparación de la voluntad
      a) defensa en juicio
      b) licitación pública
      c) concurso
      d) dictamen o trámite sustancial
      e) otros vicios de procedimiento
   3) Vicios en la emisión de la voluntad
      a) actos simples de órganos colegiados
      b) actos complejos
      c) actos que requieren autorización
      d) actos que requieren aprobación

[112] FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289. Comparar GALLO DE POMPONE, CELIA E., "La voluntad en el acto administrativo," en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pp. 58-61.

e) actos sujetos a observación del Tribunal de Cuentas
f) actos observados por el Tribunal de Cuentas, sujetas a insistencia del Poder Ejecutivo

II. Vicios de tipo subjetivo
1) Desviación de poder
a) finalidad personal
b) finalidad de beneficiar a un tercero
c) finalidad de beneficiar a la administración
2) Arbitrariedad
a) actos que omiten decidir
b) actos que prescinden de los hechos
c) actos que prescinden de fundamentación normativa seria
d) actos ilógicamente motivados
A) Falacias no formales: Conclusión inatingente, argumentos *ad hominem, ad baculum, ad ignorantiam, ad populum,* etc.
B) Falacias formales
e) otras hipótesis
3) Error
4) *Dolo, violencia, simulación*

18. *Vicios en el origen de la voluntad*

La voluntad administrativa está viciada en su origen, total o parcialmente, cuando procede de un usurpador o de un funcionario de hecho.

18.1. *Funcionario de hecho*

Es el que ocupa un cargo ya sea con un nombramiento irregular (por algún vicio en el acto de nombramiento: Que el designado no reúna las condiciones exigidas por la ley; o que el acto mismo tenga vicios de forma, competencia, etc.), estando suspendido en sus funciones o habiendo caducado su nombramiento, etc. Se caracteriza porque ejerce la función bajo apariencia de legitimidad, *under color of title*.[113] Sus actos son válidos, si los administrados actuaron de buena fe;[114] cuando los administrados que reciben los efectos del acto no han actuado de buena fe (es

[113] Constantineau, Albert, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, 1945, p. 47, señala tres requisitos para que una persona pueda ser reconocida como funcionario *de jure*, 2°) debe estar realmente en posesión del mismo, 3°) de facto: *1°)* El cargo que ocupe debe tener una existencia debe detenerlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad. Jèze, por su parte, habla de "*que la investidura sea admisible (plausible),*" *op. cit.*, p. 325.

[114] Constantineau, *op. cit.*, t. II, p. 465 y ss.; Jèze, *op. cit.*, p. 347; González Pérez, *op. cit.*, p. 320; Garrido Falla, *op. cit.*, t. I, p. 472; Abad Hernando, José Luis, *Luncionario de facto*, Córdoba, 1962, p. 29 y ss.

decir, conocían la irregularidad del nombramiento y actuaron en connivencia), el acto es anulable.[115]

El nombramiento puede también estar inicialmente viciado cuando emerge de un acto que dispone la intervención en forma ilegítima; pero la ilegitimidad del acto de intervención no implica que los actos del interventor en ejercicio de sus funciones sean a su vez inválidos. A ellos les alcanza el mismo principio del color de título, ya mencionado, y son, por ende, válidos. Este principio lo enunciamos para la intervención a entidades de índole administrativa, aunque algún tribunal lo ha utilizado también para la intervención a entidades privadas, por ejemplo sindicatos, a pesar de una expresa prohibición legal en tal sentido.[116]

Si bien este último criterio refleja una realidad nada excepcional en nuestra práctica, es de todos modos erróneo, pues no puede considerarse que tenga "color de título" o "apariencia de legitimidad," una intervención dispuesta por el Estado *en vía administrativa*,[117] a una entidad privada. A nuestro entender, pues, faltando allí apariencia de legitimidad en el acto de intervención, consideramos nulos los actos dictados por el interventor administrativo en la persona jurídica no estatal.

18.2. *Usurpador*

Es el que asume la función sin título alguno regular o irregular, y se caracteriza porque no tiene aquella apariencia de legitimidad que encontramos en el funcionario de hecho. Sus actos son, en principio, inexistentes;[118] pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos: Si se trata de una revolución triunfante que se afirma en los hechos y ejerce plenamente las funciones del gobierno derrocado, su investidura puede llegar a ser admisible[119] y con ello poder considerarse gobierno o funcionario *de facto*, con lo que sus actos serán válidos.[120] Si se trata de un gobierno revolucionario que se mantuvo totalmente imperante

[115] Comp. CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 470 y ss., que señala a estos casos como de nulidad. A nuestro juicio puede incluso haber validez.

[116] Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, *Ghirimoldi*, 1963, *LL,* 113: 5 y 6; Cámara Civil de la Capital, Sala 8, *Buldrini*, *JA*, 1965-V, pp. 91 y 92.

[117] Distinta es la intervención judicial, que sólo persigue fines de fiscalización y no necesariamente sustituye, las facultades normales de las legítimas autoridades de la entidad.

[118] JÈZE, *op. cit.*, p. 336; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 320; BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1923, p. 998; VEDEL, *op. cit.*, p. 420; CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p. 275. El fundamento es la falta de color de título o apariencia de legitimidad: Modificándose ésta, cambia la consecuencia, según lo explicamos a continuación.

[119] Respecto a la posibilidad de que un usurpador se transforme, por circunstancias de hecho, en funcionario de facto, ver JÈZE, *op. cit.*, p. 330. Lo que no es sostenible, en cambio, es pretender que el ejercicio continuado del poder lo autolegitime, transformándolo en gobierno *de jure*. Lo más que cabe admitir es su evolución de *usurpador* a funcionario o gobierno *de facto*, y aún así es obvio que más que ante un principio jurídico, se está frente a una rendición ante la realidad, a veces inevitable, pero no por ello mejor.

[120] En esta solución, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre decretos-leyes: *Fallos,* 240: 96 (1958); 243: 265 (1959); también la PTN, 65: 13.

durante un período de tiempo suficiente como para ejercer plenamente el poder, pero luego es derrocado, sus actos serán nulos o anulables, pero no inexistentes;[121] si, finalmente, se trata de una corta y fracasada intentona revolucionaria, y en general de cualquier usurpación que no alcanzara a modificar la normalidad institucional media, los actos son inexistentes,[122] etc. La divergencia de soluciones deriva de que, en cada caso, es distinta la naturaleza de la usurpación al variar la apariencia de legitimidad del individuo actuante, y el poder material —esto es, el ejercicio efectivo de la función— de que en los hechos disponga.

19. *Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto*

Cuando la ley establece una serie de trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa, su incumplimiento vicia dicha voluntad. Así lo dispone el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 7°, inc. *d)* exige que "Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico." Como se advierte; la exigencia del trámite sustancial previo a la emisión del acto se refiere no solamente a los exigidos taxativamente por el ordenamiento jurídico, sino también a aquellos que según el caso resulten implícitos.

Entre los principales trámites sustanciales previstos expresamente por el orden jurídico encontramos los siguientes:

19.1. *Defensa en juicio*

La garantía de la defensa en juicio es, desde luego, aplicable al procedimiento administrativo:[123] Cuando no se han respetado los principios fundamentales de la misma y especialmente "el derecho de ser oído con ataque y defensa, y de oír lo que alegan los adversarios" (Dyroff),[124] y de producir la prueba de descargo de que el interesado quiera valerse,[125] no se ha "preparado" la voluntad en la forma prevista por el orden jurídico. En el caso se ha considerado a veces que el acto es anulable[126] y otras nulo.[127] Nosotros nos inclinamos por la segunda solución,

[121] Ver Corte Suprema, caso *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, 1868, *Fallos*, 5: 155, en que se declaró que cuando el gobierno legítimo no ha podido resistir la usurpación, y los ciudadanos quedan sometidos por consiguiente de hecho al poder de los enemigos, no quedan vinculados al mismo tiempo por sus obligaciones frente al gobierno usurpado: O sea, que los actos del usurpador tienen vigencia mientras el gobierno usurpante se mantiene en el poder; luego, el gobierno *de jure* no podrá más adelante considerarlos actos inexistentes.

[122] Comparar Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo general*, Bogotá, 1966, p. 390.

[123] Ver *Tratado*, t. 2, cap. XVII, n° 13.

[124] Dyroff, citado por Forsthoff, *op. cit.*, p. 326.

[125] Ver *Tratado*, t. 2, cap. XVII, n° 13.4.2.

[126] CSJN, *Fallos*, 212: 546; 218: 535; 222: 117; 253: 232; 258: 299; PTN, *Dictámenes*, 73: 30; 57: 215.

[127] Corte Suprema, *Provincia de Santiago del Estero v. Enrique Campagno*, 1944, *Fallos*, 198: 78, excelente fallo; 192: 308; 213: 449; 239: 54; 283: 326, 330; comparar 214: 624; 247: 161. PTN, *Dictámenes*, 71: 137 bis; decreto 4317/59, aplicando ese principio a un caso concreto. Ver también

en todos los casos: Ello se funda en la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional,[128] cuya plena vigencia es la base esencial del goce de los demás derechos individuales; en que el art. 14, inc. *b)*, del decreto-ley 19.549/72 sanciona con la nulidad la "violación de las formas esenciales;" y además, en una razón práctica: El único modo de que un funcionario público que ha desconocido esta garantía constitucional aprenda a respetarla y seguirla en el futuro, es restituyendo las cosas a su estado anterior obligando al mismo funcionario a tramitar y resolver nuevamente la cuestión, esta vez con el debido respeto a los derechos del individuo. La experiencia demuestra que el criterio de considerar que el vicio de violación del derecho de defensa origina tan sólo la anulabilidad del acto, desemboca inevitablemente en que nunca ese derecho es efectivamente respetado en las jerarquías inferiores e intermedias de la administración: Sólo las etapas superiores dan al administrado oportunidad de defenderse, y dado que ello se considera a veces suficiente para subsanar el vicio cometido por las etapas inferiores, éstas nunca se enteran de que deben respetar esa norma constitucional.

19.2. *Licitación pública*

Cuando la ley exige la licitación pública antes de dictar un acto determinado, el incumplimiento directo o indirecto (por ejemplo, una licitación viciada) de dicho requisito hace que el acto sea nulo. Esta exigencia normativa, con todo, es aplicable usualmente a los contratos administrativos y no a los actos administrativos.

19.3. *Concurso u oposición*

Cuando la ley exige que se realice un concurso antes de adoptar una decisión, el acto dictado sin el cumplimiento previo del mismo, es, por iguales razones, nulo. Ejemplos: Designaciones en la función pública, otorgamiento de becas, premios, etc.

19.4. *Dictamen o trámite sustancial*

Cuando la ley exige algún trámite o consulta sustancial, como, por ejemplo, el dictamen de la Junta de Disciplina para la aplicación de las sanciones disciplinarias de cesantía y exoneración en la administración pública nacional, el acto dictado sin haberse cumplido ese requisito es nulo.[129]

HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 729; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pp. 259 y 260.

[128] Ver *Tratado*, t. 1, cap. V, n° 4.

[129] CNFed CA, caso *De la Torre Peña*, *LL*, 93: 496; ídem, caso *Esnaola*, *LL*, 91: 612; PTN, *Dictámenes*, 76: 175; PETRACCHI, ENRIQUE C., "Los órganos consultivos y el acto administrativo," en la *Revista de Derecho y Administración Municipal*, n° 100, Buenos Aires, 1938, p. 32 y ss., p. 37.

"Ello es así singularmente cuando una autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se pronuncia sin proceder a las investigaciones y consultas requeridas por la legislación en vigor. Su decisión es nula de pleno derecho aunque la ley no haya establecido esa sanción para la omisión de tales formalidades."[130]

Igualmente la omisión de requerir dictamen de los asesores jurídicos en la decisión de un recurso administrativo, que por su naturaleza versa sobre *derechos* y *deberes* de los administrados o de la administración, vicia también de nulidad dicha resolución. Esta solución, propugnada desde antaño por la doctrina,[131] encuentra su recepción normativa en el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 7°, inc. *d)*, señala que además de la obligatoriedad de otros trámites esenciales previos a la emisión del acto, y sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales "considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos." La cuestión tiene, pues, una clara solución normativa y debe aplicarse la consecuencia de la nulidad absoluta toda vez que el dictamen falte enteramente. La debilidad de un dictamen, en cambio, o su desacierto o insuficiente análisis de la cuestión, no dará ya lugar a este tipo de vicio, sin perjuicio de que pueda afectar el acto tornándolo arbitrario o desconectado de los hechos o violatorio del derecho aplicable a su objeto.

En el caso del indulto, en que el Poder Ejecutivo debe pedir informes al tribunal antes de dictar el acto en cuestión (art. 86, inc. 6°, de la Constitución), la omisión de cumplimentar con dicho trámite sustancial vicia también de nulidad la resolución.[132]

El fundamento de este principio es que el trámite omitido "pudo haber ejercido influencia en el conocimiento o en la voluntad que ha formulado la declaración final. Si se dejó de oír el parecer del órgano consultivo, puede suponerse que, en caso de haberlo oído, el acto no hubiera sida dictado,"[133] o no hubiera sido dictado de la misma manera.

[130] ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, p. 224; ODENT, R., *Contentiex Administratif*, t. III, París, 1958, pp. 809-9; PETRACCHI, *op. loc. cit.*

[131] Comparar DANA MONTAÑO, SALVADOR M., "La obligatoriedad del asesoramiento técnico en general y del jurídico en particular en el régimen democrático," en la *Revista de Administración Pública*, n° 7, Buenos Aires, 1962, p. 30 y ss., 39, que lo llama "veto técnico," lo que es tal vez darle demasiada trascendencia. Ver también LUQUI, JUAN CARLOS, "El dictamen jurídico," *Lecciones y Ensayos*, n° 30, Buenos Aires, 1965, p. 47 y ss.; CATALDI, GIUSEPPE, "Las informaciones como materia de actividad administrativa," *Revista de Administración Pública*, n° 9 y 10, Buenos Aires, 1963, p. 9 y ss.; PETRACCHI, *op. cit.*, p. 37; HEREDIA, HORACIO H., "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año 1945, n° 2, p. 286; GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 458 y ss.

[132] DE VEDIA, AGUSTÍN, *Derechos constitucional y administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 394.

[133] LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975, 3ª ed., p. 199.

19.5. *Otros vicios de procedimiento*

En los casos que hemos estado analizando se trata siempre de determinados actos procesales que la administración debió haber cumplido pero en cambio omitió: Traslados para defensa del interesado, informes o dictámenes sustanciales, procedimientos de oposición para la selección del contratista estatal o de un agente público, o para el otorgamiento de un premio o beca, etc. Ahora bien, ¿qué decir del caso en que el defecto no ha estado en la omisión sino en el exceso? Este problema lo plantea arduamente VIDAL PERDOMO cuando, al tratar de los vicios de forma, expresa que cuando se omiten trámites "Es una nulidad fácil de apreciar, porque basta hacer una comparación entre la forma como el acto tuvo vida y los trámites legales."[134] En cambio, señala este autor: "Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasión a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas."[135]

La solución de fondo del problema puede encararse por vía de los diversos intentos de reforma administrativa,[136] pero ello no quita que en realidad un procedimiento así desviado, por excesiva e injustificada complejidad, debe reputarse inválido al oponer a la pretensión del particular una malla tal de obstáculos y dificultades como para poder considerarse que de hecho se le ha impedido eficazmente obtener un pronunciamiento razonable y válido de la administración. A nuestro juicio, en casos de esta naturaleza debe también considerarse nulo el acto emitido. Y haremos aquí la misma reflexión que hicimos en relación a la defensa en juicio: La única manera de contribuir a que prácticas de esta índole se supriman es sancionar el acto así producido con la nulidad absoluta; por el contrario, admitir la convalidación o tolerar incluso la validez, no es sino una forma más de contribuir a la perpetuación de la irregularidad administrativa.

20. *Vicios en la emisión de la voluntad*

Esta hipótesis trata de los vicios específicos ocurridos durante el proceso mismo de emanación de la voluntad administrativa que da vida al acto, es decir, se trata de vicios relativos a la producción o formulación de la o las voluntades que emiten el acto.

Deben considerarse varios casos:

[134] VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., p. 438, 1977, 5ª ed., p. 400.
[135] VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*
[136] VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*

20.1. *Actos simples dictados por órganos colegiados*[137]

En los órganos colegiados la voluntad emana de un órgano único constituido por varios individuos (Concejo Deliberante, Consejo Directivo, Asamblea, etc.) y son requisitos de la formación de la misma el que haya *sesión* (en cuanto reunión formal), *quórum* (número legal para que el órgano pueda considerarse reunido) y *deliberación* (oportunidad de los miembros para hablar.[138]

La ausencia o irregularidad de alguno de estos requisitos vicia el acto; y la consecuencia a aplicar depende enteramente de la importancia que la irregularidad tenga en el caso concreto. La falta de quórum determina la nulidad del acto,[139] y lo mismo puede decirse de la falta de sesión —que incluso puede dar lugar a la inexistencia—;[140] la falta de deliberación, en cambio, lo haría tan sólo anulable.

20.2. *Actos que requieren autorización*

Cuando la ley exige que antes de dictarse un acto determinado debe requerirse la autorización de otro órgano (por ejemplo, las leyes orgánicas de las entidades autárquicas a veces las obligan a pedir autorización del Poder Ejecutivo para vender inmuebles o para realizar ciertas contrataciones), el acto dictado sin esa autorización previa es nulo,[141] y por lo tanto no es admisible su confirmación mediante una autorización *a posteriori*.[142] Admitir la posibilidad de confirmación del acto mediante una autorización tardía implica desvirtuar el sentido de la exigencia legal, transformándola indebidamente en una especie de aprobación. Lo que la ley exige es la *autorización previa al acto,* y ese vicio no puede racionalmente *subsanarse si el acto ha sido ya dictado.* Para corregir ese vicio debe darse una autorización para dictar el acto, y entonces, con posterioridad a la misma, producirlo: Pero ello significa que deberá dictarse un acto nuevo; o sea,

[137] Ampliar en Dagtoglou, Prodromos, *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, Stuttgart, 1960.

[138] El hecho de que nadie quiera hacer uso de la palabra, desde luego, no vicia el acto, si existió la oportunidad comentada; pero en cambio, si no se abre el tema al debate y se vota directamente, habría un vicio en el acto: Anulabilidad.

[139] Sin embargo, no siempre es claro si existe o no quórum. Por ejemplo, la doctrina suele distinguir entre el quórum para la constitución del órgano y el quórum para la decisión; se discute si las personas *detenidas* afectan o no el quórum (Prodromos Dagtoglou, *op. cit.*, p. 103); si puede votarse por teléfono (*op. cit.*, p. 103); si el abandono parte de los miembros, sin haberse levantado la sesión, perjudica o no el quórum, etc. En este último punto, por ejemplo Dagtoglou (*op. cit.*, p. 105) sostiene que el quórum anteriormente constituido subsiste.

[140] Por ejemplo, una decisión adoptada por los miembros de un Concejo Deliberante o un Consejo Directivo al término de una cena de camaradería.

[141] PTN, *Dictámenes*, 69: 221.

En el mismo sentido del texto, Zelaya, Simón S., "Forma del acto administrativo," publicado en Diez y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 60 y ss., p. 71.

[142] En contra, PTN, *Dictámenes*, 50: 173; D'Alessio, E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1939, p. 226; Zanobini, *op. cit.*, p. 321, por su parte, se expresa en el sentido indicado en el texto, pero admite que en la práctica ocurra lo contrario.

que el acto primero, dictado sin autorización, es en sí mismo inconfirmable. La solución contraria —frecuente en la práctica— nos parece por ello inconveniente.

20.3. *Actos que requieren aprobación*

El acto que debe ser aprobado con posterioridad a su emisión por otra autoridad es válido, pero no ejecutivo, mientras dicha aprobación no se produce; es decir, no puede mientras tanto producir efectos jurídicos. Si dicho acto no aprobado es ejecutado a pesar de ello, los actos de ejecución son nulos.

La solución es firme en el sentido de que "...faltando la aprobación el acto administrativo carece de eficacia y no tiene fuerza ejecutoria,"[143] y no puede generar derechos subjetivos a favor de los particulares,[144] ni tampoco, desde luego, obligaciones. La misma solución se aplica cuando se trata de un acto del Poder Ejecutivo que debe ser aprobado por el Congreso.[145]

Por lo demás, el acto de aprobación es por definición posterior al acto que debe producir los efectos, y por ello no puede acordarse por anticipado respecto de actos futuros.[146] Esta es la solución de principio; sin embargo, creemos que no constituye necesariamente una regla absoluta. Lo que el instituto de la aprobación persigue es una consideración específica del acto dictado, teniendo presentes todos sus elementos y particularidades; si, por lo tanto, se somete a la "aprobación" de la autoridad correspondiente un mero proyecto de acto (no el acto mismo), y éste recibe la conformidad del superior a través de una "aprobación," si luego el proyecto sometido se transforma en acto efectivo, y repite en todos sus aspectos el acto proyectado y "aprobado" con anterioridad, parecería un rigorismo inútil e inconducente sostener que el acto carece de ejecutividad, por falta de una aprobación posterior. Es evidente, en efecto, que ésta carecería de sentido, por cuanto la autoridad que debe hacer la aprobación *se ha manifestado concreta y específicamente sobre todo lo que constituye la materia del acto.*

La solución, de este modo, no sería estrictamente paralela a la que damos en el caso de la autorización: De ésta no se concibe, a nuestro modo de ver, que sea tardía, posterior al acto, en contra de su naturaleza previa al mismo; a la inversa, de la aprobación, que por su naturaleza es posterior, puede en cambio concebirse que sea por excepción previa al acto, con las particularidades señaladas.

Según la doctrina dominante, la aprobación es declarativa, y por ello los efectos del acto aprobatorio se producen retroactivamente a la fecha del acto originario, y

[143] PTN, *Dictámenes*, 47: 1; 52: 521; 75: 243. No nos parece acertado, con todo, el empleo del término "acto administrativo," según se verá más abajo.

[144] PTN, *Dictámenes*, 70: 127.

[145] Corte Suprema, *Honoré y Bowen*, 1887, *Fallos,* 31: 307; *Anselmo Gómez,* 1914, 120: 57; y *JA*, *Mallet*, 1922, 8: 8; Superior Tribunal de Santa Fe, *JA*, 75: 285, con nota de SPOTA; PTN, *Dictámenes*, 47: 1.

[146] PTN, *Dictámenes,* 47: 1; D'ALESSIO, *op. cit.*, t. II, Turín, 1943, p. 169; FORTI, UGO, *Diritto amministrativo*, vol. II, Nápoles, 1937, pp. 149-150. Comp. HEREDIA, HORACIO H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942, p. 76.

no desde la del acto de aprobación.[147] No compartimos, sin embargo, esa doctrina, porque entendemos que acto administrativo es el que "de suyo" produce efectos jurídicos. Dado que el acto no aprobado no produce todavía efectos jurídicos, él no constituye un acto administrativo: La aprobación viene a perfeccionar el acto y por ello no puede diferenciarse en cuanto a sus efectos del acuerdo de voluntades o cualquier otro tipo de actos en el que intervengan más de una voluntad. Entendemos, por tanto, que la aprobación es constitutiva y que los efectos deben producirse sólo a partir de la misma. Con todo, ello no significa que estemos ante un acto complejo: Se trata simplemente de que la ley exige la intervención consecutiva de dos voluntades con el fin de que se produzca un efecto jurídico; no hay acto complejo porque las voluntades no se funden en un mismo fin, sino que tienen distintas orientaciones y finalidades;[148] sin perjuicio de lo cual, el efecto jurídico se produce sólo por el concurso de las dos voluntades, por lo que dicho efecto nace recién cuando ese evento se produce, y sólo para el futuro.

Por lo demás, en casos que guardan similitud con el presente se ha arribado a igual solución: Así, la *publicidad* de un acto, que lo hace eficaz y ejecutivo, no produce efectos retroactivos sino constitutivos; por lo tanto, el principio debe ser el mismo en el caso del acto sujeto a aprobación: *Eadem ratio, idem jus*. En ambos casos hay un requisito faltante para la eficacia del acto, y por ello ha de pensarse que en ambos casos el efecto jurídico nace recién cuando dicho requisito se cumple.

El acto que ha sido aprobado u homologado por la autoridad superior no puede, a nuestro juicio, ser revocado por el inferior; en virtud del principio del paralelismo de las formas y de las competencias, el primer acto sólo podría ser dejado sin efecto por un segundo acto también aprobado, y ello a partir de la fecha de aprobación. Si, a la inversa, se admitiera que la aprobación puede producir efectos retroactivos, la situación sería la opuesta, pues la homologación implicaría que el acto anterior quedó revocado a partir de la resolución del funcionario inferior; sin embargo, no consideramos que esa sea la solución correcta.

En el tema de la "aprobación" es necesario también referirse a lo siguiente: Para que ella exista en el sentido estricto del término se requiere que el órgano que dicta el acto originario sujeto a aprobación, tenga competencia para dictarlo; si éste carece de tal competencia, y dicta un mero acto preparatorio *ad referendum* del órgano competente, no hay en verdad una aprobación, sino un acto nuevo: Por ello, en este caso es opinión no controvertida que el acto no produce efectos retroactivos.[149] Si, a su vez, el acto dictado por órgano incompetente no era *ad referendum* sino que tendía a producir un efecto jurídico inmediato, puede haber

[147] PTN, *Dictámenes*, 52: 521; Sandulli, Aldo, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1952, pp. 230 y 241; Bodda, P., *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, pp. 122-4; Diez, *op. cit.*, 1ª ed., p. 136.

[148] Y el acto administrativo aprobado se imputa al ente que dicta el primer acto, no al que lo aprueba. Ver Santi Romano, *op. cit.*, p. 193.

[149] PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

un acto administrativo anulable, y la "aprobación" posterior del órgano competente es en realidad una convalidación que, entonces sí, puede operar como una ratificación retroactiva del vicio.

21. *Gráfico comparativo de los vicios objetivos*

Tipo de vicio	*Ubicación del vicio*	*Consecuencia jurídica*
1º) Origen de la voluntad	a) Funcionario de hecho	Validez o anulabilidad
	b) Usurpador	Inexistencia, etc.
2º) Preparación de la voluntad	a) Defensa en juicio	Nulidad o anulabilidad
	b) Concurso	Nulidad
	c) Licitación	Nulidad
	d) Dictamen o trámite sustancial	Nulidad
3º) Emisión de voluntad	a) Actos simples emanados de órganos colegiados:	
	a') Sesión	Nulidad o inexistencia
	a'') Quórum	Nulidad
	a''') Deliberación	Anulabilidad
	b) Actos complejos: b') Igual: El vicio de una de las voluntades se transmite al acto con igual carácter. b'') Desigual: El vicio de voluntad preponderante se transmite al acto con igual carácter; no así el de la voluntad accesoria	
	c) Actos que requieren autorización	Nulidad
	d) Actos que requieren aprobación	(Inejecutividad)
	d') Ejecución del acto no aprobado	Nulidad

B) *Vicios de tipo subjetivo*

22. *Desviación de poder*

22.1. *Noción y fundamento conceptual*

Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. En efecto, cuando las leyes tienen una finalidad expresa o implícita[150] que se desprende de su contenido, debe entenderse que cuando confieren una determinada facultad al administrador lo hacen en tanto y en cuanto sea necesario para llenar esa finalidad. Ello, unido a que el administrador tiene su competencia restringida a lo que la ley determina, indica que el funcionario tiene la facultad que le confiere la ley restringida y orientada al cumplimiento de la finalidad de la misma.[151]

En consecuencia, cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por la ley, su conducta es por ello sólo antijurídica: El administrador no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de la ley, sino con la finalidad prevista por ella.[152]

22.2. *Fundamento legal y antecedentes*

Así lo consagra el decreto-ley 19.549/72, al expresar en su art. 7°, inc. *f)*, que no podrá el administrador "perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto."

Entre los antecedentes acerca de la aplicación de este principio, cabe recordar el fallo de la Sala en lo Contencioso-Administrativo de la Cámara Nacional Federal de la Capital, en la causa *De la Torre, José Alejandro*,[153] en el que se dijo que las

[150] Ampliar en Linares, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 309.

[151] Confr. Linares, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*, p. 81 y ss.; aunque este autor hace un planteo más amplio e incluye a la desviación de poder dentro de la arbitrariedad. En igual sentido que Linares, Bidart Campos, G., "Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial," en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, La Plata, 1961, p. 343 y ss., especialmente p. 347. Admite la desviación de poder, aunque vinculándola con la causa, Fiorini, Bartolomé, *La discrecionalidad en la administración pública*, Buenos Aires, 1952, p. 110 y ss.; en igual sentido, Diez, *op. cit.*, p. 405. Por su parte, Bosch, Jorge T., *Tribunales judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951, p. 150 y ss., demuestra la constitucionalidad de este tipo de contralor. Ver también Marienhoff, *op. cit.*, p. 535 y ss.; Caio Tacito, *O abuso de poder administrativo do Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 76.

[152] Ver los autores citados en la nota anterior y también Cretella Júnior, José, *Do desvio de poder*, San Pablo, 1964, p. 125, n° 3.

[153] En *Revista de Administración Pública*, n° 2, Buenos Aires, 1961, pp. 96-7, con nuestra nota. Con una curiosa persistencia, múltiples gobiernos posteriores han dictado leyes de "racionalización," "prescindibilidad" y similares, y las han utilizado desviadamente con fines sancionatorios. En uno de tantos casos la Corte Suprema comparte el fallo de la Cámara en el sentido de que "los elementos de convicción arrimados al proceso... no modifican la conclusión del a quo en el sentido de que no existió una mera declaración de prescindibilidad y sí, por el contrario, indebido ejercicio de las facultades de la ley 17.287 con una evidente finalidad disciplinaria." (*Plaza de Imérito*, 1972, *Fallos*, 284: 183, 188.)

circunstancias del caso producían "el convencimiento de que, bajo la apariencia de una separación por la vía del art. 13 de la ley 14.794, se ha encubierto una verdadera cesantía de las que dan lugar al recurso organizado por los artículos 24 y 25 del decreto-ley 6.666/57," lo que, unido a que tampoco como cesantía el acto sería legítimo, llevó a que se lo anulara. La Corte Suprema, en diversos pronunciamientos, siguió la misma orientación.[154]

También la Procuración del Tesoro de la Nación, en sentido similar, ha dicho que "es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquéllas y se tomó a la ley como medio para consumar la arbitrariedad." "El carácter legal de una atribución, de una facultad, y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si hay *substractum* de arbitrariedad..., desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad."[155]

Por último, la Corte Suprema, en un reiterado *dictum,* afirma que los actos dictados en virtud del estado de sitio serán inválidos "...cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los *fines* del art. 23. Tal lo que sucedería, por ejemplo, si hoy y con invocación de la ley 14.785 se impidiera a un extranjero el ejercicio del derecho a testar o casarse conforme a las leyes, reconocido por el art. 20 de la Constitución Nacional."[156] Ello, sumado a la jurisprudencia de la propia Corte sobre cesantías encubiertas, da al principio sólida vigencia.

22.3. *Casos de desviación de poder*

El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad[157] del acto, encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.[158]

22.3.1. *El funcionario actúa con una finalidad personal.* Trataríase de las hipótesis en que actuara con un fin de venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigida por la ley, está viciado al contravenir su finalidad.

22.3.2. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros.* Ello ocurre cuando, también aquí, sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindien-

[154] *Plaza de Imérito*, 1972, *Fallos,* 284: 184; *Onaindia*, 278: 49.

[155] PTN, *Dictámenes*, 51: 91; también 64: 114.

[156] Corte Suprema, *Sofía*, 1959, *Fallos,* 243: 504. La bastardilla es nuestra. La Ley 14.785 citada en el fallo había declarado el estado de sitio en el país.

[157] Marienhoff, *op. cit.*, p. 542; Diez, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 426. En cambio, Garrido Falla, *op. cit.*, p. 499, se pronuncia por la anulabilidad.

[158] Para otros aspectos de la aplicación del principio, ver Laubadère, *op. cit.*, p. 373 y ss.; Waline, *op. cit.*, p. 444 y ss.

do de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc.

22.3.3. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración*.[159] Este es un caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; usa de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios, etc.

22.4. *Aspectos probatorios*

Una de las principales dificultades que presenta la desviación de poder es la probatoria, pues a veces hay una desviación existente pero que no puede acreditarse; pero no debe pensarse que esta dificultad sea insalvable: Muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de la prevista por la ley deja rastros de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria,[160] y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria de favoritismos, etc. Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder.

23. *Arbitrariedad*

La arbitrariedad en cuanto vicio que hace antijurídico a un acto (o dicho de otra forma, la exigencia de la razonabilidad para que un acto sea jurídico) es una construcción jurisprudencial de la Corte Suprema aplicable a las sentencias judiciales.[161] Se dice que las mismas son "sentencias arbitrarias" y con ello

[159] O a un interés general o público distinto del previsto por la ley: Rivero, *op. cit.*, p. 223.

[160] Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 259; en igual criterio amplio Rivero, *op. cit.*, p. 224. Como dice Linares, *Fundamentos de derecho administrativo*, n° 268, pp. 309-310, "La existencia de desviación de poder se determina... por una indagación de los motivos psicológicos o subjetivos del autor del acto, que se exterioricen según las reglas de la prueba. Así, se recurre a la exteriorización que aparece en los considerandos, en las constancias anteriores al acto, que obran en el expediente, en actos similares anteriores respecto del mismo particular afectado, en la inexistencia o nimiedad de los hechos invocados por el agente y acaso previstos con excesiva latitud por la norma como circunstancia del caso operativa y otros elementos de juicio."

[161] El principio de la razonabilidad es también aplicable a las leyes; pero lo que fundamentalmente interesa con respecto a los actos administrativos en sentido estricto es lo referente a las sentencias,

constitucionalmente nulas por violación de la garantía de la defensa en juicio, entre otros casos, cuando *a)* deciden cosas no sometidas a decisión u omiten resolver otras expresamente planteadas, *b)* prescinden de los hechos probados, o se fundan en hechos no probados, o *c)* prescinden de fundar en derecho la decisión adoptada, etc.[162]

La Corte Suprema señala que esos principios son de índole constitucional y forman parte de la garantía de la defensa en juicio; y puesto que la garantía de la defensa en juicio es aplicable enteramente al procedimiento administrativo, se sigue que corresponde extender esos principios al acto administrativo. Por lo demás, es sabido que también las leyes deben ser razonables para ser constitucionales; y dado que es una "ley *razonable*... lo que debe servir de fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la administración,"[163] se concluye también que el acto administrativo está igualmente sometido a través de la ley que ejecuta al principio supremo de la razonabilidad.[164]

En el caso Reyes, del año 1959,[165] la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en efecto que, "...sin necesidad de norma expresa y con arreglo a los principios que fundan el considerando 1° de esta sentencia,[166] los jueces intervinientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, *si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio.* La mera existencia de *esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo.*"[167]

porque su similar naturaleza formal —acto concreto de aplicación del derecho— justifica la aplicación analógica de los respectivos principios y caracteres del requisito de la razonabilidad.

[162] Ver Carrió, Genaro, "Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa," en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.; del mismo autor, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; Fiorini, Bartolomé, "Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales," *LL,* 88: 921; Ymaz, Esteban, "Arbitrariedad y recurso extraordinario," *LL*, 67: 741; Strohm, Erich, "Sentencias inconstitucionales," *JA*, 1954-III, p. 12, sec. doct.; Dassen, Julio, "Algunas consideraciones sobre las sentencias arbitrarias;" *JA*, 26-III-62; y las referencias contenidas en el libro de Ymaz y Rey, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1943; e ídem, actualizado por Rey y Palacio, Lino, Buenos Aires, 1962.

[163] Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 114. Con este libro es Linares, desde luego, el principal sostenedor de la aplicación del principio de la razonabilidad al acto administrativo, a partir de su clásica obra *"El debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944.

[164] En otro aspecto, Linares funda también el principio de la razonabilidad del acto administrativo en el mismo criterio por él dado para la desviación de poder: Que la competencia es conferida al órgano sólo para que la ejerza de acuerdo a un principio rector de razonabilidad. *Op, cit*., p. 42 y ss., 115 y ss., 129 y ss.

[165] *María Consuelo López de Reyes v. Instituto Nacional de Previsión Social*, 25-IX-59, *Fallos*, 244: 548.

[166] "...la denegatoria del recurso del art. 14 de la ley 14.236 no es acertada, si el procedimiento administrativo seguido es objetable por vulnerar la garantía de la defensa. Ello ocurre cuando de las constancias de la causa aparece *prima facie*, como en el caso, que las pretensiones de la recurrente no son arbitrarias."

[167] *Fallos*, 244: 554. La bastardilla es nuestra.

Esa doctrina fue reiterada en el caso *Aldamiz*, del año 1960,[168] en el que se afirmó que "...no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados. A la autoridad administrativa le es dado rechazar la prueba que surge del dicho de los testigos propuestos, pero esta facultad sólo debe ser ejercida, sin caer en arbitrariedad, expresando razones concretas que fundamenten su apreciación..."[169]

El Procurador General de la Nación, por su parte, expresó en el último caso citado que si bien el órgano administrativo puede apreciar los hechos, ello "no significa, en modo alguno, que el ejercicio de esta facultad, pueda quedar exento del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa, aun la discrecional, para producir efectos jurídicos válidos."

"Lo contrario, significaría equiparar discrecionalidad con arbitrariedad, lo cual no es admisible."[170]

El principio así consagrado por la Corte Suprema en su aplicación al acto administrativo fue encontrando posteriormente recepción legislativa; la ley que regula la acción de amparo admite su procedencia contra el acto administrativo "arbitrario;" el art. 45 del Código Civil, expresa que las decisiones administrativas en materia de otorgamiento de personalidad jurídica son "revocables judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o *arbitrariedad*." El decreto-ley 19.549/72, en fin, consagra también el principio en su art. 7° al establecer la necesaria proporcionalidad que debe guardar el acto con el fin de la ley (inc. *f)*. Con todo, existen diversas hipótesis que es necesario explicar.

24. *Distintos casos de arbitrariedad*

Ya enunciamos anteriormente a la arbitrariedad dentro de los vicios del objeto, referida a actos contradictorios, desproporcionados, absurdos o ilógicos en su contenido. Ahora nos referimos a la arbitrariedad dentro de los vicios de la voluntad: Se trata en estos casos de un vicio de tipo subjetivo, en atención a que el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su sola voluntad, en su capricho o veleidad personal. Por más que el funcionario tenga en ciertos casos un margen de discrecionalidad, ello no significa que pueda actuar caprichosamente o arbitrariamente: Debe, pues, decidir las cuestiones propuestas, atenerse a los hechos acreditados en las actuaciones, no fundarse en pruebas inexistentes ni desconocer las existentes, tener una fundamentación normativa seria, no estar motivado en forma ilógica, etc.

[168] *Fallos*, 248: 625.
[169] *Fallos*, 248: 627.
[170] Idem, p. 625.

Pero si bien el vicio es de tipo subjetivo —en cuanto el agente actúa por veleidad personal, por capricho— su apreciación es definitivamente objetiva, pues surge de que el funcionario se aparta de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho: Se aparta de la razón objetiva, de los hechos comprobados, no expresa fundamentos serios que expliciten adecuadamente los motivos concretos de la decisión, etc.

Los casos incluidos dentro de la arbitrariedad, en cuanto vicios del acto, son los siguientes:

24.1. *Actos que omiten decidir*

Si el acto no resuelve puntos comprendidos en el expediente, oportunamente propuestos por el recurrente o interesado, y que eran conducentes a la solución del caso.[171] El administrado tiene así, en nuestro concepto y por aplicación analógica del criterio jurisprudencial mencionado respecto a las sentencias arbitrarias, derecho a obtener una "consideración explícita"[172] de lo aducido, y el acto administrativo que no cumpla con este requisito será nulo. Este principio ha sido consagrado expresamente en el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 1°, inc. *f)*, apartado 3), determina que los particulares tienen derecho a que "El acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso." Por aplicación del art. 14, inc. *b)* la transgresión a esta norma aplicable explícitamente, da lugar a la nulidad del acto.

Esta omisión de decidir puede presentarse a veces también como un vicio en el objeto del acto, pero más habitualmente ella surge de la motivación del mismo y se vincula entonces directamente a los vicios de la voluntad que aquí tratamos.

Por ello, si bien no será indispensable un análisis de cada uno de los argumentos del interesado, sino sólo de los principales, ese análisis debe ser explícito, razonado y suficiente. A *fortiori*, la total ausencia de análisis, en la motivación del acto, de la argumentación del administrado, vicia de nulidad al acto en forma completa, pues allí la arbitrariedad es en este aspecto total.

[171] *Fallos*, 233: 213; 234: 307; 239: 320; 241: 405; 247: 111 y 560, etc.
[172] *Fallos*, 241: 405.

24.2. *Decisiones que prescinden de los hechos*

Cuando el acto desconoce hechos acreditados en el expediente, o se funda en hechos o pruebas inexistentes,[173] o carece de todos modos de una situación de hecho que los justifique.[174]

Este principio era aplicable al acto administrativo antes de que se dictara el decreto-ley, por la índole constitucional de la prohibición de obrar arbitrariamente; el decreto-ley lo consagra nuevamente, esta vez a nivel legislativo, pero incurre en el error conceptual, propio de comienzos de siglo, de encuadrarlo dentro de la tradicional teoría de la causa de los civilistas. Dice en efecto el art. 7°, inc. *b)* que el acto "deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa;" el art. 14, inc. *a)*, sanciona con la nulidad "absoluta e insanable" a los actos en que "se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos," y en el inc. *b)* a los actos en que hubiere "falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado."

Como prueba adicional de la imprecisión conceptual del decreto-ley baste advertir que la primera mención a los "hechos o antecedentes inexistentes o falsos" se la encuadra inexplicablemente junto con el vicio de dolo, ya que la norma completa se lee "*dolo,* en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos," mención que obviamente implica una superposición de vicios que el intérprete debe inexcusablemente desentrañar y aclarar.

En suma, sea por el inc. *a)* o el *b)* del art. 14, o por el mismo inc. *a)* del art. 7°, y tanto si se elige la tradicional denominación de "falsa de causa" o "falta causa," o si se opta por llamarlo "dolo"...como el inc. *a)* del art. 14; o, por fin, si se elige una denominación un poco más acorde con las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico, lo cierto es que la consagración normativa y jurisprudencial de la necesidad de que todo acto administrativo tenga hechos que lo precedan y justifiquen razonablemente, está fuera de discusión.

Si el mismo adolece del señalado vicio, fundándose en hechos no acreditados en las actuaciones o desconociendo hechos debidamente probados o de público conocimiento, es nulo. Cabe destacar que se comprenden también aquí los casos

[173] *Fallos*, 235: 654, *JA*, 26-III-62, con nota de Dasen, Julio. Ver también *Fallos*, 239: 35 y 445; 236: 27; Bielsa, Rafael, *Estudios de derecho público*, t. III, Buenos Aires, 1951, 2ª ed., p. 539; PTN, *Dictámenes*, 81: 228; 86: 337; se dijo en este último caso que un informe "lacónico" no daba suficiente base de hecho para el dictado del acto. La existencia de hechos que objetivamente justifiquen el dictado de un acto es pues fundamental; esos hechos deben además estar probados en el expediente, y no suponerse arbitrariamente; además, fundarse en ellos no debe tampoco suponer el desconocimiento de otros hechos u otras pruebas en sentido contrario que también obren o puedan obrar en las actuaciones. Ver Marienhoff, *op. cit.*, t. II, p. 526; Diez, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 409. En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 93: 41; 92: 34; 102: 226.

[174] En esta hipótesis hay un antecedente de la Procuración del Tesoro de la Nación, en que administrativamente se declaró nulo un acto (disminución del sueldo de un empleado público, antes de la vigencia del Estatuto) dictado sin situación de hecho alguna que lo justificara. (P. ej., razones económicas o disciplinarias.) Ver *Dictámenes*, 51: 91.

en que el administrador simplemente actúa sin que exista situación objetiva que en modo alguno justifique la decisión adoptada; o sea, cuando prescinde de que nada en la realidad sustenta razonablemente su decisión.[175]

En conclusión: Es un elemento de la legitimidad del acto administrativo, aquí denominado razonabilidad, que éste repose sobre una justificación que lo fundamente racionalmente: Cuando el acto desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe, es nulo; esto, que conceptualmente podría denominarse teoría de la causa o de los motivos determinantes, queda comprendido dentro del requisito de la razonabilidad, tal como él ha sido aplicado por la Corte Suprema en los precedentes de que se ha hecho mención. (*Reyes* y *Aldamiz*.)

24.3. *Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria*[176] *o cometen un total e inexcusable error de derecho*[177]

El decreto-ley 19.549/72 exige en el art. 7°, inc. *e)*, que el acto "deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto,

[175] Quedan así englobados dentro del concepto de arbitrariedad, en lo que hace al desconocimiento de los hechos reales, las hipótesis que la doctrina del derecho administrativo menciona como 1°) ausencia de causa, 1° bis) ausencia de motivos, 2°) falsa causa.

1°) Ausencia de causa; es cuando no hay una situación objetiva de hecho que se encuentre en la base del acto. (HARIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, 12ª ed., p. 435.) Por ello, aunque la ley no prevea jurídicamente ninguna situación de hecho como causa necesaria de un acto en particular (o sea, cuando no hay una facultad reglada: Ver *supra*, t. 1, cap. VIII), no por ello se destruye la necesidad de que exista una causa real (ver PRAT, JULIO A., *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957, p. 67 y sus referencias doctrinarias), MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 526.

1° bis) Ausencia de motivos (*défaut de motif légal*), en cuanto hechos objetivos que fundamentan racionalmente la decisión; que la provocan, que son su razón de ser (BONNARD, ROGER, artículo en *Revue de Droit Public*, París, 1923, p. 103); en definitiva, se trata también de la ausencia de causa.

2°) Falsa causa, o sea, cuando el agente administrativo expresa o implícitamente disfraza la inexistencia de la causa (VEDEL, *op. cit.*, p. 428 y ss.); al igual que en el caso anterior, se trata de que prescinde de los hechos, o de la inexistencia de hechos reales, para fundar aparentemente la decisión en otros hechos falsos o que carecen de relevancia para el caso.

[176] *Jacobson c. Canaro*, 1959, *Fallos*, 224: 523, expone diáfanamente la doctrina de la Corte: "Que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las resoluciones de los tribunales de justicia deben ser fundadas. En razón de su carácter de órganos de aplicación del derecho deben, en efecto, conformar sus decisiones a la ley y a la jurisprudencia y doctrina vinculadas con la especie del caso a decidir. Y ello debe resultar del razonamiento cumplido en el acto de juzgar, de tal modo que la decisión aparezca como derivación razonada del derecho vigente y no como producto de la voluntad individual del juez, *Fallos*, 234: 82; 236: 27, 156, y otros."

"Que el cumplimiento de la exigencia señalada por esta jurisprudencia impone a los jueces la necesidad de determinar la regla general de derecho aplicable a las circunstancias del caso a decidir. Sin duda puede tratarse de un principio admitido por la jurisprudencia o derivado según la doctrina de las características básicas del ordenamiento jurídico vigente. Incluso puede referirse la decisión a normas obvias, que no requieren declaración expresa. Pero lo que no debe ocurrir es que lo argüido no permita vincular la solución del caso con el sistema legal vigente, en otra forma que por referencia a la libre estimación del juez." (Fallo citado, p. 525.)

[177] Ver YMAZ, "Arbitrariedad y recurso extraordinario," artículo citado, p. 750. CARRIÓ clasifica estos vicios de la siguiente manera: *a)* Casos en que el juez prescinde conscientemente del orden jurídico, y se basa en consideraciones extrajurídicas; *b)* decisiones apoyadas en afirmaciones dogmá-

consignando, además, los recaudos indicados en el inc. *b)*" —que son a su vez los relativos a que el acto debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable. En esta norma encontramos la referencia a la necesidad de motivación suficiente, en cuanto explicación de los *hechos* y el *derecho* aplicable; una cosa es que el acto tenga hechos externos que lo sustenten, y otra distinta que además los explique satisfactoriamente. Lo mismo que con la motivación *fáctica* ocurre con la fundamentación *normativa*: El acto puede tener sustento en el ordenamiento jurídico en cuanto al objeto que decide, pero no explicitar en su motivación las razones por las cuales dicho objeto está, en efecto, en concordancia con el orden jurídico.

Resultaría de lo que antecede que la ilegitimidad del acto en relación a este aspecto puede presentarse de cuatro maneras diferentes: *a)* Falta de sustento fáctico, *b)* falta de sustento jurídico, *c)* falta de explicitación suficiente del sustento fáctico, *d)* falta de explicitación suficiente del sustento jurídico. El primer supuesto es la arbitrariedad que hemos comentado en el punto 9.2.; el segundo aspecto es la violación de la ley en el objeto, o violación de facultades regladas, que comentamos en el cap. VIII, n° 4 y 5; el tercero es la insuficiencia de motivación de hechos, que comentamos nuevamente en el cap. X, n° 6; el cuarto, la insuficiencia de motivación en derecho, es el que comentamos específicamente aquí. La razón del distinto tratamiento reside en que consideramos que se debe apreciar diversamente la importancia del requisito y, consecuentemente, de la transgresión: Más importante es la motivación suficiente en los hechos que la motivación suficiente en derecho, que es más fácilmente suplible por el intérprete o el destinatario del acto.

En consecuencia, para que el acto sea inválido por falta de motivación jurídica, entendemos que debe tratarse de una carencia más o menos calificada, y de allí que utilicemos aquí la conceptualización de la Corte Suprema en materia de sentencias arbitrarias, en el supuesto de arbitrariedad por falta de fundamentación normativa seria,[178] o comisión de un total e inexcusable error de derecho.[179]

El simple error de derecho, por lo tanto, no constituye arbitrariedad;[180] tampoco la pobreza o superficialidad de la argumentación jurídica que la motivación contenga.

ticas carentes a su vez de fundamento; *c)* decisiones que sin dar razones plausibles, prescinden del texto de la ley; *d)* decisiones que aplican un texto derogado; *e)* decisiones que dan como fundamento preceptos o pautas de excesiva amplitud o remota lejanía en relación con el caso, en sustitución de normas positivas inmediatamente aplicables (*op. loc. cit.*), etc.

[178] *Supra*, nota 176.

[179] *Supra*, nota 177.

[180] *Fallos*, 237: 74, 142 y otros.

24.4. *Actos ilógicamente motivados*

Ya hemos indicado que el *objeto* del acto no puede ser absurdo ni contrario a las reglas de la *lógica;* lo mismo cabe decir de la *fundamentación* por la que se llega al dictado del acto.

Un acto fundado en razonamientos falsos, es entonces un acto *arbitrario* y con ello nulo.[181] Normalmente los autores enuncian el principio indicado pero no lo desarrollan, suponiendo tal vez que por tratarse de principios "lógicos" no requieren mayor explicación; pensamos, sin embargo, que una somera referencia a los principales casos de razonamientos lógicamente falsos o inválidos es conveniente y hasta necesaria, por cuanto es frecuente su aparición en la práctica. Desde este punto de vista, podemos recordar la distinción que en lógica se efectúa entre las "falacias no formales" y las "falacias formales," a fin de indicar su aplicación en cuanto vicio de la fundamentación del acto administrativo.

24.4.1. "*Falacias no formales*." Son razonamientos incorrectos, pero que resultan no serlo cuando se los analiza cuidadosamente.[182] Tenemos así:

24.4.1.1. La falacia de conclusión inatingente,[183] es decir, obtener una conclusión que nada tiene que ver con el argumento que se utiliza: Argumentar que el contratista de obras públicas debe cumplir con todas sus obligaciones, y que por lo tanto debe sancionársele con una multa; en este ejemplo nadie discutirá la primera afirmación, pero de ella no se sigue la segunda, pues será necesario demostrar que ese contratista no cumplió con su obligación, y por qué procede la sanción que en el caso se aplica.[184]

24.4.1.2. El argumento *ad hominem,* como sería si se dijera que el recurso por el cual un funcionario pide que le paguen sueldos atrasados debe ser desestimado, porque se sabe que el recurrente es un hombre que tiene malos antecedentes en la función: Tal razonamiento es falaz "porque el carácter personal de un hombre carece de importancia lógica para determinar la verdad o falsedad de lo que dice o la corrección o incorrección de su argumento."[185] La administración incurre a

[181] De Valles, *op. cit.*, p. 171; Cammeo, *op. cit.*, p. 606; Ossenbühl, *op. cit.*, p. 8; Huber, *op. cit.*, p. 731; Landi-Potenza, *op. cit.*, p. 265; Fiorini, *op. cit.*, pp. 376 y 377; también pueden darse fallas lógicas en el objeto del acto, según vimos.

[182] Copi, Irving M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, 1962, p. 59.

[183] Copi, *op. cit.*, p. 60. Es una forma menos evidente de ilogicidad que *la contradicción* entre el objeto del acto y sus considerandos, que ya mencionamos al referirnos al objeto.

[184] Ver los ejemplos que da Copi, *op. cit.*, pp. 60 y 61. En el mismo sentido, Hempel, Carl G. y Oppenheim, Paúl, "La lógica de la explicación," Buenos Aires, 1961, *Cuadernos de Epistemología* de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, n° 4, p. 4.

[185] Copi, *op. cit.*, p. 63, "La manera en que puede persuadir a veces este razonamiento falaz es a través del proceso psicológico de la transferencia. Si puede provocarse una actitud de desaprobación hacia una persona, ella puede desbordar el campo estrictamente emocional y convertirse en desacuerdo con lo que esa persona dice. Pero esta conexión es sólo psicológica, no lógica. Aun el más perverso de los hombres puede a veces decir la verdad."

veces en esta falacia, argumentando en contra de la procedencia de los recursos sobre la base de supuestas virtudes negativas de los recurrentes.

24.4.1.3. Del mismo modo, será ilegítimo todo acto que incurra en las demás falacias no formales del razonamiento:[186] Argumentos *ad baculum* (apelación a la fuerza), *ad ignorantiam* (argumento por la ignorancia),[187] *ad populum*. (Apelando al asentimiento popular: "Es un recurso favorito del propagandista, el demagogo y el que pasa avisos.")[188]

24.4.1.4. Un tipo de razonamiento falso es también el que considera las consecuencias de la decisión, antes que la fundamentación de la misma: "Si se hiciera lugar a esta reclamación, como hay muchos que están en la misma situación, entonces el Estado tendría que pagar mucho dinero; por ello, se resuelve que este reclamo es infundado." Lamentablemente, este último argumento es frecuente en administradores y jueces, sin que se lo introduzca en la fundamentación explícita del acto, por lo que su contralor es difícil de efectuar en la práctica.[189]

De todos modos, debe insistirse en que él también constituye un modo falaz de razonar, si con ese procedimiento se quiere dar el *principal* fundamento a

[186] Ver y comparar, para estos casos de razonamientos falaces, COPI, *op. cit.*, pp. 62-70.

[187] El argumento por la ignorancia consiste en decir que algo no es cierto porque no se ha probado su verdad. Este argumento es válido, por excepción, en dos casos: *a)* Cuando se trata de argumentar la *inocencia* de una persona: Si no se prueba que es culpable, entonces está probado que es inocente, o mejor dicho, se supone que es inocente hasta que se pruebe lo contrario; *b)* cuando se han efectuado diligencias probatorias serias y técnicas, y ellas dan un resultado negativo, puede también sostenerse que no se ha probado lo pretendido y debe por lo tanto rechazárselo. Sin embargo, en tanto esas diligencias probatorias serias no sean realizadas, constituiría un típico argumento *ad ignorantiam* rechazar una pretensión por falta de pruebas, pues la carga de la prueba le corresponde precisamente a la administración.

[188] COPI, *op. cit.*, p. 68. De este corte son también, por lo general, los argumentos que invocan el "interés público," la "necesidad general," el "interés de la colectividad," etc. Sobre esto ampliar en nuestro *Tratado*, t. 2, cap. VIII, n° 12.2-12.5.

[189] Desde luego, la cuestión roza el plano de la teoría general del derecho, ya que desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses sería no sólo válido sino también necesario analizar los intereses sociales en juego cuando las normas legales no fueren claras o no existieren, y entonces adoptar la decisión que el órgano propondría si fuera legislador. Como dice MAIRAL, HÉCTOR A., *Licitación pública*, Buenos Aires, 1975, p. 86, "De esta manera se evita centrar la discusión en conceptos abstractos y se traen a luz los verdaderos argumentos que pueden inclinar al intérprete hacia una u otra solución."

Con todo, nuestra jurisprudencia tiene considerado que es una hipótesis de arbitrariedad de la sentencia el caso en que al dictarla los jueces "se arrogaron el papel de legisladores sin sentirse limitados por el orden jurídico" (CARRIÓ, GENARO, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, p. 148, p. 154 y ss., 160 y ss.)

Desde luego, una cosa es que el órgano manifieste "que no se siente ligado por el orden jurídico" (CARRIÓ, *op. cit.*, p. 161), y otra que ante evaluaciones legislativas contradictorias o inexistentes (HECK, citado por MAIRAL, *op. loc. cit.*) considere tales aspectos y les dé solución. Que en este último caso el órgano fundamente su solución también en consideraciones utilitarias es sin duda correcto; lo peligroso es que el funcionario público, en tren de hacer este tipo de análisis, generalmente se inclinará por la autoridad o el poder, y no por el individuo o la libertad, con lo cual la introducción de razonamientos de esta índole tendrá siempre una cargazón a favor de uno de los términos de la relación y no servirá pues, normalmente, para realizar un fin superior de justicia.

un acto. Este razonamiento ha sido atacado desde un punto de vista lógico por HEMPEL y OPPENHEIM en los siguientes términos: "Otro aspecto que hace atractivas las consideraciones teleológicas lo que constituye su carácter... la aplicación teleológica hace sentir que verdaderamente «comprendemos» el fenómeno en cuestión porque se lo explica en términos de propósitos, con los cuales estamos familiarizados por nuestra propia experiencia de comportamiento finalista. Pero es importante diferenciar aquí la comprensión en el sentido psicológico de una sensación de familiaridad... de la comprensión en el sentido teórico o cognoscitivo." "Por lo demás, el grado en que una idea es considerada como familiar varía de una persona a otra y de una oportunidad a otra, y un factor psicológico de este tipo no puede, por cierto, servir de canon para valorar una explicación propuesta. Queda, pues, como requisito decisivo para toda explicación sólida, el que subsuma el explanandun: Bajo generales."[190]

En otras palabras: Ante la insuficiencia de argumentos serios para fundar una solución, o ante la existencia de fundamentos serios en contra de la solución que se *quiere* o *se desea* dictar, se recurre al fácil argumentos de las *consecuencias* supuestamente negativas o nefastas que tendría la solución contraria, agregando así un segundo razonamiento falaz. (*Ad hominem*, *ad baculum*, *ad populum*, etc.)

Este pensamiento lógicamente deficiente es, con todo, uno de los razonamientos más frecuentes con que se fundan expresa o implícitamente las soluciones de derecho administrativo, sea que ellas aparezcan bajo la forma de actos, dictámenes, libros o sentencias. Por eso es mucho más difícil erradicar o atacar su aplicación; pero no por ello es el acto lógicamente correcto, ni jurídicamente legítimo.

24.4.2. "*Falacias formales*." Son las que se producen cuando se hace un razonamiento silogístico inválido, independientemente de su contenido o de la verdad de las premisas de que parte.[191] Ello ocurre, por ejemplo, cuando el razonamiento llega en la conclusión más allá de lo que dicen las premisas:

"Todos los comunistas son elementos subversivos.

Todos los comunistas son adversos al actual gobierno

.....

Por lo tanto, todos los que son adversos al actual gobierno son elementos subversivos."[192]

[190] HEMPEL y OPPENHEIM, *op. cit.*, pp. 15, 16 y 18. No se nos oculta que esta expresión tan terminante no es estrictamente aplicable al campo jurídico, pero sí nos parece que no puede en modo alguno pretenderse que un comportamiento racional pueda ser un comportamiento ilógico. Una cosa es que "si las controversias y decisiones jurídicas *acerca de cuestiones de la penumbra* han de ser racionales, su racionalidad tiene que sustentarse en algo distinto de una relación lógica con las premisas" (HART, *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, p. 27) y otra muy distinta llevar ese tipo de razonamiento a todo el derecho y a todo caso, transformándolo en una gran zona de penumbra en que pueda prescindirse de utilizar proposiciones lógicamente válidas. Ver CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 51 y 55.

[191] Ver COPI, *op. cit.*, p. 165.

[192] COPI, *op. cit.*, p. 183: "La conclusión hace aquí una afirmación acerca de *todas* las personas adversas al actual gobierno. Pero las premisas no hacen ninguna afirmación acerca de *todas* esas

El avance de los estudios de la lógica permite augurar para el *futuro mediato* una creciente aplicación de sus métodos para el análisis crítico de la legitimidad del acto administrativo, pero no existe todavía una aplicación sistemática de la lógica simbólica a su proposiciones.[193]

Sin embargo, también se puede encontrar un razonamiento falso en meras proposiciones lógicas mal aplicadas: Por ejemplo, la implicación intensiva (solamente si X, entonces Y; pero no siempre que X luego Y), la implicación extensiva (siempre que X, luego Y, pero no a la inversa), etc.[194] En el primer supuesto podemos recordar el principio de que solamente si el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas da su dictamen favorable, puede el Poder Ejecutivo otorgar a un funcionario licencia con goce de sueldo para que siga estudios en el exterior, pero no está obligado a ello (implicación intensiva); en el segundo caso (implicación extensiva) encontramos que si una obra pública se suspende por lluvia, debe prorrogársele el plazo contractual al empresario en ese lapso; pero la lluvia no es la única causa por la que puede prorrogarse el plazo. (También puede serlo por dificultades materiales, huelgas, etc.) En estos ejemplos, si se dijera que necesariamente el dictamen implica que debe concederse la beca, o que no puede otorgarse prórroga contractual sino por días de lluvia, se incurre en un razonamiento formalmente falso, y también en una incorrecta aplicación de la ley.

Finalmente, conviene destacar que no afirmamos aquí que *sólo* un argumento lógico de índole formal pueda dar pie a un acto administrativo válido, pues entonces se caería en las críticas al formalismo,[195] sino que no puede válidamente fundarse un acto en un razonamiento *falso*. Comprobado que un razonamiento es ilógico, el acto dictado en su consecuencia es irrazonable y con ello ilegítimo; pero probado que el razonamiento que fundamenta un acto es lógico, resta todavía por ver si además de la corrección formal, tiene acierto sustancial: Si las premisas de que parte son correctas, si los enunciados que formula son reales, y si ha interpretado bien los términos de la ley,[196] etc.

personas; por lo tanto, la conclusión va ilícitamente más allá de lo que garantizan las premisas." Las reglas lógicas que debe cumplir un razonamiento silogístico para ser válido son seis en total, y las explica COPI, *op. cit.*, pp. 179-185, a quien nos remitimos. Ver también BLANCHÉ, PIERRE, *Introducción à la logique contemporaine*, Paris, 1957, p. 9 y ss., donde explica el paso del silogismo tradicional de la lógica formal, a la lógica simbólica: Es esta última la que permite con mayor certeza determinar el grado de verdad o de falsedad de una proposición.

[193] Tampoco existe esa aplicación sistemática de la lógica simbólica al derecho en general. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., pp. 332-333, se muestra escéptico sobre la utilidad que la lógica moderna pueda proporcionar al derecho. Para una visión más detallada de las diversas posibilidades de aplicación, ver los trabajos contenidos en el volumen XXVIII, n° 1, de la revista *Law and Contemporary Problems*, Durham, Carolina del Norte, EE.UU., Duke University, 1963, dedicado al sugestivo tema de *Jurimetrics*.

[194] Ampliar en KLUC, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 48 y ss.

[195] Ver, por ejemplo, CARRIÓ, *op. cit.*, p. 52 y ss.

[196] Como dice HART, *op. cit.*, p. 31, "La lógica no prescribe interpretación de términos; no impone la interpretación torpe ni inteligente de ninguna expresión. La lógica sólo nos dice hipotéticamen-

En otras palabras, el control de la razonabilidad del acto, en cuanto control de su consistencia lógica, es un *test* negativo: La falta de lógica del acto prueba su irrazonabilidad, pero su validez lógica no prueba su razonabilidad ni la legitimidad del acto.[197]

24.5. *Otras hipótesis*

La razonabilidad del acto administrativo puede tener otras manifestaciones: Ya hemos visto que ella se aplica al *objeto* del acto, que será ilegítimo si es desproporcionado, contradictorio, o absurdo. También la desviación de poder, que nosotros consideramos un vicio autónomo, es vista por algunos autores como un caso de irrazonabilidad.[198] Posiblemente este principio de la arbitrariedad, que tan fructífero ha sido en el derecho público argentino, pueda todavía tener mayores desarrollos en el futuro, por lo que no puede considerarse terminada o finita la lista de posibles vicios de irrazonabilidad del acto administrativo.

25. *Diferencia entre "arbitrariedad" y el vicio tradicional de "violación de la ley"*

Debe notarse especialmente que en todos estos casos el vicio del acto habrá de encontrarse en el razonamiento que ha llevado al administrador a dictar el acto; en igual sentido que en materia de desviación de poder, *se prescinde de si su objeto es o no, en sí, violatorio de norma expresa alguna;* el vicio del acto no deriva de que esté en su decisión contraviniendo una prohibición expresa[199] del orden jurídico, sino de que ha llegado a ella por caminos distintos de los que el orden jurídico prescribe: Ha llegado a esa decisión por su pura voluntad, por capricho; no ha hecho un análisis razonado y razonable de los hechos y el derecho. Por ello, aunque la decisión no parezca contravenir normas expresas, es de todos modos ilegítima.

Cuando el administrador, en cambio, aprecia razonablemente los hechos y funda seriamente y sin palmario e indubitable error de derecho el acto, el mismo

te que si se acuerda a un cierto término una determinada interpretación, entonces, se sigue una conclusión determinada."

[197] En este sentido dice por ejemplo GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 332, que "La lógica es la ciencia de las leyes y de las formas del pensamiento correcto. No se trata en la Lógica del hallazgo de la verdad material, sino del descubrimiento de las leyes que aseguran un pensamiento coherente, o sea, correcto; en otras palabras, de la verdad formal. La Lógica constituye el presupuesto indispensable de cualquier verdad." Es decir, entonces, que la verdad formal no asegura la existencia de verdad material, pero que no puede haber verdad material sin verdad formal. En sentido similar COSSIO, CARLOS, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, p. 242. Como se advierte de los autores citados en la nota precedente y ésta, la incidencia de los criterios lógicos sobre el derecho es, en este punto, independiente de las diversas corrientes y doctrinas iusfilosóficas.

[198] LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 248, pp. 293 y 294; *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*, p. 111.

[199] O implícita: Ver LINARES, "Competencia administrativa y prohibiciones implícitas," en *RADA,* n° 8, Buenos Aires, 1975, p. 15 y ss.

no está viciado de arbitrariedad, aunque —a la inversa— en verdad la resolución aplique erradamente el derecho a los hechos del caso, y corresponda en definitiva que se la deje sin efecto: Pero en tal caso la revocación o anulación del acto habrá de fundarse en un vicio en el objeto del acto, y no en la voluntad caprichosa del administrador.

Por ello, relacionando el vicio que comentamos con los principios generales del derecho administrativo, corresponde decir que constituye principalmente un límite a la actividad discrecional de la administración.[200]

Toda vez que estamos en presencia de una facultad *reglada*, que condiciona el objeto del acto a la existencia de determinada situación de hecho, el vicio del acto, en caso de ser dictado sin existir la situación de hecho prevista por la ley, no es el de causa (ilícita, falsa o inexistente) ni el de arbitrariedad, sino simplemente un vicio en el objeto por no constituir el objeto autorizado o determinado por la ley para el caso concreto, o por haber sido dictado en un caso distinto del que la ley determinaba. Estos límites a las facultades discrecionales, que originan la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, son de aplicación con respecto a todos los actos dictados por órganos administrativos o en ejercicio de la función administrativa; incluso para el Poder Ejecutivo en sus actividades anteriormente llamadas de gobierno, y que desde luego forman parte de la simple actividad administrativa.

26. *Error*

26.1. *El error como causal de nulidad*

El decreto-ley 19.549/72 menciona al error en el art. 14, inc. *a)*, diciendo que es causal de nulidad cuando fuere "esencial" y hubiere significado en el caso que "la voluntad de la administración resultare excluida;" debe versar entonces sobre un aspecto importante del acto[201] y ser de tal magnitud como para permitir afirmar que la administración no tuvo en verdad intención de dictar tal acto. Sería parecido a lo que algunos autores gustan llamar la preeminencia de la voluntad real por sobre la declarada.[202] Ejemplos de este tipo de actos viciados por error esencial serían entonces: Un indulto que se refiere a una persona distinta de la que el Poder Ejecutivo tuvo voluntad de indultar; una declaración de estado de sitio que por error material en la confección del decreto se refiere a un lugar distinto del contemplado; el veto de una ley distinta de la que se tuvo en cuenta, por un error en la mención del número; el nombramiento en la función pública de una persona distinta de la que se deseaba nombrar, por homonimia, etc.

[200] Ampliar en *Tratado*, t. 1, cap. VIII.
[201] Bielsa, *op. cit.*, t. II, pp. 24-5.
[202] Sayagués Laso, t. I, p. 434; Diez, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., p. 245.

26.2. *Errores de menor gravedad*

Si el error no reviste tales características, el acto puede ser anulable,[203] o válido.[204]

26.3. *Acerca del llamado "error de derecho"*

No corresponde, a nuestro juicio, considerar como vicio de error las hipótesis en que el administrador aprecia erróneamente los hechos o el derecho, y en base a ellos dicta una decisión que tiene total y certera voluntad de dictar: Por ejemplo, no hay vicio de error si el Poder Ejecutivo, considerando que una persona tiene los requisitos exigidos por la ley para ocupar un cargo, lo designa en él, y resulta luego que dicha persona no reunía los requisitos legales; si pensando que el orden jurídico lo autoriza a tomar cierta decisión, la adopta, y resulta luego que el orden jurídico se lo prohibía.[205] En tales casos *no hay vicio de la voluntad con relación al acto,* pues el administrador ha dictado el acto que quería dictar: El error se refiere a la apreciación de los hechos o del derecho aplicable para dictar el acto, y constituye, por lo tanto, sea un vicio *en el objeto del acto* (por dictar un acto contrario a la ley), sea *un vicio de arbitrariedad* (por no tomar debidamente en cuenta los hechos existentes), pero no un vicio de error en cuanto vicio de la voluntad.[206] Es errada, pues, la denominación que la Corte Suprema da a los numerosos casos en que el administrador dictó actos en contravención a normas jurídicas determinadas o en situaciones para las cuales las normas jurídicas lo desautorizaban a dictar el acto emanado, como "error de derecho" y "error de hecho;"[207] el error en cuanto vicio de la voluntad existe cuando el administrador dicta un acto distinto del que tenía voluntad de dictar:[208] Quería hacer una cosa, y firmó otra. En los demás casos, el vicio estará en el objeto del acto o en la arbitrariedad del funcionario; pero no en el error. Esto tiene importancia, pues mientras el vicio de error sólo determina la *anulabilidad* del acto, un vicio en el objeto o en la voluntad puede llevar a su *nulidad* o *inexistencia*.

Sólo excepcionalmente puede admitirse que un error en los fundamentos pueda ser considerado típicamente como vicio de error en la voluntad, cuando el administrador *cree que está obligado* a hacer algo, y por eso dicta el acto.[209]

[203] Bielsa, *op. cit.*, p. 125; Sayagués Laso, *op. cit.*, t. I, p. 513; Marienhoff, *op. cit.*, pp. 507 y 508 admite también la nulidad.

[204] Sayagués Laso, *op. loc. cit.*; Ossenbühl, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

[205] Ossenbühl, *op. cit.*, p. 7; Obermayer, *op. cit.*, p. 78.

[206] Ossenbühl, *op. loc. cit.*; Obermayer, *op. loc. cit.*

[207] Ver dichos fallos en Bosch, *La extinción...*, *op. cit.*

[208] Obermayer, *op. cit.*, p. 78.

[209] O cree que los hechos son unos, cuando en verdad son otros. En este caso indica Obermayer, *op. loc. cit.*, que el acto es por sí anulable, sin necesidad de que haya además otra violación del derecho vigente; agrega que esto es de particular aplicación en los casos de facultades discrecionales, en que el acto estará viciado, aunque no contradiga normas expresas, si se dicta por error sobre los hechos. Sin embargo, ya dijimos que en este caso el acto está viciado principalmente de arbitrariedad. Comparar Fiorini, *op. cit.*, p. 377.

Aquí la voluntad estaría viciada en sí misma, en cuanto no hizo el acto por libre decisión, sino por obedecer a la ley: Si se comprueba que hay error, se trataría de un caso de anulabilidad.

27. *Dolo, violencia, simulación*

En todos estos casos se considera en general que el acto es anulable y así lo ha dicho también la Corte Suprema en el caso *Carman de Cantón* (*Fallos,* 175: 368), pero pueden hacerse algunas distinciones según el tipo de vicio y su gravedad en cada caso particular.

27.1. *Dolo*

El decreto-ley 19.549/72 considera uno de los casos de dolo, aquel en que dicho vicio de la voluntad se produjera en cuanto se "tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos," y lo sanciona con la nulidad.[210]

No creemos que corresponda restringir el dolo al solo supuesto mencionado por el decreto-ley, ni tampoco postular la regla contraria de que todos los casos de vicio de dolo acarrean la nulidad absoluta. A nuestro juicio se hace necesario distinguir entre los distintos supuestos de gravedad y valorarlos de acuerdo a las circunstancias del caso.

27.1.1. *Dolo del administrado.* Si la facultad ejercida era reglada, entonces la comprobación de la inexactitud de las manifestaciones del administrado, sean ellas dolosas o no, resulta en que el acto está en contravención a dichas facultades (porque el acto no se dio en los casos que la ley preveía), y, por lo tanto, el vicio del acto reside en su apartamiento de las facultades regladas y no en el dolo o error del administrado. El acto podría entonces ser nulo, aunque en el fallo citado la Corte Suprema lo consideró anulable.[211]

Si la facultad ejercida era *discrecional,* y el administrador podía dictar o no el acto, a su elección, y decide hacerlo en base a manifestaciones falsas, probanzas adulteradas (documentos falsificados, por ejemplo), etc., entonces el acto es anulable. Desde luego, para que este vicio exista es necesario que no se trate de una mera omisión o error culposo del administrado, sino de *dolo;* además se requiere que tal dolo sea *previo* a la emisión del acto administrativo, y que haya sido *determinante* para la adopción de la decisión: Si el dolo ha existido, pero no ha influido para el dictado del acto, entonces no afecta su validez.

27.1.2. *Dolo del funcionario.* En este supuesto el acto también es anulable;[212] este caso merece algunas consideraciones especiales, merced a que la jurispru-

[210] Así MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 510.

[211] *Fallos*, 175: 368.

[212] OBERMAYER lo considera nulo, *op. cit.*, p. 79. Sin embargo, nuestra jurisprudencia es extremadamente reticente para considerar el dolo del funcionario al punto que ha llegado a negar en principio que pueda existir dolo en un acto del Poder Ejecutivo. (Corte Suprema, *Fallos*, 195: 339.)

dencia en alguna oportunidad apreció considerar que no puede admitirse, en ningún caso, la alegación de que por ejemplo el Poder Ejecutivo habría actuado dolosamente. Sin duda que esta afirmación nadie la haría extensiva a cualquier funcionario de la administración, suponiendo entonces que todo funcionario obra siempre y por definición de buena fe...; pero en el caso mismo del Poder Ejecutivo, nos parece claro que —tratándose de seres humanos y no de semidioses— ella carece de fundamento y de razonabilidad. De todos modos, es claro que la mera invocación del supuesto dolo en que se habría incurrido en la emisión del acto administrativo, no es suficiente para obtener la anulación del acto: Es necesario probar que efectivamente dicho dolo ha existido. Considerarnos que son aplicables las mismas reglas probatorias que enunciamos respecto de la desviación de poder, admitiéndose en consecuencia cualquier tipo de prueba, incluso la indiciaria, para demostrar la existencia del vicio alegado.

27.1.3. *Dolo del administrado y del funcionario.* Al existir connivencia dolosa del funcionario y el administrado, producto del soborno o cohecho, el acto es nulo,[213] y no anulable, pues la trascendencia del dolo es mucho mayor.

27.2. *Violencia o intimidación*

Presenta dos supuestos:

27.2.1. *Violencia sobre el administrado.* Cuando el administrador fuerza un asentimiento expreso o implícito al acto, en los casos en que tal asentimiento es condición de la validez del mismo:[214] en este caso, como se advierte, el vicio de la voluntad no está específicamente en el acto administrativo sino en el acto del particular, pero dado que éste es condición de validez del primero —en el caso que analizamos— resulta también viciado el acto administrativo. Obermayer considera que el acto es nulo,[215] pero tal vez quepa pronunciarse simplemente por la anulabilidad.

27.2.2. *Violencia sobre el funcionario.* La violencia sobre el agente cometida por el propio administrado a quien el acto va dirigido o por terceros, hace que el acto sea anulable,[216] aunque anotamos que también hay autores que se pronuncian por la nulidad.[217]

27.2.3. *Observaciones comunes.* La violencia o intimidación vicia la voluntad tanto si se ejerce sobre la persona o sobre los bienes, sea del mismo individuo o de su cónyuge, ascendientes o descendientes: En todos los casos debe atenderse a la edad, sexo y condición de las personas, a fin de evaluar el temor que la ame-

[213] Obermayer, *op. cit.*, p. 78.
[214] Obermayer, *op. cit.*, p. 78.
[215] Obermayer, *op. loc. cit.*
[216] Bielsa, *op. cit.*, p. 125.
[217] Obermayer, *op. loc. cit.*, p. 125.

naza haya podido producir en ellas.[218] También es importante apreciar el clima general en el cual el acto particular de intimidación se produce: A mayor grado de seguridad general de los hombres y los bienes, mayor exigencia corresponde aplicar al juzgamiento de determinada amenaza sobre una persona, para poder resolver sobre la nulidad del acto. Inversamente, en un clima general de inseguridad, temor o incertidumbre, pueden realmente viciar la voluntad actos de intimidación que normalmente no producirían tal efecto.

Al considerar un acto particular de violencia o intimidación dentro de un contexto político general, se torna también menos nítido el problema de la prescripción de la acción o, en su caso, de la caducidad: Pensamos que la prescripción o la caducidad no pueden comenzar a computarse sino a partir del momento en que la intimidación o violencia han cesado. Ahora bien, puede ocurrir que cese el acto particular de intimidación pero subsista el clima general de inseguridad: En este caso entendemos que debe adoptarse un criterio amplio, y aceptar la acción o el recurso cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el acto concreto de intimidación o violencia; sujeto, por cierto, a que se acredite que efectivamente ha existido dicha intimidación.

27.3. *Simulación*

La simulación absoluta produce la nulidad del acto, según el art. 14, inc. *a)*, del decreto-ley; por simulación absoluta ha de entenderse conforme al art. 956 del Código Civil, la celebración de un acto jurídico que nada tiene de real.[219] El autor sostiene que cabe aceptar "la licitud de ciertos actos administrativos disimulados, cuando razones de urgencia e interés público tornan necesario acudir al expediente de la simulación,"[220] pero nos parece un poco extrema la aceptación formal de la simulación lícita en derecho público; más bien pareciera que la simulación, lo mismo que la inmoralidad, debiera ser sancionada con la nulidad o anulabilidad del acto.

27.3.1. *Ejemplos*. La simulación aparece en la práctica generalmente para desvirtuar u obviar alguna norma legal: Si una ley autoriza a la administración a prescindir de agentes hasta determinada fecha, es posible que se dicten actos posteriores de prescindibilidad y aparezcan antedatados; si se introduce una nueva norma restrictiva de contrataciones de algún tipo, se antedatan los contratos; si se necesita determinado tipo de agentes y no hay vacantes, etc., se los nombra en otras; se designan funcionarios para funciones inexistentes,[221] etc.

[218] En este sentido, Lares Martínez, Eloy, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975; p. 197.

[219] Diez, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 332.

[220] Cassagne, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 279.

[221] Como el caso tan sonado de aquella Municipalidad de la Provincia de Buenos Aires que tenía 13 ascensoristas y ningún ascensor...

La simulación de la fecha, en otro ejemplo, es un vicio muy frecuente en la práctica administrativa, aunque difícil de probar; por ello es que nos parece especialmente irreal la jurisprudencia que interpreta que lo que importa es que el acto haya sido dictado (firmado) en la fecha en que debió haberlo sido, aunque haya sido notificado después, por ejemplo después de haber perdido vigencia la ley que facultaba a la administración a emitirlo. Como la eventual simulación, muchas veces fácilmente adivinable, no puede ser probada, la supuesta fecha de emisión quedará en pie y con ella la pretendida validez del acto. Por ello ya indicamos en su lugar[222] que es preferible y más lógico considerar que el acto recién nace al mundo jurídico cuando es apto para producir efectos jurídicos directos, lo cual obviamente jamás ocurre antes de que el acto haya sido notificado;[223] la tesitura contraria, de sostener que el acto existe pero no es eficaz, cuando está "dictado" pero no está aún notificado, favorece así, a nuestro modo de ver, la práctica administrativa de simular las fechas de sus actos. Ahora bien, sin perjuicio de tratar de elaborar y sostener la tesis que objetivamente pueda mejor asegurar la legitimidad del acto administrativo, como hacemos en materia de fecha real o presunta de emisión y fecha real de notificación, de todos modos la prueba de que ha existido simulación debe igualmente ser sancionada con la nulidad del acto.

27.3.2. *Aspectos probatorios*. Relación con otros vicios. La simulación se parece al dolo en que es conducta artera o maliciosa; a diferencia del error, no es producto de la negligencia o del descuido, sino de la perversidad o de la mal entendida "viveza." Se emparenta así con la desviación de poder, la mala fe, la inmoralidad administrativa. Por estos motivos creemos que debe tenerse a su respecto un criterio amplio en cuanto a la administración de medios probatorios, que deben serlo todos, incluso los indiciarios.[224]

27.3.3. *La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos*. La importancia de la simulación, en tanto enunciación de fechas falsas, personas interpuestas, apariencias engañosas, etc., debe también valorarse en relación al carácter de instrumento público que generalmente se reconoce a las actuaciones administrativas:[225] Si el orden jurídico reconoce al instrumento administrativo el carácter de instrumento público, con el alcance de dar *fe pública* de su fecha, firma y otorgamiento, pareciera que esa fe pública

[222] *Tratado*, t. 3, cap. X, n° 10.

[223] Reservar el nombre de acto administrativo *eficaz* para el que produce efectos jurídicos porque ha sido notificado, y el de "válido, pero no eficaz" para el que no ha sido notificado, nos parece impropio. Acto administrativo, si por esto damos una noción jurídica, sólo puede ser denominado aquel acto que precisamente es eficaz, es apto para producir efectos jurídicos directos por sí solo; el acto no eficaz en derecho, el acto que por sí solo no produce efectos jurídicos propios, no se justifica denominarlo bajo un concepto que evoca necesariamente su calidad de acto que introduce una modificación a los derechos o deberes de sujetos de derecho.

[224] Ver *Tratado*, t. 3, cap. IX, n° 7.4.

[225] *Tratado*, t. 3, cap. VII, n° 4.

que la norma le atribuye debe estar respaldada por la sanción no sólo personal para el funcionario falaz, sino también para la administración, en la nulidad del acto. No creemos que sea coherente, en consecuencia, atribuir dicho carácter de instrumento público y simultáneamente permitir en forma lata la simulación del mismo sin sanción de nulidad.

28. *Gráfico comparativo de los vicios subjetivos de la voluntad*

Acompañamos un cuadro comparativo de los distintos vicios de tipo subjetivo de la voluntad administrativa.

Tipo de vicio	*Ubicación del vicio*	*Consecuencia jurídica*
1º) Desviación de poder	a) Fin personal b) Fin de beneficiar a terceros c) Fin Administrativo	Nulidad
2º) Arbitrariedad	a) Actos que omiten decidir	Nulidad
	b) Actos que prescinden de los hechos	Nulidad
	c) Falta de fundamentación normativa seria	Nulidad y anulabilidad
	d) Actos ilógicamente motivados A) Falacias no formales B) Falacias formales	Nulidad
	e) Falta de proporcionalidad, etc.	Nulidad
3º) Error	Esencial	Nulidad o anulabilidad
	No esencial	Validez
4º) Dolo	a) Del administrado (previo al acto determinante)	Anulabilidad
	a') Del administrado (no determinante)	Validez
	b) Del funcionario	Anulabilidad
	c) Ambos	Nulidad
5º) Violencia	Sobre el administrado o sobre el funcionario	Anulabilidad
6º) Simulación	Fechas, personas, etc.	Nulidad

V. Vicios de forma

A) *Formas de instrumentación y publicidad*

29. *Concepto*

La forma del acto es el medio por el cual la voluntad administrativa se exterioriza; pero al traducirse al mundo exterior, la forma puede asumir dos roles diferentes: *a)* Instrumentar la voluntad y también constatarla, o documentarla;[226] *b)* darla a conocimiento del público o de las personas a quienes el acto afecta.[227]

No siempre se presentan los dos tipos de forma de manera separada, y puede entonces darse un acto a conocimiento de los interesados sin estar documentado en parte alguna: Es el caso de los actos expresados verbalmente, o por algunos tipos de signos o señales; con todo, la regla es que los actos sean documentados por escrito. Sobre esto volveremos más adelante.

En cambio, un acto no puede carecer de forma de publicidad y sin embargo ser apto para producir efectos jurídicos, ya que la publicidad del acto es un requisito previo a su exigibilidad. Una excepción a esta regla la constituye el silencio administrativo cuando la ley le otorga un efecto determinado, caso en el cual se produce el acto de denegación tácita de pleno derecho por el mero transcurso del término establecido, sin necesidad de instrumentación o de notificación alguna.

Salvo estas excepciones, por lo general cabe decir que el acto debe quedar documentado y además debe ser dado a publicidad; que la omisión o el defectuoso cumplimiento del primer requisito puede afectar de distintos modos la validez del acto, transformándolo en anulable, nulo o inexistente según la importancia de la transgresión.[228] En el caso de la falta de publicidad, en cambio, el acto no queda viciado sino que no es exigible hasta tanto este requisito sea cumplimentado.

[226] Sobre la distinción entre "instrumentación" y "documentación," comparar FIORINI, *op. cit.*, 1ª ed., p. 336.

[227] Comp. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 111. ZELAYA, SIMÓN F., "Forma del acto administrativo," en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 62 y ss., excluye a la publicidad como parte de la forma del acto administrativo.

[228] El decreto-ley 19.549/72 expresa que la violación "de las formas esenciales" es causal de nulidad (art. 14, inc. b); también señala en general que las irregularidades intrascendentes no afectan la validez del acto (art. 16); pero no dice qué vicios de forma originan la anulabilidad ni tampoco concreta cuáles son las supuestas formas "esenciales" que determinan la nulidad.

Por nuestra parte y como lo explicamos en los puntos 14 y 15, consideramos que la palabra "esencial" es totalmente vacua o carente de contenido significante, no denotando en consecuencia nada del mundo exterior salvo aquello que la veleidad de cada autor quiera destacar: En última instancia cada uno llama "esencial" a aquello que considera *importante, significativo, trascendente, grave,* etc. En este sentido y con este contexto es suficiente entonces con hablar de la importancia relativa de la transgresión de forma que consideremos, y según dicha importancia en el caso pronunciarnos por la validez, anulabilidad, nulidad o inexistencia del acto.

30. *La forma escrita*

La forma de documentación por antonomasia es, desde luego, la escrita, que constituye la regla general.[229] Ello es así porque al expresarse el acto por medio de la escritura permite fundamentar más acabadamente la decisión, y permite también valorar debidamente la legitimidad del acto. La forma escrita debe verse ante todo como una garantía de los administradores,[230] pues allí podrán ellos encontrar la certeza respecto al contenido y alcance de los deberes o derechos que de tales actos emanen. Esa certeza y aquella fundamentación no se dan en igual medida en otras formas de documentación, ni en aquellos casos en que dicha documentación escrita no existe.

No hay normas jurídicas que impongan una determinada estructura formal del acto, aunque existen prácticas y costumbres en el sentido de hacerlo de determinada manera; con todo, "estos usos no tienen ninguna fuerza jurídica,"[231] y las exigencias formales que el acto debe satisfacer para ser legítimo no habrán, en consecuencia, de ser juzgados de acuerdo a tales usos, sino a los principios pertinentes que aquí analizaremos. En tal sentido, se sostiene que un acto administrativo puede incluso revestir la forma de una simple carta, si reúne los demás requisitos. (Firmas, etc.)[232]

Con todo, esta relativa latitud de las formas se aplica principalmente en relación a formas de poca trascendencia, no así a otras de mayor importancia: Por ejemplo, el hecho mismo de la forma *escrita* es, a nuestro modo de ver, una formalidad muy importante en cuya ausencia sólo muy limitadamente puede admitirse la validez del acto; el art. 8° *in fine* confirma este criterio al expresar que "sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieran podrá utilizarse una forma distinta." Las posibles excepciones las analizamos, *infra*, n° 9.

Diversos aspectos de la forma escrita pueden ser analizados:

31. *La fecha*

Si bien se trata de un requisito de obvia necesidad, cabe señalar que la falta de fecha, o la absurdidad de la fecha (por ejemplo, que apareciera como de varios años después del momento en que se lo conoce), puede quedar subsanada con la forma de publicidad, y en tales casos se tendrá por fecha del acto aquella en que ha sido publicado o notificado.[233]

[229] Decreto-ley 19.549/72, art. 8°; Diez, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 182; PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149, 104: 4; González Pérez, *op. cit.*, p. 338; Cretella Junior, *op. cit.*, p. 166.

[230] Huber, *op. cit.*, t. II, p. 730, quien agrega que también es una garantía para el interés general.

[231] Liet-Veaux, "L'acte administratif," fascículo 106 del *Juris Classeur Administratif*, t. I, París, 1963.

[232] Liet-Veaux, *op. loc. cit.* Pero esto no sería ya aplicable a un decreto; *infra*, n° 15, ver Zelaya, *op. cit.*, p. 64.

[233] Forsthoff, *op. cit.*, pp. 329 y 330; PTN, 97: 248; Winkler, *op. cit.*, p. 26.

Con todo, esta regla no puede ser absoluta, y tiene sus excepciones: Entre ellas, señala HELLBLING que en el caso de actos de órganos colegiados es necesaria la indicación de la fecha,[234] para así apreciar si se han cumplido los requisitos de quórum y sesión.

Del mismo modo, la fecha puede resultar importante para determinar la invalidez del acto cuando está ligada al ejercicio temporalmente limitado de una competencia: Así, por ejemplo, en el contrato de suministros. (El acto de adjudicación debe *dictarse* dentro del plazo de mantenimiento de las propuestas, y *comunicarse* dentro de los siete días siguientes.) Lógicamente, si la fecha en que figura que se dictó es posterior al término legal, el acto es inválido; si no consigna fecha, podrá resultar que en verdad también fue dictado fuera de término, con igual consecuencia; o, aunque indique la fecha procedente, podrá también probarse que dicha fecha es falsa y que el acto fue antedatado. Lo mismo cabe decir de las observaciones del Tribunal de Cuentas, la decisión del Poder Ejecutivo en relación al veto del presidente en la sociedad de economía mixta, etc.

Iguales principios cabe aplicar en relación al lugar.[235]

32. *El número*

La exigencia del número para las resoluciones y decretos viene dada por la práctica administrativa, que siempre da un orden correlativo por fecha y por números a las decisiones, para su mejor constatación. Sin embargo, la falta de número en modo alguno vicia el acto en cuestión.[236]

33. *El órgano y entidad de que emana el acto*

Debe haber una mención expresa en relación a cuál es el órgano o autoridad del cual el acto emana:[237] Ello puede presentar diversas alternativas: Declaración expresa en el texto del acto, membrete (en ciertos casos y con limitaciones) o sello aclaratorio de la firma. Si falta el sello aclaratorio[238] y la firma es ilegible (por cierto, no podría pretenderse que la firma fuera necesariamente "legible," bajo sanción de nulidad del acto) la enunciación mencionada puede constar en

[234] HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 338.

[235] FORSTHOFF, *op. loc. cit.* Por lo demás, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 333: "El lugar no constituye un requisito de validez del acto. El ordenamiento jurídico no exige que los actos se realicen en un lugar determinado. Un Ministro puede adoptar un acuerdo en el edificio donde se encuentra el Ministerio, en su domicilio o en cualquier otro lugar. Carece de relevancia jurídica el lugar en que se dicte el acto." Esta regla tiene excepciones, de las cuales suelen existir normas exigiendo que las sesiones se celebren en la sede del órgano o en edificio especialmente habilitado al efecto de la sesión, en caso de fuerza mayor.

[236] PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252. En dicho pronunciamiento se siguió expresamente la tesis que sostuviéramos en tal sentido en la primera edición de *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 149.

[237] WINKLER, *op. cit.*, p. 27; ZELAYA, *op. cit.*, p. 65.

[238] El cual no es, pues, imprescindible: HELLBLING, *op. loc. cit.*

otra parte del acto,[239] lo que es también forma usual: "El director de (cargo y entidad...) Resuelve:" Existiendo dicha aclaración del acto no tiene vicio alguno por la falta de sello o por ilegibilidad de la firma. Finalmente, si la firma es suficientemente conocida (por regla general, la firma del presidente o del ministro), podría también, excepcionalmente, llegarse a sostener que la falta de aclaración en otra parte del acto no lo vicia.

Pero, salvados todos estos casos, si el acto no aclara en parte alguna de qué autoridad proviene, debe considerarse que no es individualizable o identificable, y es, por lo tanto, nulo[240] o inexistente.

34. *La motivación*

34.1. *Concepto*

La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación,[241] o sea, los motivos o presupuestos del acto;[242] constituye, por lo tanto, la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad.[243] De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos,[244] pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales[245] e incluso en alguno de los actos expresados por signos.[246]

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden,"[247] sirviendo además para la interpretación del acto.[248]

[239] Forsthoff, *op. cit.*, p. 329, nota 69.

[240] Winkler, *op. loc. cit.*; Zelaya, *op. loc. cit.*

[241] Rivalta, María, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, 1960, p. 183 y ss.

[242] Juso, Raffaele, *Motivi e motivazione net provvedimento amministrativo*, Milán, 1963, p. 18. Para su vinculación con la causa, ver de la Vallina Velarde, *La motivación del acto administrativo*, Madrid, 1967, p. 23 y ss. y sus remisiones.

[243] Ver Brewer Carías, *Las Instituciones...*, *op. cit.*, p. 125.

[244] Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 208.

[245] Cretella Júnior, *op. loc. cit.*, respecto de los actos verbales. Sin embargo, bien se comprende que en esos casos es más necesaria aún la motivación, por la menor reflexión que supone en el órgano emitir un acto verbal que uno escrito. Esto ha sido introducido en los países del *common law* incluso para el acto de detención de un presunto criminal, al cual debe explicársele las causas de su detención, en el mismo momento de realizarla.

[246] Ver más abajo lo que decimos sobre la motivación en las señas, pitadas, etc.

[247] Rivalta, María, *op. cit.*, p. 186.

[248] Rivalta, *op. loc. cit.*; González Pérez, *op. cit.*, p. 341. En este sentido tiene dicho la Cámara Nacional Federal, en *LL,* 117: 607, 609 y 610, que los considerandos integran el acto y determinan su extensión.

34.2. *Fundamentos*

La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de Derecho: No creemos, en consecuencia, que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos o intereses de los administrados, resuelvan recursos, etcétera, como sostiene alguna doctrina restrictiva;[249] todos los actos administrativos, a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los "actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos," es indiscutida e indiscutible la necesidad' de una "motivación razonablemente adecuada," como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación.[250]

34.3. *Consecuencias de su omisión*

Su omisión determina, por regla, la nulidad del acto,[251] aunque a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirlo impropiamente con un vicio solamente formal, cuando en verdad, según vimos, la falta de motivación implica no sólo vicio de forma, sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto.

Como dice Zelaya: "La falta de explicitación de los motivos o causa del acto administrativo... nos pone en presencia de la arbitrariedad. Es el funcionario que dice "esto es así y así lo dispongo porque es mi voluntad." La antijuricidad de tal conducta me impide ver en tal acto un vicio leve. Lo veo gravísimo, privando al acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad."[252]

Queda, por fin, señalar que a partir del decreto-ley no cabe ya distinguir entre actos atributivos o denegatorios de derechos y los que no lo son, o actos que resuelven recursos, o actos producto de facultades regladas o discrecionales; en todos los casos, sin excepción, el decreto-ley exige la adecuada motivación y su omisión ha de considerarse a nuestro juicio, causal de nulidad.

34.4. *Requisitos de una motivación suficiente*

En todos los casos, debe destacarse que la necesidad de motivación no se satisface con arbitrarias expresiones tales como "por razones de mejor servicio;" "por ser

[249] En la legislación española, la ley de procedimiento administrativo vigente establece el criterio limitativo, exigiendo la motivación fundamentalmente sólo en "los actos que limitan derechos subjetivos" y "los que resuelvan recursos," por lo que Garrido Falla acertadamente la califica de "seguramente un retroceso" en la materia. (*Op. cit.*, p. 515.)

[250] *Dictámenes*, 96: 299 y 307 vta., en que se declaró nulo el acto, enviándose las actuaciones a la autoridad que lo dictó para que previa vista al interesado, volviera a dictar el acto pertinente con todos los recaudos legales. En sentido similar, 77: 71 y 74; 84: 154; 100: 205, etc. Por lo demás, en *Dictámenes*, 84: 154 y 103: 105, se reafirmó que la necesidad de motivación es inherente a la forma de gobierno que nos rige.

[251] Confr. Zelaya, *op. cit.*, p. 71. Con todo, este mismo autor indica supuestos en que puede haber solamente anulabilidad, *op. cit.*, p. 72.

[252] Zelaya, *op. cit.*, p. 71.

conveniente y necesario a los superiores intereses del Estado;" "en virtud de las atribuciones que le confiere claramente la ley número...," etc.[253] En cada caso será indispensable explicar claramente cuáles son los hechos que se consideran probados, cuál es la prueba que se invoca, qué valoración reciben, qué relación existe entre tales hechos y lo que el acto dispone, qué normas concretas son las que se aplican al caso (no bastando, según quedó dicho, la genérica invocación de una ley), y por qué se las aplica, etc.[254] Esto demuestra que la motivación no es un problema de forma, sino de fondo, y que su presencia u omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión.[255] Ello, desde luego, la hace más imprescindible aún.

34.5. *La motivación previa, concomitante y ulterior*

Si bien lo normal es que la motivación sea *concomitante* al acto y esté incluida en el mismo texto en que se inserta la parte dispositiva, se ha admitido a veces que puedan servir como motivación *previa* de un acto los informes y dictámenes que lo preceden;[256] pero ello es un criterio peligroso que sólo puede admitirse con limitaciones y a condición de que los informes y dictámenes sean: *a) Expresamente* invocados como fundamento de la decisión; y *b) comunicados* al interesado. El acto que no tiene motivación ni invoca los motivos que puedan estar expuestos en informes o dictámenes previos, no puede considerarse fundado porque se encuentre en alguna parte un informe relativo al asunto.

A su vez, la doctrina sostiene que es inadmisible la motivación *ulterior del acto*,[257] lo que es correcto a nivel de principio aunque causa cierta incertidumbre frente a una viciosa práctica administrativa en la cual no siempre se cumple —sobre todo en los niveles inferiores— el principio de la motivación, ni se declara la nulidad del acto que no lo ha cumplido. Una prueba de ello es que ya se haya admitido la motivación "previa" que emana de los informes y dictámenes que preceden al acto; si bien la motivación ulterior generalmente será una motivación "fabricada," *ad hoc* del acto ya dictado,[258] aun en tales hipótesis es preferible

[253] Bielsa, *op. cit.*, t. II, p. 35; González Perez, *op. cit.*, p. 344; Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 208; de la Vallina Velarde, *op. cit.*, p. 27 y ss.

[254] En sentido similar, Bielsa, *op. loc. cit.*

[255] Comparar Zelaya, *op. cit.*, p. 72.

[256] Suprema Corte de Buenos Aires, *Acuña*, 1965, *LL*, 118: 250 y 251; PTN, *Dictámenes*, 100: 205; 103: 105; de la Vallina Velarde, *op. cit.*, p. 62.

[257] Rivalta, *op. cit.*, p. 173.

[258] En este sentido se observa que "hay un peligro potencial... en el hecho de que el método se presta a la fácil construcción de explicaciones ex post facto que carecen de fuerza predictiva. Es una tendencia ampliamente difundida la de «explicar» una acción atribuyéndola a motivos que sólo se presumen después que la acción tuvo lugar. Este procedimiento no es de por sí objetable, pero su solidez requiere que 1) los supuestos motivacionales de que se trate puedan ponerse a prueba; 2) que se disponga de leyes generales apropiadas para otorgar poder explicativo a los motivos supuestos. El incumplimiento de estos requisitos con toda frecuencia menoscaba la significación cognoscitiva de las explicaciones motivacionales que se aducen." (Hempel, Carl H., y Oppenhelm, Paúl, "La lógica

exigir una motivación ulterior antes que permitir la ausencia de toda motivación. Entendemos que a este principio responde precisamente el procedimiento seguido en varios sistemas "contencioso-administrativos," en los cuales se pide a la administración que informe sobre los motivos que tuvo para dictar cierto acto impugnado por un recurso de anulación: Si los motivos expuestos son satisfactorios (probados, fundados, lógicos, etc.), la validez del acto puede sostenerse; de lo contrario, ha de caer.

En suma, la motivación debe en principio ser concomitante; por excepción puede admitirse la motivación previa si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados y comunicados. En ausencia de ambos el acto estará viciado por falta de motivación, pero este vicio no necesariamente es insanable[259] y puede excepcionalmente ser suplido por una motivación ulterior, siempre que ella sea suficientemente razonada y desarrollada; es decir, que sea una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de hecho y de derecho que llevaron al dictado del acto, y no un escrúpulo puramente formalista. Si tales razones no son amplias y convincentes, o si por la importancia del acto es inadmisible que no se lo haya motivado oportunamente, el acto deberá entonces anularse. La regla, por tanto, es que la motivación no puede sanearse y su falta causa la nulidad del acto; la excepción, que lo haga sólo anulable y pueda motivárselo tardíamente, pero siempre es un vicio que, o es saneado, o produce la extinción del acto. No cabe confirmación ni ratificación alguna a su respecto.

Por excepción, en algunos casos la motivación *sólo puede ser ulterior al acto*: Si un agente detiene a un coche con una señal de su brazo o con una pitada, ahí tenemos ya el acto administrativo, pero no hay duda que ese agente deberá explicar al particular las razones por las cuales ha dictado tal acto.

35. *Parte dispositiva o resolutiva*

Lo que el acto resuelve, decide o certifica es el objeto mismo del acto y como tal va expuesto en el articulado del acto, denominado "parte resolutiva." Se ha entendido que si la resolución a adoptarse supone como elemento previo una declaración o certificación, no habría obstáculo jurídico a que la declaración sea incluida en los considerandos, y la decisión en la parte resolutiva.[260]

de la explicación," *Cuadernos de Epistemología* de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, n° 4, Buenos Aires, 1961, pp. 13 y 17.) Desde luego, estos autores se refieren no específicamente a la motivación de un acto estatal, sino a la estructura lógica de la explicación científica en general, pero sus observaciones son aplicables en nuestro caso.

[259] Esto en cuanto mero vicio de forma, sin perjuicio de que su ausencia indique arbitrariedad, caso en el cual el acto es nulo. La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que el vicio es insanable en algunos casos: *Dictámenes*, 96: 299. Algunos autores dicen que el vicio es insanable, pero el acto anulable (Forsthoff, *op. cit.*, pp. 328 y 329) lo que no parece ser coherente; ya que lo segundo supone que el vicio puede ser saneado ulteriormente.

[260] En este sentido ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación que un acto administrativo "puede razonablemente adoptar la forma de «considerandos» al efectuar una *declaración*

Dado que la parte resolutiva constituye el objeto del acto, sus problemas son los que ya se han expuesto al referirnos al mismo.

Según ya lo vimos, pues, si el contenido o parte resolutiva es oscuro o impreciso, irrazonable, desproporcionado, absurdo, contradictorio consigo mismo o con la motivación del acto, imposible de hecho, etc., el acto es nulo o inexistente, según los casos. (*Supra*, cap. VIII, n° 4-10.)

36. *La firma del acto*

La firma es un requisito fundamental del acto, pues acredita que la voluntad efectivamente ha sido emitida en la forma que el acto indica. Si falta la firma; entonces no hay acto: No se trata de un vicio de forma, sino de la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto.[261]

La regla de que un "acto" sin firma no es un acto administrativo, sino un pedazo de papel escrito y nada más, es de estricta aplicación a todo acto administrativo que comporte una *decisión* individual; sin embargo, en la práctica a veces se encuentra que los actos *certificantes* son emitidos por las autoridades intervinientes con un sello imitando la firma del órgano respectivo, y alguna inicial o "media firma"[262] dejando constancia de haber intervenido en su elaboración otro órgano inferior. Creemos que esta práctica sólo puede ser admitida con muchas reservas, pues se corre el riesgo de perder la autenticidad del acto (que es justamente el objeto fundamental que el acto certificante busca asegurar), y además se falsea de hecho la estructura de competencias, pues es obvio que en tal ejemplo el *certificado no emana de la persona cuya "firma" va en el sello,* sino de la que consta

o certificación o atestación, y la forma de «parte dispositiva» al manifestar la *decisión* que adopta, sin que por ello pueda considerarse violada la forma del acto. Lo importante es que tanto la declaración como la decisión, si el acto incluye ambas, estén manifestadas en forma expresa e inequívoca: Desde luego, si en los considerandos se hace una referencia circunstancial y ambigua a determinada circunstancia, ello no podrá ser considerado una «declaración,» pero sí encontramos una categórica afirmación, una clara constatación administrativa de un hecho objetivo, ninguna duda puede quedar de que tal declaración reúne todos los requisitos legalmente necesarios para considerarla una declaración administrativa válida, es decir, un acto administrativo en el aspecto considerado;" "lo que aquí se expresa con relación al alcance que pueden tener los «considerandos» del acto, está específicamente limitado a las «declaraciones» o «atestaciones,» no a las decisiones o manifestaciones de voluntad;" "no es extraño a la naturaleza de la motivación del acto admitir que ésta pueda válidamente contener declaraciones o atestaciones, en cuanto ellas sean un presupuesto de la decisión que se adopta en la parte dispositiva;" "No sería lo mismo, tal vez, si los considerandos contienen declaraciones totalmente ajenas al objeto del acto, o imprecisas o equívocas, pero pareciera que cuando la declaración es un antecedente lógico de la decisión, cuando es verdaderamente un presupuesto de hecho o de derecho de la decisión adoptada, ella puede válidamente ser insertada en la motivación." (*Dictámenes*, 96: 230-234.) En el caso se trataba de una "declaración de interés nacional," que debía hacer el Poder Ejecutivo a fin de poder otorgar a una inversión la garantía de la Nación, de acuerdo al art. 48 de la ley n° 16.432.

[261] Hellbling, *op. cit.*, p. 338. Como dice este autor en ese caso sólo estamos ante un "trozo de escritura." En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 99: 115; Zelaya, *op. cit.*, p. 64.

[262] En la jerga administrativa es la inicial o firma abreviada puesta por un funcionario a la izquierda del escrito. Ver Peters, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

haber "intervenido" en su confección: Más lógico y jurídico es formalizar esa situación y delegar o desconcentrar formalmente, por un acto expreso de carácter general, la atribución de emitir el *certificado* a los funcionarios que realmente lo hacen y pueden hacerlo: En tal caso no hará falta el sello imitando la firma del órgano que tomó la decisión.

Por lo demás, en materia de *decisiones*, creemos que de ninguna manera puede admitirse que el acto sea válido o exista si tan sólo hay un sello imitando la firma del funcionario: La firma es en tales situaciones de rigor.[263]

Otro caso en que falta la firma del funcionario supuestamente autor del acto, y es suplida no por un sello, sino por la firma de otro funcionario, es el de las disposiciones aparentemente dictadas por el presidente de la República y dirigidas a los órganos de la administración sobre asuntos de trámite (pedido de dictamen, instrucciones, etc.) que son producidas por el secretario general de la Presidencia de la República, o el jefe de decretos de la Presidencia, quienes al efecto invocan la autoridad de aquél: "Por disposición del excelentísimo señor presidente de la República..." Sin embargo, no hay duda de que esas decisiones no pueden considerarse emanadas del Presidente, por más que se invoque su autoridad, sino que son actos dictados por dichos funcionarios en virtud de una *delegación* presidencial, tenga ésta o no el nombre de tal.

En tales hipótesis, entonces no hay una decisión "presidencial" *sin firma*, sino un acto del secretario general o jefe de decretos, dictado en ejercicio de atribuciones administrativas delegadas a ellos por el presidente. Siendo esto así, es impropia la redacción de tales circulares, pues no hay allí una decisión presidencial.

37. *Otras formas de instrumentación*

37.1. *Forma oral*

Puede admitirse en algún tipo de casos que el acto no se documente por escrito, sino que se exprese en forma verbal: Así, por ejemplo, órdenes de agentes de policía, órdenes comunes de los superiores a los funcionarios públicos, relativos al desempeño diario de sus tareas,[264] etc.

En estos casos y en los que luego veremos, la falta de una forma específica de documentación o constatación del acto hace que su exigibilidad quede notoriamente disminuida, pues en principio ella existirá sólo en tanto se mantenga presente la forma de instrumentación elegida, o se la pueda razonablemente retener en la mente: La orden verbal es normalmente exigible sólo en los momentos que siguen a su emisión, pero no al día siguiente o un año después; el signo de tránsito, a que nos referiremos más abajo, también hace eficaz el acto sólo mientras el agente

[263] PETERS, *op. cit.*, p. 167. Reiteramos que la *copia* autenticada por otro funcionario es válida, en la práctica.

[264] Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 66.

mantiene el brazo en alto o el cuerpo en determinada posición: En este caso, desaparecido el signo, el acto se extingue instantáneamente.

La admisibilidad de la forma verbal debe ser interpretada restrictivamente, por las pocas garantías que ofrece "de poder ser exactamente percibida y seguida, de poder ser conocida en cualquier momento."[265]

37.2. *Signos*

En lo que respecta a la aparición del acto administrativo a través de signos, algunos autores estiman que ello consiste en una declaración "tácita" de la administración, es decir, en una voluntad no expresa, pero parece más lógica la posición que estima que hay allí una manifestación *expresa*,[266] pues el empleo de un sistema de signos no quita que se esté de todos modos utilizando un lenguaje que en nada difiere, esencialmente, de la palabra oral o escrita. De otro modo podría creerse que un acto administrativo escrito en idioma chino, en tal país, habría de ser un acto "tácito," porque el idioma es de tipo ideográfico...

Los signos a emplearse pueden variar al infinito: Señalaciones acústicas (timbres, alarmas, pitadas), telegráficas, lumínicas (luces de tránsito vial,[267] ferroviario, aéreo, etc.) por medio de banderas (los signos de comunicación naval), carteles (los diversos signos de tránsito urbano: Sentido de circulación, normas de estacionamiento, etc.); hasta por la mímica: Los signos que con el brazo o el cuerpo realizan los agentes de policía y de tránsito.[268] Desde luego, atento a que se trata de un lenguaje como cualquier otro, una condición que debe cumplirse ineludiblemente es que sea *convencional*, es decir, conocido y utilizado generalmente; si los signos empleados no son comprensibles por todos, podría decirse que la voluntad administrativa no se ha transmitido idóneamente,[269] o lo que es lo mismo, no ha existido jurídicamente.

En conclusión, la declaración administrativa expresada por signos o señales también puede constituir acto administrativo, y no mero hecho administrativo.

[265] De Valles, *op. cit.*, p. 190. En igual sentido restrictivo. Corte Suprema, *Gómez Zorrilla*, 1963, *Fallos*, 256: 277 y 280, que citamos *supra*, cap. V, nota 263. Confr. Zelaya, *op. cit.*, p. 66.

[266] Fragola, *op. cit.*, p. 45; González Pérez, *op. cit.*, p. 339.

[267] El carácter de acto administrativo de la voluntad administrativa expresada a través de las luces de tránsito ha sido reconocido por Diez, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, 1ª ed., p. 270; Marienhoff, *op. cit.*, p. 310.

[268] Comparar Fragola, *op. cit.*, p. 45, quien menciona los signos acústicos telegráficos, banderines y otros. Por su parte, Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, t. I, p. 522, habla del "acto mímico," como especie de los actos *expresos*, y agrega: "El acto mímico es, sin duda, el más frecuente de nuestra época. Cada día —acaso cada minuto— la administración dicta miles de actos de esta naturaleza a través de quienes tienen a su cargo de forma inmediata la dirección del tráfico" (*op. cit.*, p. 523); ver también Diez, *op. cit.*, t. II, p. 270.

[269] Marienhoff *op. cit.*, p. 314.

37.3. *Actos tácitos*

Algunos autores también admiten que la voluntad administrativa pueda expresarse tácitamente:[270] Si excluimos la denegación tácita de un reclamo o recurso y los actos comentados anteriormente (declaraciones expresas por signos), nos parece que sólo puede hablarse de actos tácitos cuando existe un acto expreso del que surge necesariamente un efecto jurídico que no está explícitamente consignado en él. En otras palabras, el acto tácito sólo puede surgir de un acto expreso que necesariamente lo involucre: En ausencia de declaración alguna expresa, sea por el lenguaje escrito u oral, o por signos, entendemos que no corresponde hablar de actos tácitos. Generalmente el acto tácito surge o puede surgir solamente de actos *escritos*,[271] y desde luego debe emanar de la misma autoridad que puede dictar el acto expreso.[272]

Por ejemplo, un acto que designa a una persona en un cargo del cual anteriormente se la había dejado cesante, importa tácita revocación del acto de cesantía;[273] la exoneración de un funcionario que está suspendido, implica tácitamente la cesación de dicha suspensión y expresamente la cesación de la relación de empleo público; el pago de los haberes no percibidos durante una suspensión o licencia dispuesta sin goce de haberes, implica tácita modificación de la índole de la suspensión o licencia; un pase a un funcionario para cumplir una misión en el extranjero lleva implícita la autorización para salir del país,[274] etc.

Salvo estos casos en que la decisión tácita surge de un acto escrito, entendiendo además que si existen signos estamos igualmente en presencia de un acto expreso y no tácito, creemos que no deben admitirse otras hipótesis de actos tácitos; en cualquier otra situación que las mencionadas, pues, estimamos que faltando la expresa declaración administrativa, no estamos en presencia de un acto administrativo.[275]

37.4. *El silencio*

La doctrina es bastante uniforme en considerar que el silencio, de por sí, es tan sólo una conducta inexpresiva de la administración, inapta, por lo tanto, para ser considerada como una manifestación de voluntad en un determinado sentido.[276] Por excepción, cuando el orden jurídico expresamente dispone que ante el

[270] Bielsa, *op. cit.*, p. 4; Marienhoff, *op. cit.*, p. 310. La Procuración del Tesoro de la Nación lo ha admitido con carácter restringido: 74: 120; 105: 90 y otros. Comparar Martín Mateo, "Actos tácitos y actividad autorizante," *REDA,* n° 4, p. 17.

[271] Comparar De Valles, *op. cit.*, pp. 180 y 181.

[272] PTN, *Dictámenes*, 105: 90.

[273] Diez, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 310. Claro está, tal revocación produce efectos sólo para el futuro.

[274] Caetano, *op. cit.*, p. 250.

[275] Ver nuestro *Tratado*, t. 3, cap. III, acerca de la distinción entre acto y hecho administrativo.

[276] Fragola, *op. cit.*, p. 46 y otros.

silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considerará que la petición ha sido denegada (o aceptada), el silencio vale como acto administrativo. Tal el caso del recurso de reconsideración, que a los treinta días de su presentación puede reputarse denegado; del reclamo administrativo previo, que luego de noventa días de presentado y cuarenta y cinco más después de requerido pronto despacho, también se considera denegado;[277] del recurso presentado por los representantes del capital privado en una sociedad de economía mixta contra el veto del síndico, que a los veinte días de su comunicación a la autoridad administrativa se considera aceptado,[278] etc.

En estos casos ha podido decirse que se trataría de un "acto presunto,"[279] en el sentido de presunción *legal*, a diferencia de los "actos tácitos" en los cuales habría sólo una presunción racional; pero preferimos considerar que en el acto tácito no hay presunción, sino una consecuencia no explicitada pero que surge necesariamente del acto.

38. *Formas de publicidad*

Existe una persistente tendencia en la doctrina del derecho administrativo a considerar que la publicidad del acto administrativo no es un requisito de forma, ni hace a la perfección del acto, sino sólo a sus efectos.

Sin embargo; puesto que se conviene en que: *a)* Acto administrativo *es aquel que produce efectos jurídicos inmediatos*, y en que *b)* los efectos jurídicos no surgen en tanto que el acto no sea dado a publicidad, parécenos ser coherente considerar que *c)* el acto administrativo *productor de efectos jurídicos inmediatos* sólo puede ser el acto administrativo *dado a publicidad*. En otros términos, el acto que no ha sido aún publicado, no produce efectos jurídicos inmediatos, y por lo tanto *no es acto administrativo*.[280] Luego la publicidad es un elemento del acto mismo[281] y no otra cosa que un elemento formal.

De allí, pues, que digamos que además de las formas de instrumentación o documentación deben enunciarse las formas de publicidad.

No obsta a esta idea el que la falta de publicidad del acto no afecte su validez, sino su eficacia; pues ya se ha advertido que no todas las irregularidades que tiene el acto en relación al orden jurídico afectan su validez; y por lo demás, este caso es análogo a aquel en que falta la aprobación —esto es, un elemento de la voluntad administrativa—, y el acto es considerado válido pero ineficaz.

[277] Decreto-ley 19.549/72, art. 31.
[278] Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. IV.
[279] Gonzalez Pérez, *op. cit.*, p. 340.
[280] Huber, *op. cit.*, p. 730.
[281] Ha seguido nuestro criterio la PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252 vta.

39. *Especies de formas de publicidad: Publicación y notificación*

Con referencia a las normas de publicidad hay que diferenciar: *a)* La publicidad; *b)* la notificación.

La *publicación* es la especie de publicidad requerida para los reglamentos y se efectúa mediante la inserción de la declaración en un boletín oficial, o su colocación en un lugar visible (pizarra, murales, etc.) y accesible al público.[282]

La *notificación* es la especie de publicidad aplicable al acto administrativo, sin cuyo requisito éste no produce efectos jurídicos, y puede presentarse de diversas maneras: *a)* Entrega personal de copia auténtica del acto al particular interesado; *b)* notificación personal de éste tomando vista en el expediente y dejándose constancia expresa de ella; *c)* envío de una carta certificada o expreso con aviso de recepción al interesado, en la cual se le comunica la decisión recaída; ésta es en algunos casos la práctica administrativa, aunque su validez es dudosa, por no ser la misma notificación *personal*; *d)* por telegrama; *e)* por cédula; *f)* por presentación espontánea del particular, invocando los beneficios que derivan del acto: En este caso dicha invocación importa una recepción del acto, esto es, "notificarse" de él.[283]

No se admite la notificación verbal de actos escritos.[284]

[282] LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss.; y del mismo autor *Droit Administratif Spécial*, París, 1958, p. 13; Corte Suprema, *Amaya*, 1962, *Fallos*, 252: 19; *Signo Publicaciones*, 1961, 251: 404; 191: 442; 179: 39.

Comparar VIDAL PERDOMO, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 393 y 394.

[283] El inc. b) del art. 41 recoge esta solución del derecho comparado, por ejemplo, GARCIA OVIEDO, *op. cit.*, p. 244, en los siguientes términos: "por presentación espontánea de la parte interesada, su apoderado o representante legal, de la que resulten estar en conocimiento fehaciente del acto respectivo."

Este principio, con todo, implica algunos peligros: Por ejemplo, que en algún escrito referente a otra cuestión el interesado deslice descuidadamente una mención a otro acto que no le ha sido notificado, y luego la administración pretenda darle por decaído el recurso, atento a que no recurrió dentro de los quince días de la presentación de aquel escrito en que "se daba por enterado del acto." Entiende que para que haya notificación espontánea válida, es necesaria una expresa manifestación de voluntad del interesado en el sentido indicado; lo contrario implica sorprender la buena fe del administrado.

[284] Dice en este sentido el art. 45 del decreto 1.759/72, que "Cuando válidamente el acto no esté documentado por escrito, se admitirá la notificación verbal." Como es obvio, un acto que puede ser verbal no podría notificarse por escrito, o no tendría sentido hacerlo, si es que pudo válidamente utilizarse la forma verbal. Si el acto debía ser escrito y fue verbal, entonces no sólo será inválida la notificación, por este artículo, sino que también lo será el acto mismo, por transgresión al principio del art. 8° del decreto-ley.

Si bien la disposición comentada se refiere solamente a la notificación verbal de actos no escritos, pensamos que cabe admitir también la notificación por signos o señales, cuando el acto se manifieste de este modo: Es que, en tales casos, la forma de instrumentación es simultáneamente la forma de publicidad, y ambas se confunden en una sola, al igual que en los actos verbales.

En definitiva, entonces, la notificación escrita, como acto separado del acto mismo, sólo se aplica en los actos escritos; los actos verbales, por signos o señales, se notifican con su misma instrumentación, si ésta es apta para ponerlos en conocimiento del interesado.

En los casos *c)* y *d)*, que como decimos resultan de dudosa validez de notificación personal, se admite usualmente que, al igual que en todos los demás casos, si no transcribe el texto completo del acto la notificación es inválida.[285] Esta es la solución doctrinaria; nuestra práctica administrativa, en cambio, ha sido receptada en el decreto 1.759/72, que inadecuadamente, a nuestro juicio, admite la notificación de "la parte dispositiva" del acto, sin sus considerandos, cuando se trata de telegramas y edictos, exigiendo la transcripción integral del acto solamente en las cédulas y en la notificación por correo.[286]

Mientras que el acto administrativo (en sentido estricto) no notificado por impulso de la administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del particular interesado, no ocurre lo mismo con el reglamento. El reglamento no publicado no puede ser invocado por los particulares que tengan conocimiento de él, por cuanto ello violaría la igualdad ante la ley: Es necesario que el reglamento se aplique a la generalidad de los individuos que sus disposiciones contemplan, sin hacerse distinciones no establecidas en él.[287] Por excepción, si su aplicación a algunos sujetos no perjudica derechos de terceros puede pedirse su aplicación previa a la publicación.[288]

Por último, cabe señalar que la notificación de un acto administrativo supone necesariamente el otorgamiento implícito de la vista de las actuaciones en que dicho acto ha sido producido, y de los dictámenes, informes, etc., que han dado lugar al mismo, sea que éstos coincidan con la decisión o, por el contrario, sean contrarios a ella.[289] Cuando, en estos casos, los empleados administrativos de inferior jerarquía o información jurídica exigen la existencia de un acto *expreso* otorgando la vista de las actuaciones, lo que lamentablemente ocurre con alguna frecuencia, no hacen sino desconocer la garantía constitucional de la defensa del particular y la propia naturaleza y contenido del acto de notificación, del cual fluye el necesario conocimiento de su fundamentación, para permitir la demos-

[285] GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative*, París, 1960, p. 95. Comparar, menos terminante: "La notificación... presupone que se haga saber a la persona a quien haya de notificarse la substancia del acto que se le notifica," PTN, *Dictámenes*, 46: 200.

[286] "Las cédulas y oficios transcribirán íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva del acto objeto de notificación; los telegramas y edictos transcribirán íntegramente la parte dispositiva."

"En las cédulas y oficios se podrá reemplazar la transcripción agregando una copia íntegra autenticada de la resolución, dejándose constancia en el cuerpo de la cédula u oficio." (Art. 43, decreto 1.759/72.)

[287] Comp. distintos fundamentos en DE LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*

[288] Decreto-ley 19.549/72, art. 11°, *in fine*.

[289] Pues como dice acertadamente LOPES MEIRELLES, HELY, "A publicidade dos atos administrativos," en el libro *Assuntos Municipais*, Porto Alegre, 1965, p. 486, "no es el interés público que está amenazado por el juicio de los técnicos o de los juristas sobre la inconveniencia o la ilegalidad del acto pretendido por la administración. A la inversa, más lesión surgirá para la colectividad de la guarda sigilosa de esos pareceres, que de la divulgación y discusión pública de sus conclusiones."

tración y el juzgamiento de su legitimidad. Se transgrede también sin duda, la categórica norma del art. 38 del decreto 1.759/72.[290]

40. *Gráfico comparativo de los vicios de forma*

Tipo de forma	*Ubicación del vicio*	*Consecuencia jurídica*
A) *De instrumentación*	1) *Forma escrita*	
	a) Falta de fecha	Validez (a veces nulidad)
	b) Falta de lugar	Validez (a veces nulidad)
	c) Falta de expresión de quien dicta el acto	Nulidad o inexistencia
	d) Falta de motivación o motivación deficiente	Nulidad o anulabilidad
	e) Falta de firma	Inexistencia
	2) *Otras formas de instrumentación*	
	a) Forma verbal improcedente	Nulidad o inexistencia
	b) Signos no convencionales	Inexistencia
	c) Actos tácitos en actos escritos	Validez
	c') Otros actos tácitos	Inexistencia
	d) Silencio previsto legalmente	Validez
	d') Otros casos de silencio	Inexistencia
B) *De publicidad*	1) *Publicación* (reglamentos) 2) *Notificación* (acto administrativo)	Inejecutividad

[290] Decreto 1.759/72, art. 38: "La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.

"*El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas o Receptoría.*"

La bastardilla es nuestra. Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 4.1.

B) *Otros criterios relativos a la forma. Crítica*

41. *La forma y la expresión de la voluntad*

La voluntad administrativa, en tanto no se transmite al mundo externo en forma apta para su conocimiento por los interesados, no existe en estricto sentido jurídico; dicho de otra manera, la voluntad no se ha manifestado aún, aunque puede existir en ciernes o en preparación. Por eso es fácil confundir la expresión o manifestación de la voluntad, con el vehículo o medio por el cual se traduce o declara al mundo externo. En tal sentido, no son pocos los autores que hablan de requisitos de "forma" para referirse a lo que no son sino aspectos de la voluntad del acto.

Típico ejemplo de este criterio es afirmar que la existencia de "quórum" en las deliberaciones de un órgano colegiado es un requisito de "forma" del acto administrativo,[291] siendo que, si no hay quórum, no funciona siquiera el órgano legalmente previsto para hacer una manifestación de voluntad administrativa. En tales casos, si falta el órgano, y falta la manifestación de voluntad contemplada por la ley, no se puede decir que el vicio resultante sea un vicio de "forma."

Del mismo modo, si la ley exige que cierto acto sea aprobado o autorizado por un órgano determinado, no podría decirse que la falta de esa autorización o aprobación constituye un vicio de forma,[292] ya que lo que allí falta es la *voluntad* del órgano competente y no sólo su forma.

En igual sentido, no creemos que si se designa un funcionario —en los casos en que debe serlo por el Poder Ejecutivo— sin un *decreto,* se esté ante un vicio de forma.[293] En efecto, cabe destacar que puesto que la forma tiene por objeto constatar o manifestar al mundo la existencia de la voluntad estatal, su total ausencia va también acompañada de la total ausencia de la voluntad, porque su existencia no ha sido documentada, y por lo tanto se tiene por no producida. En otros términos, la falta de forma de documentación implicará en muchos casos falta de voluntad administrativa.

No creemos por ello acertado considerar que cuando falta la forma de constatación y también la voluntad administrativa, el defecto del acto sea nada más que de forma. Cuando la voluntad administrativa no se expresa o exterioriza, ni por las vías generales previstas por la ley ni por otras, de manera tal que no se puede reconocer que hay una manifestación de voluntad de la administración, *el defecto no reside en la falta de forma —aunque en el hecho ella falta—, sino en la ausencia de voluntad administrativa.* Ello surge del criterio de lo accesorio y lo principal y es doctrina uniforme en derecho administrativo que ciertos vicios deben ser considerados como supletorios, en el análisis, de otros: Así como el vicio

[291] Bielsa, *op. cit.*, p. 59. *Op. cit.*, t. II, p. 308; Huber, *op. cit.*, p. 727.
[292] Bielsa, *op. cit.*, p. 59.
[293] Aunque se lo llame forma "esencial;" Bielsa, *op. cit.*, p. 55.

de desviación de poder o de arbitrariedad es analizado recién cuando se encuentra que el acto no tiene un vicio en el objeto, así también no cabe hablar de vicio de forma si ni siquiera se ha comprobado que existe la voluntad administrativa. Hacemos así una primera limitación al concepto de forma.

42. *Crítica de la distinción entre formas "ad substantiam" y "ad probationem"*

En cuanto a la distinción proveniente del derecho privado, en formas exigidas *ad substantiam* o *ad probationem*[294] (en el sentido de que unas no puedan ser salvadas, y las otras sí), parte de la doctrina rechaza esta distinción en el derecho administrativo, con el alcance de sostener que *todas las formas prescritas por la ley son sustanciales;*[295] o sea, que su omisión o defecto vicia de nulidad al acto en mayor o menor grado según las circunstancias.[296] Nosotros no consideramos, tampoco, que deba incorporarse al derecho administrativo la distinción entre formas *ad substantiam* y *ad probationem,* pero no pensamos, como estos últimos autores, que todas las formas puedan considerarse "sustanciales,"[297] pues ello comporta un excesivo rigorismo de las formas, al sancionar con la ilegitimidad toda violación de requisitos formales.[298]

Pensamos, por el contrario, que las formas del acto administrativo nunca son "sustanciales," en el sentido civil de "*ad substantiam*," sino que responden a una idea distinta: Documentar (no necesariamente probar) el acto, y darlo a conocer. La sustancia del acto no puede coherentemente llamarse formal, ni la forma ser "sustancial," pues se trata de términos antinómicos: La *sustancia* del acto, si acaso, está constituida por la propia voluntad administrativa con un contenido determinado; la *forma* del acto nada tiene que ver con su sustancia, y no puede por ello denominársela "sustancial" sin incurrir en arbitrariedad terminológica.

Nos apartamos así de la distinción entre formas "esenciales" y "no esenciales," o "esenciales," "sustanciales," e "integrales." Sin entrar a criticar cómo puede distinguirse lo "esencial" de lo "sustancial" siendo que ambos términos significan lo mismo, y sin profundizar en la falta de precisión y nitidez de estas clasificaciones, hacemos notar con sentido más general que *forma* es lo opuesto a *materia*

[294] Una distinción más compleja, entre formas "esenciales," "sustanciales" e "integrales," hace entre nosotros BIELSA, *op. cit.*, p. 179. Ver, en sentido similar, DE VALLES, *op. cit.*, p. 179.

[295] ALESSI, *op. cit.*, p. 179.

[296] GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 462; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 315 y 316.

[297] Ni, claro está, todas *ad probationem*; lo que pensamos es que la distinción es errónea y que el criterio a emplearse debe ser totalmente distinto.

[298] Esta conclusión, en efecto, es la que se desprende de lo sostenido por ALESSI, *op. loc. cit.*, aunque sus seguidores quieran limitar sus consecuencias graduándolas de acuerdo a las circunstancias de cada caso: Pero esto último, justamente, demuestra que no puede darse una categoría conceptual que resuelva de antemano todos los problemas, y que permita tener una pauta absoluta y definitiva para juzgar todos los casos que se presenten. Si ello es así, como nosotros pensamos que lo es, entonces es inconveniente ensayar distinciones que en la práctica no llevan a ninguna parte, o elegir una de las distinciones propuestas con tan poco éxito por el derecho privado, pues con ello no hacemos sino arrastrar al derecho administrativo los problemas no resueltos del derecho privado.

o sustancia; la sustancia es el contenido, la forma es la cobertura, el recipiente. Por ello es ilógico pensar que pueda existir una "forma sustancial" o una "forma esencial;" la forma sólo puede ser formal o no es forma.

43. *Crítica de la distinción entre formas "esenciales" y "no esenciales"*

43.1. *El criterio doctrinario y legal*

Otros expositores han dividido también las formas en "esenciales" y "no esenciales," según que su omisión afecte o no la validez del acto.[299] Como se ve, hay extrema similitud entre esta distinción y la anterior, al punto de permitirse el lector dudar de si efectivamente se trata de cosas distintas; esta nueva distinción nos lleva, como se verá, al mismo problema anterior.

Un tratadista dice en este sentido que el acto administrativo es "*esencialmente formal*,"[300] observación que es criticada por otros, que entienden en cambio que si el ordenamiento jurídico exige determinada forma, se trataría de una "forma esencial." Dentro de esta amplia gama de posibilidades semánticas, el decreto-ley elige varias simultáneas: En el inc. *d)* del art. 7° se refiere a procedimientos "esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos;" y considera también "esencial" al dictamen letrado que debe preceder a todo acto que afecta derechos o intereses. En el art. 14, inc. *b),* sanciona con nulidad absoluta la violación "de las formas esenciales." Nada dice de la posible anulabilidad de un acto por violaciones de forma, y solamente se desprende de su art. 15 que el acto puede ser anulable si existe una inobservancia o irregularidad no tan grave, o "un vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales."

Resultaría de ello una inconsecuencia: El art. 7° no incluye entre los requisitos esenciales del acto administrativo a la forma, salvo las formas del procedimiento previo a la emanación del acto, y la motivación sí se la considera requisito de forma; el art. 15, por su parte, dispone que cuando no está violado un elemento esencial del acto, el acto puede ser anulable pero no nulo; en cambio, el art. 14, inc. *b)*, prevé la nulidad por violación "de las formas esenciales." Es decir, que entre los arts. 7°, 14 y 15 resultaría que hay vicios de forma "esenciales" que darían lugar a la nulidad del acto, y vicios de forma "no esenciales" que podrían dar lugar a la anulabilidad; creemos que no se desechará sistemáticamente la interpretación de que puede haber igualmente omisiones de forma intrascendentes (por ejemplo, la indicación del lugar y fecha del acto) que no afectan la validez del acto. Habría así formas "intrascendentes," formas "no esenciales" y "esenciales."

Todo esto sería interesante si tuviera algún sentido; pero ocurre que el decreto-ley no dice, ni ningún autor o grupo de autores lo contesta hasta ahora con con-

[299] CAETANO, *op. cit.*, pp. 247 y 248 y otros.

[300] SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458, aunque con buen criterio no hace una distinción entre forma "esencial" y "no esencial," y sólo habla de que los actos son "esencialmente formales." Pero ello sigue siendo un juego de palabras.

senso doctrinario y semántico, cuáles son las formas "esenciales" que den lugar a la nulidad, y cuáles las formas no esenciales, para distinguir a su vez cuáles formas no esenciales producen la *anulabilidad* y cuáles la *validez*.

No cometeremos nosotros el error de proponer algunos conceptos para llenar rótulos vacíos: Ocurre en este punto lo mismo que MAIRAL expresa en materia de apertura de la vía judicial:[301] Cada funcionario o juez, si interpreta que está ante una violación formal a la que considera cabe sancionar con la nulidad del acto, dirá entonces que se omitió una formalidad "esencial;" si, en cambio, entiende que la irregularidad no es de tanta importancia, diría que se trataba de una forma "no esencial." Y esto es así, por criterios empíricos de la jurisprudencia y no por una pretendida búsqueda doctrinaria de "esencias" inexistentes en la realidad e inútiles en la ciencia. Valga, pues, la pena repetir el criterio general aplicable, el único a nuestro modo de ver útil y válido al mismo tiempo: El funcionario o el juez deberá apreciar en cada caso concreto la importancia de la transgresión al ordenamiento jurídico, y aplicar la nulidad o anulabilidad del acto o mantener su validez, según la gravedad mayor, menor o ínfima que el vicio tenga en el caso. Ningún otro criterio nos parece dotado de validez o utilidad metodológica o científica.

Recaemos con ello en el punto inicial: Por eso ya dijimos anteriormente, y valga la redundancia, que "*la forma sólo puede ser formal, o no es forma*." Ello significa que las formas no pueden clasificarse apriorísticamente en esenciales y no esenciales, ni decirse que en un acto "formal" la forma es "esencial" o que hay actos de forma esencial o de esencia formal, pues todo ello es un pleonasmo; que las formas sólo son formas de mayor o menor importancia según el caso, pero formas al fin: Ni sustancias, ni esencias, sólo formas.

La forma es la manifestación externa del acto; es el signo que transmite una idea, y no puede confundírsela con la idea misma: Si al faltar la voluntad falta también la forma, es porque no hay sustancia o idea alguna a la cual constatar o documentar, esto es, dar forma; lo esencial al acto es la idea, la voluntad administrativa, y no porque ésta deba exteriorizarse de determinada manera se convierte la forma en esencia.

Si lo que el intérprete debe hacer es explicar en qué casos la transgresión de un vicio de forma da lugar a la ilegitimidad del acto (en mayor o menor grado) y en qué casos no afecta la validez del acto, mejor es decir que no hay criterio alguno, en el derecho positivo, para resolverlo de antemano.

En particular, querer encontrar un principio doctrinario o legal de que una forma *exigida expresamente* por el ordenamiento jurídico es por ello "esencial" y vicia el acto[302] es inexacto, pues ese principio no existe; querer sostener que una

[301] MAIRAL, *op. cit.*, p. 86.
[302] CAETANO, *op. cit.*, p. 248 y otros.

forma *no exigida* por el ordenamiento jurídico es "no esencial" y no vicia el acto, es igualmente inexacto.

43.2. *Casos de validez a pesar de violación de formas esenciales*

En efecto, existen casos en que una forma prescrita expresamente por el ordenamiento jurídico (que sería para esa doctrina "esencial"), no acarrea la nulidad o anulabilidad del acto en caso de transgresión: El requisito de la publicación del llamado a licitación pública, en caso de ser omitido, puede o no viciar al acto del llamado;[303] a su vez, si se omite la publicación en uno de los periódicos no oficiales exigidos por la norma, pero se cumple la publicación en el Boletín Oficial, la gravedad del vicio es menor aún;[304] si se publica el anuncio por menos días que los exigidos por la norma, ello puede no perjudicar su finalidad y no afectar entonces la validez del acto;[305] si en la publicación se omite expresar algún dato secundario, aunque exigido por una norma superior, esto no vicia en modo alguno el acto.[306] En todos estos casos, que pueden multiplicarse ilimitadamente,[307] se encuentra una infinita graduación en la importancia del vicio: El hecho de que éste resulte de la transgresión de una norma *expresa*, de ninguna manera ha obligado a los jueces o a los intérpretes a considerar forzosamente nulos los actos en cuestión. (Por haberse omitido una forma exigida por la norma, por tanto "esencial" en la terminología propuesta por los autores que criticamos.)

43.3. *Casos de nulidad por violación de formas no esenciales*

A la inversa, existen numerosos casos en los cuales a pesar de que ninguna norma expresa exija determinada formalidad, su omisión de todos modos vicia de nulidad el acto; ya decía Bielsa, con razón, que "aunque no haya forma expresa para nombrar funcionarios, el acto debe ser escrito... No bastaría la voluntad de los que nombran: Presidente de la Nación, o gobernador, y la del ministro respectivo, si se los expresaran solamente de viva voz,"[308] tampoco podría hacerse un *nombramiento* por carta particular, aunque en ella consta la firma del que refrenda.[309] En verdad, si bien se piensa, son pocas las normas que exigen formalidades determinadas, por ejemplo el carácter escrito del acto, lo que no impide que por la naturaleza del acto (por ejemplo, un acto que reconoce un derecho o declara un deber de un administrado) en muchos casos puede considerarse causal de nulidad la omisión de la forma escrita.[310]

[303] Boquera Oliver, José María, *La selección de contratistas*, Madrid, 1963, p. 61.
[304] Boquera Oliver, José María, *op. cit.*, p. 66.
[305] Boquera Oliver, José María, *op. cit.*, p. 69.
[306] Boquera Oliver, José María, *op. cit.*, p. 70.
[307] Por ejemplo, las distintas variantes de falta de notificación, notificación incompleta, etc.
[308] Bielsa, *op. cit.*, p. 57, texto y nota.
[309] Bielsa, *op. cit.*, p. 50, nota.
[310] PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149; 104: 4, etc.

El art. 8° del decreto-ley permite ratificar esta interpretación, pues dicha norma exige claramente que el acto se manifieste "expresamente," aunque ya vimos que puede haber actos tácitos (*supra* 9.3), en los cuales se estará violando el requisito de ser expreso, sin con ello incurrir a nuestro modo de ver en causal de nulidad alguna. Lo mismo ocurre con la exigencia de que el acto indique "el lugar y fecha en que se lo dicta;" por más que la norma diga "sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieran, podrá utilizarse una forma distinta," creemos obvio que la omisión de la indicación de la fecha no produce la nulidad del acto, como ya lo hemos explicado en el § 3; igualmente, la omisión de la expresión del lugar no produce la nulidad del acto. Que el acto deba ser firmado no produce, en caso de contravención, la nulidad del acto, sino su inexistencia, y así sucesivamente.

La experiencia es tan rica en pruebas de que este tipo de preconceptos legales jamás tiene utilización concreta en la realidad, que no parece necesario extenderse más para demostrar la ilogicidad y absurdidad, en sentido constitucional, del principio que así desechamos teórica y empíricamente.

Lo mismo ha ocurrido en el derecho austríaco, en que la ley de procedimiento administrativo exige precisamente que las decisiones "expresamente se denominen como tales,"[311] requisito que no se ha considerado vicie el acto en caso de omisión,[312] estimándose, por el contrario, que la falta de aclaración de cuál es el órgano emisor del acto y qué función ejerce, que no son exigidas por la ley, vician de nulidad el acto.[313] La misma posición encontramos en la doctrina alemana.[314]

Generalmente, pues, se aprecia en el caso la real importancia del vicio antes que su expresa o no previsión legal.

44. *Crítica de la distinción entre forma y formalidad*

Nos apartamos también de la distinción entre "forma" y "formalidad." Algunos autores dan la noción de que "formalidad" son las formas del procedimiento administrativo *previo* a la emisión del acto;[315] otros dicen que son los requisitos *posteriores* a la instrumentación del acto;[316] otros lo aplican a todo requisito que, debiendo observarse antes, durante o después de dictarse el acto administrativo, no tiene por objeto *documentar* la voluntad administrativa;[317] otros autores oscilan entre uno y otro concepto o incluso los aceptan simultáneamente, lo que desde luego es contradictorio; otros dicen que si bien la diferencia no existe en el

[311] Art. 58, inc. 1°.

[312] Winkler, *op. cit.*, p. 26; Hellbling, Ernst C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, pp. 334 y 335.

[313] Winkler, *op. cit.*, p. 27.

[314] Von Hippel, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

[315] Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, 1958, p. 141 y ss.

[316] Fiorini, *op. cit.*, t. I, p. 337.

[317] Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 458.

derecho positivo, la proponen de todos modos de manera "puramente dogmática" "para poner orden en esto."[318]

En verdad, el deseo de distinguir "forma" de "formalidad" no resulta sino en confusión conceptual; no basta con hallar o definir dos conceptos distintos, según se trate de formas o formalidades anteriores o posteriores, etc., sino que lo importante es dar conceptos y denominaciones que sirvan para explicar el derecho vigente y permitir resolver los casos que se planteen. A ninguna de estas finalidades sirve la distinción entre "forma" y "formalidad," que además carece del valor didáctico o metodológico, pues implica el esfuerzo innecesario de ubicar categorías diversas para cosas fundamentalmente similares.

Si la distinción entre forma y formalidad nos llevara a la consecuencia de que la inobservancia de una y otra produce diferentes efectos jurídicos sobre la validez del acto, sería útil; pero puesto que la nulidad o la anulabilidad del acto se produce indistintamente por la inobservancia de unas u otras, la distinción es infundada. Sólo es necesario tener presente que las formas o requisitos del procedimiento nada tienen que ver con la forma del acto. (O sea, la forma de la declaración... que produce efectos jurídicos... inmediatos.)

A nuestro modo de ver, entonces, las llamadas "formas" o "formalidades" *anteriores* al acto administrativo son parte del *procedimiento* administrativo, y en caso de haber sido transgredidas son vicios de procedimiento, o vicios en la preparación de la voluntad administrativa,[319] y no vicios de forma del acto administrativo. A su vez, todos los requisitos necesarios para la emanación del acto, los incluimos dentro de los requisitos de la voluntad, según ya explicamos, y dejamos entonces dentro del concepto de forma a los requisitos de documentación y publicidad del acto, sin hacer subdistinciones ni clasificaciones en función de su "esencialidad," "integralidad," "sustancialidad," etc., ni entre "forma," "formalidad," etc.

45. *Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo*

De cualquier manera que se use la distinción, ella no se ajusta al sistema positivo. Si se dice que las formalidades son concomitantes o posteriores al acto, pero no son estrictamente las formas de emanación de éste, entonces se tratará de distinguir qué "formas" del acto no son al mismo tiempo "formalidades concomitantes," lo que es imprescindible de resolver. En este caso pensamos que no hay ninguna diferencia entre forma y formalidad; y si se quiere decir que las formas son las más importantes,[320] entonces diremos que eso es lo mismo que querer distinguir formas "esenciales" o "no esenciales," lo que es un esfuerzo inútil según ya vimos.

[318] Bielsa, *op. cit.*, p. 57: "Desde luego, esta diferencia no la vemos en doctrina ni en jurisprudencia, por lo que nuestra opinión sería puramente dogmática. Pero aun siéndolo, ella puede servir para poner orden en esto." Como se ve, es muy difícil poder compartir este planteo.

[319] Así la garantía de la audiencia del interesado en el procedimiento administrativo; el concurso para una designación en la función pública; la licitación pública para un contrato de obra pública, etc.

[320] Bielsa, *op. cit.*, p. 57.

En realidad, fácil es advertir que quienes propugnan la distinción entre formas "esenciales" y "no esenciales" o entre "formas" y "formalidades" están refiriéndose o queriéndose referir realmente a formas "imprescindibles" y "prescindibles" o "importantes," "fundamentales," etc., y "no importantes," "secundarias," etc.; para extraer entonces la consecuencia de que la violación de las primeras es más importante o más grave que la de las segundas. Pero es confundir y complicar innecesariamente la cuestión. Basta al efecto con distinguir entre vicios de forma "muy graves," "graves" y "leves" para tener toda la gradación, en punto a importancia de las formas, que se desee. Y se advierte entonces, además, cómo no se justifica hacer una construcción especial acerca de los vicios de forma (suponiendo que existan formas especiales, "esenciales," etc.), puesto que todo ello se puede explicar fácilmente con los principios generales en materia de nulidades y vicios del acto administrativo.

Más sencillo y valedero, en tal caso, es advertir que las formas pueden tener mayor o menor trascendencia según los casos, sin esforzar al lector con la asimilación de supuestas categorías científicas diferenciadas.

Si, en otro criterio, se quiere decir que las formalidades son las anteriores a la emanación del acto, entonces diremos que tampoco el concepto se ajusta al derecho positivo, pues hay requisitos previos a la producción del acto, cuya omisión produce la nulidad de éste: Tal el caso del concurso para la designación de un funcionario, el dictamen de la Junta de Disciplina para un acto de cesantía o exoneración, la licitación pública para un contrato administrativo. Hablar de "formalidad" en estos casos es equivocado y conduce a error del intérprete: Si la consecuencia de su omisión es la nulidad del acto, al igual que las formas más "esenciales" que se quieran propugnar, entonces es mejor no denominarlas "formalidades," sino darles una denominación diversa. En este caso, puesto que se trata de cosas distintas (unas previas y otras concomitantes al acto), estamos de acuerdo en que se les den denominaciones diferentes: Pero en tal caso pensamos que deben ser nombres *claramente* diferentes, y no designaciones tan parecidas que no pueden sino dar lugar a equívocos. Por ello hablamos en un caso de *vicios del procedimiento administrativo* (que se traducen en *vicios de la preparación de la voluntad)* y en el otro de vicios de *forma* en la emanación de la voluntad, sin otra distinción que la que resulta de la mayor o menor importancia del vicio que en cada caso se cometa.

Capítulo X

EL PODER DE POLICÍA

Sumario

1. Poder o función 373
2. Atribución o servicio público 373
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal 374
4. Caracteres clásicos generales 376
5. Su crisis en el Estado actual 376
5.1. La tranquilidad pública 376
5.2. La confianza pública 377
5.3. La economía pública 377
5.4. La estética pública 377
5.5. El decoro público 377
5.6. La seguridad social 377
6. La promoción del bienestar social y el poder de policía 378
7. La crisis de la "noción" de poder de policía 380
8. Otros caracteres antiguos de la policía 381
9. Crisis 381
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica 382
11. La distinción entre policía y poder de policía. Crítica 384
12. El régimen jurídico de la policía. Crítica 385
13. Crisis del fundamento político en la noción de poder de policía 387
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción 388
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica 388
15.1. Facultades de la administración 388
15.2. Facultades del Congreso 392

Capítulo X

EL PODER DE POLICÍA

1. *Poder o función*

La noción de "policía" o "poder de policía" es una de las más empleadas en el derecho público, y al mismo tiempo una de las que más se presta a equívocos, por la disparidad de ideas que al respecto se sostienen y por el endeble fundamento que las sustentan.

Por de pronto, es de recordar que el aditamento de "Poder" es equivocado, por cuanto el poder estatal es uno solo, y ya se vio que la llamada división de tres "poderes" consiste, por un lado, en una división de "funciones." (Funciones legislativas, administrativa, jurisdiccional), y por el otro, en una separación de *órganos.* (Órganos legislativo, administrativo y jurisdiccional.)

En tal sentido, el "poder de policía" no sería en absoluto un órgano del Estado, sino, en cambio, una especie de *facultad* o más bien una parte de alguna de las funciones mencionadas.[1]

2. *Atribución o servicio público*

Así como no puede confundirse el poder de policía con un órgano del Estado, tampoco debe confundírselo con los servicios públicos que éste presta. No puede, en efecto, afirmarse que es "el conjunto de los servicios públicos," porque ello contradice abiertamente al afirmar luego que una especie de la policía (o sea, una especie de los servicios públicos) sea "policía del servicio público," pues habría allí un servicio público del servicio público... lo que carece de sentido.[2] Servicio público es en todo caso una *actividad;* poder de policía, una *facultad o atribución*, por lo que confundir una cosa con la otra supone tanto como confundir ley con potestad legislativa, acto administrativo con facultad administrativa, etc. El

[1] Contr. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1949-56, p. 99 y ss.

[2] Esto en contra de lo sostenido por Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 1 y ss.

servicio público podrá ser una de las manifestaciones del poder de policía, pero nunca será este mismo. En realidad y como veremos, ni una ni otra noción tiene sustento lógico-jurídico.

Pero también es criticable considerarlo como una atribución metajurídica, o implícita en el orden jurídico, que el Estado tiene a su disposición. Ello se vincula con toda una concepción del derecho administrativo que parte de la premisa de que tales "potestades" pueden existir.

Es así frecuente en el derecho administrativo encontrar autores que tratan de determinadas "potestades" que suponen apriorísticamente pertenecientes al Estado, antes o por encima de un orden jurídico positivo. A nuestro juicio, esto constituye un error de interpretación del sistema, nacido al amparo de prejuicios que otorgaban al Estado determinadas prerrogativas, propias del soberano o monarca, pero inconscientes con un régimen de Estado de Derecho, en el cual los únicos poderes que el Estado tiene son los que el orden jurídico le otorga en forma expresa o razonablemente implícita.

La presente sección tiene por finalidad analizar tres grandes temas del derecho administrativo, en los cuales el problema de las seudopotestades públicas se ha hipertrofiado, dando origen a "instituciones" con supuesta existencia propia. Trataremos, en cada caso, de demostrar que ello no es así, y que resulta falso razonar sobre la base de estas "instituciones" o "poderes," sin referir concretamente el punto *sub examine* al derecho positivo.

En el caso de la noción o atribución de policía, será necesario remontarnos a sus orígenes históricos, primero, para luego ver evolutivamente cómo sus supuestos caracteres han ido desapareciendo uno a uno a través del tiempo, hasta llegar a la nada en el presente.[3]

3. *Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de policía y en el Estado liberal*

Dentro de esta configuración existen numerosas concepciones divergentes, habiéndose planteado su crisis y su inexistencia como figura autónoma. Para comprender el porqué de estas diferencias, muchas veces sustanciales, y ubicar en su significado actual el problema, es de interés recordar el origen y la evolución de dicho concepto.

3.1. *Desde la edad antigua hasta el siglo XV*: "Policía" designaba el total de las actividades estatales; en la organización griega de la *polis* (ciudad-Estado), el término significaba actividad pública o estatal, y se mantuvo en esa significación a pesar de la desaparición de la *polis*.

[3] Para ubicar la evolución histórica del poder de policía dentro del marco general de la evolución del derecho administrativo, ver nuestro *Tratado*, *op. cit.*, t. 1, cap. II, n° 1 y 2.

3.2. *En el siglo XI* se separa del concepto de policía todo lo referente a las relaciones internacionales; sucesivas restricciones hacen que en el siglo XVIII estén excluidas del concepto también la justicia y las finanzas.[4] En ese momento "policía" designa el total de la actividad administrativa interna —con exclusión de las finanzas— y consiste en la facultad estatal de reglar todo lo que se encuentra en los límites del Estado, sin excepción alguna; es el poder jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que se crea conveniente. La policía no estaba, por lo tanto, limitada ni en punto a su objeto o finalidad ni en cuanto a los medios que podía emplear;[5] pero se advierte ya que es una función del Estado y concretamente una parte de la función ejecutiva.

3.3. En el siglo XVII Juan Esteban Pütter sostiene que la policía es la "suprema potestad que se ejerce para evitar los males futuros en el estado de la cosa pública interna" y que "la promoción del bien común no pertenece a la esfera de la policía."[6]

Esta formulación fue rápidamente aceptada en doctrina, legislación (particularmente en el Código Civil prusiano) y jurisprudencia; el Estado no debería ya intervenir doquiera con su poder de policía, sino solamente allí donde el buen orden de la comunidad estuviera en peligro. "El poder de policía que entró en vigor dentro de estos límites más estrechos siguió siendo ante todo, ciertamente, el antiguo; se mantuvo como poder de coaccionar y ordenar sin regulación ni límites. Pero se redujo el campo en que podía actuar."[7] De esta forma nació el concepto de que la esencia de la policía era la lucha contra los peligros realizada mediante el poder coaccionador. En esta etapa de la noción, el objeto de la policía está limitado y precisado; ilimitados son, sin embargo, todavía los medios que puede usar.[8]

Ese objeto, repetimos, es la lucha contra los peligros que amenazan el buen orden de la comunidad (o, según algunos autores, la seguridad, salubridad y moralidad públicas), eliminándose expresamente la promoción del bien común, las acciones positivas tendientes a mejorar lo existente, no simplemente a mantenerlo estático. Estas nuevas ideas contrarias al *polizeistaat* significaron la restricción de los fines del Estado y, por ende, del alcance del poder estatal, que se estrechaba ahora en esta nueva noción de policía. Esas ideas expresaban que el Estado sólo estaba llamado a asegurar la protección de la libertad y la seguridad, y que sólo para el cumplimiento de tales finalidades podría usar su poder

[4] Adamovich, Ludwig, *Oandbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed.; p. 102.

[5] Antoniolli, Walter, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 288 y ss.

[6] Difieren las versiones de esta cita: Comparar García Oviedo, Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 400, y Von Turegg, Kurt Egon, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 281.

[7] Antoniolli, *op. cit.*, p. 229.

[8] Antoniolli, *op. cit.*, p. 230.

coaccionador y ordenador. Las preocupaciones acerca de conseguir la felicidad y el bienestar de los ciudadanos debía dejárselas a ellos mismos; y si se le ocurriera ocuparse de ellas, que lo hiciera al menos sin el uso de la coacción.[9] Se trata, pues, en el concepto del Estado liberal, pero siempre, como se advierte, en una noción claramente preconstitucional.[10]

4. *Caracteres clásicos generales*

En esa vieja noción liberal se caracterizaba al poder de policía que competía al Estado, como *la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad públicas* contra los ataques y peligros que pudieran atacarla. Es típico de esta concepción:

4.1. Que sólo se justifica la limitación de los derechos de los individuos en estos tres casos (seguridad, salubridad, moralidad;)[11]

4.2. Que incluso estos tres casos legitiman la intervención estatal sólo en la medida en que ésta tenga por finalidad evitar *ataques* o daños a la comunidad; o sea, que la acción estatal debe ser tan sólo negativa: Establecer prohibiciones y restricciones, pero no obligaciones positivas a cargo de los ciudadanos o del Estado mismo.

Esta concepción era a su vez congruente con la idea liberal de cuál era la posición del individuo en sus relaciones con el Estado: También negativa, levantando vallas y frenos a su actividad para que no se extralimitara. (Recuérdese la diferenciación entre esta actitud negativa y positiva, que expusiéramos al hablar de Estado de Derecho y Estado de bienestar.)[12]

5. *Su crisis en el Estado actual*

Sin embargo, esa noción y conceptuación sobre qué era y qué alcances tenía el poder de policía del Estado, no se ha mantenido. Por de pronto, es evidente que los bienes jurídicos que el Estado protege a través de limitaciones y restricciones a los derechos individuales, lejos de restringirse a esos tres, se multiplican y es así que aparecen:

5.1. *La tranquilidad pública*, manifestada en la prohibición de hacer ruidos molestos (altavoces, bocinas, escapes de automotores, radios portátiles en los

[9] ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 229.

[10] Como la ha caracterizado CARRO, JOSÉ LUIS, "Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional," *REDA*, n° 29, 1981, pp. 287-305, donde se encontrarán más referencias históricas al respecto.

[11] En esta orientación la vieja jurisprudencia de la Corte Suprema, *Bonorino*, 1869, *Fallos*, 7: 150, en la que se declaró inconstitucional una ley provincial que prohibía las corridas de toros, porque ello no entraba dentro de la mencionada trilogía.

[12] Ver nuestro *Tratado*, t. 1, cap. III, n° 15 a 18.

medios de transporte, etc.), en la de molestar a los radioescuchas o telespectadores con avisos agresivos (gritos, etc.); de expender artículos en los medios de transporte; de entrar a los espectáculos públicos después que han comenzado, etc.

5.2. *La confianza pública* en el control de pesas y medidas, la prohibición de hacer envases engañosos (por ejemplo, frascos con protuberancias internas no visibles desde el exterior, que hacen parecer que tienen un contenido mayor a pesar de que consignen en su exterior su contenido exacto en *gramos;* cajas con dobleces internos, doble fondo, etc.), títulos engañosos (por ejemplo, una bebida que se titula "coñac" sin serlo, etc., casos en los cuales se obliga a suprimir el título o aclarar que es un simple "licor seco," etcétera) y todo tipo de fraude público. (Tales como la propaganda subliminal.)

5.3. *La economía pública* en la regulación de salarios, precios, monopolios, *holdings,* de sociedades anónimas en general; acaparamiento, agiotaje, etc.

5.4. *La estética pública* en casos tales como la obligación de edificar todos los edificios a una misma altura, o en un mismo estilo, o de un mismo color; o inversamente, prohibir la uniformidad arquitectónica o cromática; la prohibición de edificar a mayor o menor altura de una determinada; la creación de barrios "residenciales," etc.

5.5. *El decoro público* en cuanto a protección de las buenas costumbres sin que se haya afectado todavía la moralidad pública; la prohibición del boxeo femenino, de los malos tratos a los animales, de las corridas de toros, riñas de gallos, etc.; de establecer lugares de diversión o prostíbulos cerca de cementerios, de exponer con fin de lucro cadáveres de individuos prominentes o de delincuentes famosos; de exponer con fin de lucro y para curiosidad malsana a sujetos con alguna monstruosidad congénita.

5.6. *La seguridad social* a través de la obligación de asociarse a las cajas de jubilaciones, de contratar seguro de vida o de enfermedad, de someterse a revisaciones médicas periódicas, de agremiarse obligatoriamente en determinados casos, de adoptar seguros contra el desempleo, etc.

De todo lo expuesto resulta un claro abandono de la concepción liberal rígida, en que la intervención del Estado sólo se justificaba en casos limitados, y el pase a una considerable amplitud de los fines del Estado que pueden legitimar su acción.[13] Tan evidente es la ampliación de esos fines del Estado y, consecuentemente, de su poder de policía, que los autores modernos por lo general evitan ya referirse a aquella trilogía característica (seguridad, salubridad, moralidad) y prefieren en cambio utilizar nociones más amplias y genéricas. Dicen así que lo que el

[13] En esta orientación se encuentra la actual jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir del caso *Ercolano*, 136: 161, año 1922, en que se declaró constitucional la ley de alquileres de 1921; posteriormente se reiteró el principio con relación a la ley de moratoria hipotecaria, 172: 21, y muchos casos más. Un resumen de esa jurisprudencia se hizo en *Inchauspe*, 1944, *Fallos*, 199: 483.

poder de policía protege es el "orden público," el "bien común," el buen orden de la comunidad,[14] etc., comprendiendo entonces dentro de dichos términos todas las especies vistas: La "economía pública," la "seguridad social," la "confianza pública," el "bienestar social," etc.

De cualquier manera, aunque se pretendiera forzar los conceptos de seguridad, salubridad y moralidad, incluyendo en ellos por extensión —impropia, por cierto— la estética, la economía, etc., queda en pie el hecho de que se ha separado y aislado mentalmente un cierto fin estatal, pero sin haber caracterizado el modo de actuación ni los órganos que actúan, y sin haberse demostrado, según veremos más adelante, que a esos fines corresponda un régimen jurídico determinado, distinto del que corresponde al resto de la actividad estatal. El art. 14 de la Constitución permite a la ley establecer restricciones a los derechos individuales aunque no se trate de los fines de seguridad, salubridad y moralidad; a su vez, la administración *a)* no puede proteger por sí esos tres bienes mediante restricciones a los derechos individuales si la ley no la faculta para ello, y *b)* puede proteger otros bienes que los señalados, si la ley la autoriza. Con ello resulta que querer separar y aislar como objeto de la policía a la seguridad, salubridad y moralidad, es objetable no sólo por su demostrada insuficiencia, sino porque además carece por sí de relevancia jurídica y, al no destacar ni determinar ningún régimen jurídico especial, es totalmente infundado e inútil.

6. *La promoción del bienestar social y el poder de policía*

Pero no sólo se abandona aquella limitación en los fines que el Estado y su poder de policía pueden perseguir: Llega el momento de abandonar también la supuesta distinción entre la actividad estatal de "prevenir peligros y daños contra el bien común" —que sería la función policial— y "promover el bien común," que no sería parte de la acción del poder de policía y que incluso, en la concepción liberal clásica, no sería tampoco función del Estado.

Cuando se advierte modernamente que promover el bien común mediante acciones positivas es también una función estatal, llega entonces el momento de señalar que ambas actividades —prevención de daños y promoción del bienestar— son tan inseparables como para constituir dos caras de una misma moneda, a tal punto que parece realmente imposible hacer una cosa sin hacer al mismo tiempo la otra.

Señala MERKL, en este sentido, que el concepto de policía "...abarca lo opuesto a policía, es decir, los fines de política cultural de la administración, la llamada *asistencia*, y casi se identifica con toda la administración imperativa. De este

[14] BIELSA, RAFAEL, *Régimen jurídico de policía*, Buenos Aires, 1957; y la más minuciosa exposición de su *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1960, 3ª ed., p. 383 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1952, usan la primera expresión; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Poder de policía*, Buenos Aires, 1957, p. 100, la segunda, y GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 398, la tercera.

modo escapa el concepto a todo sentido racional."[15] En el mismo sentido la jurisprudencia estadounidense rechaza específicamente la distinción y considera que "está bien asentada la regla en que si las leyes de emergencia promueven el bienestar común constituyen un ejercicio válido del poder de policía,"[16] o sea, que el poder de policía se entiende destinado a *promover el bienestar común.*

El buen orden de la comunidad, el bienestar social, el orden público, etc., no son una cosa, algo inerme y estático, pues no se concibe una dimensión o equilibrio social que sea estático; no se pueden sacar o agregar trozos pudiendo dividirse entonces la tarea estatal de trozos, y evitar que sustraigan los que hay...; es una fuerza social, una tensión de conductas humanas. Esta fuerza social lucha también por sí sola contra los ataques que la afectan; sumarse a la lucha con un criterio intervencionista no puede sólo ser designado como "defensa" de esa fuerza, es también colaborar con ella, ayudarla, *promoverla.*

Si se afirma, en otro sentido, que el orden surge "automáticamente" en la sociedad cuando no hay perturbaciones o peligros, y que si existen perturbaciones no hay orden, *entonces también el eliminar los peligros y perturbaciones es necesariamente crear el orden.*

En realidad, si el orden no fuera sino ausencia de perturbaciones (así *tranquilidad* es ausencia de ruidos molestos, de luces molestas, de individuos molestos; *salubridad* es ausencia de enfermedades, dolores, contagios; *seguridad* es inexistencia de la posibilidad de que se produzcan daños, etc.), es ilógico considerar que prevenir o reprimir peligros no sea crear o promover el orden.

Promoción del bien común y prevención de peligros o perturbaciones que afecten al bien común no son, pues, términos disímiles ni mucho menos antitéticos: Ambos significan exactamente lo mismo; el carácter que se imputa al poder de policía no tiene, pues, sentido.

Ejemplos: Obligar a un miembro de la colectividad a aceptar la instalación de aguas corrientes y servicios cloacales es tanto *prevenir un daño* a la salubridad colectiva como *promover* la salubridad común. Cuando se obliga a un patrón a pagar determinado salario o indemnización se *promueve* el buen orden de la colectividad obrera, pero también se *previene* la perturbación que surgiría si esa colectividad tuviera salarios o indemnizaciones bajos. Al obligar a radiodifundir determinado porcentaje de música nacional, o exhibir determinado porcentaje de películas nacionales, o emplear determinado número de obreros nacionales, se promueve la música y cinematografía local, y el pleno empleo de los obreros nacionales; pero al mismo tiempo se previenen las perturbaciones al espíritu e idiosincrasia nacional derivadas de una excesiva influencia extranjera, y la desocupación de los obreros nacionales. Al obligarse a plantar árboles se promueve

[15] MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 327.

[16] Ver la colección *American Jurisprudence*, t. II, p. 980, donde se citan los casos *Home Building and Law Association v. Blaisdell,* 290 U.S., 398, y *Edgard A. Levy Leasing Co. v. Siegel*, 258, U.S., 242.

el asentamiento de los suelos y la oxigenación del aire, pero al mismo tiempo se previene la erosión excesiva del suelo y la falta de oxigenación adecuada. Cuando se prohíbe monopolizar, especular, agiotar, etc., se promueve el buen orden de la economía nacional al crear un ambiente favorable al desarrollo industrial y comercial; pero al mismo tiempo se reprimen los precios excesivos, etc., que pueden dañar a esa economía. Y así sucesivamente.

7. *La crisis de la "noción" de poder de policía*

De lo antedicho se desprende una doble conclusión: Por un lado, que los fines que el Estado puede perseguir con su poder de policía son amplios; no puede hoy día sostenerse que el Estado sólo puede establecer limitaciones a los derechos individuales para proteger nada más que la seguridad, salubridad y moralidad de la población, sino que todo objetivo de bienestar social está comprendido dentro de sus funciones y de sus fines. Pero, por otro lado, se advierte también que al ampliarse de ese modo, el poder de policía ha perdido las supuestas características con que en el pasado se lo quería conceptualizar.

No existe hoy en día una "noción" autónoma y suficiente de "poder de policía;" no existe porque esa función se ha distribuido ampliamente dentro de toda la actividad estatal. La coacción estatal actual o virtual aplicada por alguno de sus órganos sobre los particulares para la consecución de determinados objetivos de bien común u orden público, sigue siendo una realidad en el mundo jurídico, pero no lo es que haya *una parte* de esa coacción, *una parte* de esos órganos y *una parte* de esos objetos, que se encadenen entre sí diferenciándose del resto de la acción estatal e institucionalizándose en el mentado "poder de policía."

Adviértase muy especialmente que no afirmamos que el Estado o la administración carezca en absoluto de facultades para limitar los derechos individuales en pro del bien común, sino que decimos que esas facultades no pueden subsumirse en un concepto común que luego tenga vigencia jurídica autónoma y pueda a su vez fundamentar nuevas facultades y nuevas limitaciones. Por lo tanto, nuestro planteo tiende a demostrar que es errado fundar una limitación a un derecho individual tan sólo en ese concepto, pues él a su vez es inexacto: La limitación deberá, pues, fundarse concretamente en las disposiciones legales o constitucionales y demás principios jurídicos aplicables, pero no en esa "noción" de poder de policía.

La importancia del planteo surge fundamentalmente del hecho de que permanentemente una gran cantidad de limitaciones a los derechos individuales son justificadas por quienes las imponen, sustentándose en dicho concepto, cuando en realidad muchas de ellas son antijurídicas, y lo que ocurre es que se ha empleado la impropia noción de policía como aparente fundamentación de ellas.

Para demostrar más acabadamente este principio que enunciamos, en el sentido de que no existe actualmente una noción racional de poder de policía, puesto que

éste se ha confundido con el total del poder estatal, analizaremos ahora algunas otras notas conceptuales con que a veces se ha querido, en la doctrina tradicional y a través de distintos autores, caracterizar la supuesta institución.

8. *Otros caracteres antiguos de la policía*

Antiguamente el poder de policía se caracterizaba del siguiente modo:

8.1. Porque su objeto (seguridad, salubridad, moralidad; o buen orden, u orden público, etc.) era asegurado como bien jurídico de *derecho natural,* el que debía ser defendido y protegido contra las perturbaciones de los individuos aun a falta de legislación que lo estableciera positivamente como bien jurídico protegible; porque en ese objeto, pues, aun a falta de leyes se justificaba el uso de la coacción; pero también porque sólo allí se justificaba éste.[17]

8.2. Porque era de carácter esencialmente prohibitivo, en el sentido de que se manifestaba a través de prohibiciones y restricciones negativas a la actividad individual,[18] es decir, a través de obligaciones de *no hacer,* en lugar de *hacer.*

8.3. Porque era una función ejecutiva, es decir, una parte de la función administrativa.

8.4. Según algunos autores, porque el objeto mencionado consistía en la seguridad, salubridad y moralidad públicas; según otros autores, porque el objeto mencionado era el buen orden público o bien común.

8.5. Porque era una actividad de tipo preventivo-represivo, distinguiéndose con ello de la promoción del bien común o de aquello que fuera su objeto. Así, si el orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscite en su interior (Ortega y Gasset), la policía no buscaba obtener ese equilibrio o suscitarlo, sino mantener por la coacción el orden que ya existiera, defendiéndolo contra los ataques de que fuera objeto. La policía se limitaba a tutelar lo existente, sin tender a aumentarlo o promoverlo; actuaba sobre los efectos, no sobre las causas, de las perturbaciones al buen orden de la comunidad.

9. *Crisis*

Pues bien, ya hemos visto cómo los dos caracteres son inexactos y que el poder de policía protege todo el bienestar común, sin que quepa hacer distinciones de ninguna clase dentro de éste; que no es cierto que la policía sea una función únicamente preventiva y represiva, sin poder promover el bien común, pues ambas cosas son inseparables. Veamos ahora cómo los demás caracteres antiguos han desaparecido igualmente:

[17] Ver Antoniolli, *op. cit.*, p. 230.
[18] Peters, Hans, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 374.

9.1. La seguridad, salubridad, moralidad, etc., están aseguradas por el orden jurídico positivo al igual que otros muchos derechos; el derecho natural no tiene en este aspecto necesidad de ser aplicado, pues ha sido sustituido por el derecho positivo. Incluso los autores que todavía utilizan la noción, reconocen que el "orden público" y su protección mediante limitaciones a la libertad está comprendido en la Constitución; ello comienza ya a contradecir que sea necesario hablar de esta noción preconstitucional.[19]

9.2. El que la actividad policial sea solamente prohibitiva es una concepción sin curso actualmente: Las obligaciones de hacer instalaciones de seguridad contra accidentes, contra incendios, de primeros auxilios, etc.; la obligación de vacunarse, de poner silenciadores en los escapes de los vehículos, de construir cercos, de exponer al público listas de precios, de colocar en los comercios chapas con identificación del ramo y el propietario, de usar delantales, etc., son todas obligaciones policiales positivas y no meras prohibiciones. Luego también ha desaparecido esta característica de la policía.[20]

9.3. El que la policía sea una actividad reservada a la administración no es tampoco una realidad contemporánea. El legislador que integra comisiones parlamentarias de investigación, por ejemplo, y que allana locales, impone clausuras, decomisa artículos, etc., también actúa en función policial; lo mismo puede decirse de algunas actividades judiciales.

9.4. Por otra parte, no sólo la policía en cuanto función ejecutiva es ejercida por cualquiera de los tres poderes del Estado, sino que ella ya no es solamente ejecutiva: La facultad de dictar normas que rijan aquella actividad ejecutiva, también se llama ahora policía y así tenemos que toda la actividad legislativa sobre materias llamadas de policía, son "leyes de policía;" que los reglamentos, en iguales circunstancias, también son actividad policial.[21]

10. *Caracteres en la doctrina actual. Crítica*

En realidad, el cambio que se ha producido en este último aspecto es más profundo: En el Estado de policía es el mismo monarca, en su función ejecutiva, quien dicta las normas generales; en el Estado de Derecho, el dictado de las normas generales pasa a ser función primordialmente del Poder Legislativo, produciéndose entonces un traspaso de parte del "poder de policía" del ejecutivo al legislativo.

En consecuencia, al no ser ya el poder de policía una actividad reservada a la administración, sino distribuida en parte entre los tres poderes del Estado, se

[19] Lo decimos con referencia a BIELSA, *op. cit.*, t. IV, p. 4.

[20] Comp. ELGUERA, ALBERTO, *Policía municipal*, Buenos Aires, 1963, p. 2, quien trae ejemplos similares aunque acepta "en general" la caracterización que criticamos.

[21] Así ELGUERA, *op. cit.*, p. 10, "La policía no es solamente reglamentación de derechos, sino también vigilancia de su cumplimiento, ejecución coactiva de decisiones y aplicación de sanciones."

produce una nueva crisis en la concepción. Ya no se caracterizará a este poder como perteneciendo a *un órgano* determinado del Estado, sino que se dirá que pertenece en general a *todo el Estado*. Este es el estado actual de la mayoría de las doctrinas modernas: Así, por ejemplo, lo define GARRIDO FALLA[22] como "el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública;" WALINE[23] del siguiente modo: "En el lenguaje del derecho administrativo, el término "policía" no tiene el mismo sentido que en el lenguaje corriente: Es la limitación por una autoridad pública y en el interés público, de una actividad de los ciudadanos, sin dejar de subsistir ésta como una actividad privada; ella es solamente reglamentada. Ella sigue siendo libre en la medida en que no está restringida expresamente por las prescripciones de policía;" SERRA ROJAS: "La policía está constituida por un conjunto de facultades que tiene el poder público para vigilar y limitar la acción de los particulares, los cuales, dentro del concepto moderno de Estado, deben regular su actividad con los deberes y obligaciones que les impone la ley, y se funda en una finalidad de utilidad pública;"[24] FIORINI, como la "actividad estatal que tiende a regular el equilibrio necesario entre la existencia individual y el bien común cuando es perturbado,"[25] etc.

Pero estas definiciones demuestran justamente lo contrario de lo que pretenden, porque no destacan nota alguna que sea específica y característica de este supuesto poder de policía. Con los ejemplos precedentes creemos que es suficiente para advertir la total imprecisión de cualquiera de estas definiciones, que se quedan todas, inevitablemente, en la afirmación de que se trata de la *aplicación de la coacción estatal, actual o potencial, sobre los derechos individuales en pro del bien común; lo que por supuesto no la diferencia en nada del resto de la actividad estatal,* y no justifica en modo alguno la creación de una definición especial. En efecto, ¿qué de original y novedoso tiene el afirmar que el Estado limita los derechos individuales en pro del bienestar común? ¿Es acaso tal facultad no comprensible por sí sola, para que sea necesario intentar aislarla y darle un nombre que nada tiene que ver con su significación actual?

Y por lo demás, ¿nos sirve concretamente para explicar algún fenómeno que no se explique ya por sí mismo? A juicio nuestro, se trata de una "noción" que actualmente no sólo carece de significado propio, sino que, lo que es peor, carece de toda utilidad teórica o práctica. Adviértase que para saber si una determinada limitación que el Estado pretende imponer a un derecho es o no válida, no podremos invocar simplemente el "poder de policía" como si estuviéramos en los

[22] GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1952, p. 111, aunque señala que es una definición provisional.

[23] WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, p. 637.

[24] SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, México, 1959, p. 690.

[25] FIORINI, BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 100. Por su parte, HERRAIZ, HÉCTOR EDUARDO, *op. cit.*, pp. 7, 11 y 15, habla del "poder regulador de los derechos, ejercidos por el Estado."

tiempos del Estado absoluto: Debemos buscar el concreto fundamento *normativo de la restricción* y a él solo podremos encontrarlo en el juego de las normas constitucionales y legales de nuestro sistema. La noción de poder de policía, pues, es innecesaria, y además perjudicial porque da lugar a una serie de dificultades para su comprensión y aplicación, precisamente por su misma ambigüedad e indefinición. Pero sobre esto volveremos más adelante, luego de referirnos a otro de los intentos de establecer la noción.

11. *La distinción entre policía y poder de policía. Crítica*

VILLEGAS BASAVILBASO,[26] partiendo de una diferenciación hecha por BIELSA, ha intentado separar lo que el denominaba meramente "policía" de lo que constituiría estrictamente "poder de policía."

Sostiene dicho autor que "policía" es "una función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas, y de la economía pública en cuanto afecta directamente a la primera;" y en cuanto al "poder de policía," dice que es la "potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a este fin los derechos individuales, expresa o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental."

Las diferencias entre ambas nociones serían las siguientes:

a) La policía es una atribución de la administración, el poder de policía una facultad del Congreso.

b) El objeto de la policía está limitado a la tetralogía "seguridad, moralidad, salubridad, economía," mientras que el objeto del poder de policía es más amplio, comprendiendo todo el bienestar colectivo en general.

Sin embargo, bien se advierte que ello no resuelve nada, porque no es exacto que la llamada actividad administrativa de "policía," se limite exclusivamente a la seguridad, salubridad, moralidad y economía públicas, sin referirse en general al bienestar colectivo. Toda la legislación que el Congreso dicta sobre el bienestar general puede también estar en su ejecución y reglamentación a cargo de la administración; no puede en verdad afirmarse que la promoción de la *seguridad social*, por ejemplo, no esté también a cargo de la administración (cajas de jubilaciones, seguro de vida obligatorio, obras sociales, etc.) o que la tarea de embellecimiento de la ciudad (plazas, parques, jardines, arreglos, etc.), no esté a cargo de la administración y sí en cambio exclusivamente del Congreso. Todos los ejemplos señalados anteriormente para referirnos a la insuficiencia de la trilogía "seguridad, salubridad, moralidad" son aplicables aquí en toda su plenitud.

Por lo demás, la distinción tampoco agrega principio alguno al sistema constitucional y administrativo que no pudiéramos conocer sin necesidad de él. Que

[26] VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, p. 11 y ss., especialmente pp. 56-57, 76-78, 88 y 108.

la restricción de los derechos individuales está a cargo del Congreso y no de la administración ya lo deducimos del art. 14 de la Constitución en cuanto dice que los derechos están sometidos "a las *leyes*" que reglamentan su ejercicio. ¿Qué nos habrá de explicar entonces la noción de "poder de Policía"? Nada en absoluto; sólo contribuye a arrojar dudas y confusiones a través de la necesidad de conceptuarla y distinguirla de una figura cuya denominación similar no puede sino dar lugar a equívocos. Por lo demás, lo superfluo de la distinción entre "policía" y "poder de policía" se advierte hasta en que su propio autor los desarrolla *conjuntamente* en el tratamiento concreto de sus problemas.

12. *El régimen jurídico de la policía. Crítica*

12.1. Veremos ahora cómo la policía no tiene un régimen propio. Tradicionalmente se afirma que el poder de policía se caracterizaba por el siguiente régimen jurídico:

a) Implica libertad en la elección de medios para cumplir su fin;

b) Usa de la coacción para proteger el bien común;

c) Es eminentemente local;

d) Implica restricciones a las libertades individuales.

La primera afirmación es hoy totalmente inexacta; la segunda ni se aplica a todo el régimen "policial," ni es exclusiva de él; la tercera y la cuarta funcionan autónomamente, sin necesidad de referirlas a noción especial alguna. Veamos:

12.2. La primera característica del régimen jurídico ha desaparecido hace tiempo; el orden jurídico ha terminado con la libertad de elección de los medios de coacción, al determinar en qué casos los órganos estatales pueden intervenir como policía para la prevención de peligros, y los medios de que pueden servirse en tales ocasiones.[27] Las nuevas concepciones sobre "reserva de la ley" han hecho que en el Estado de Derecho la policía necesite una regulación o autorización legal para disminuir o interferir en la esfera de los individuos.[28] Ha dicho así la Corte Suprema de Justicia: "La configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del poder legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. (Art. 19 de la Constitución.) De ahí la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho. (Art.

[27] Antoniolli, *op. cit.*, p. 230.
[28] Peters, *op. cit.*, p. 374.

18.)"[29] Y no se habla aquí de ley "en sentido lato" (ley, reglamento, ordenanza), sino de la ley del Congreso.

12.3. La segunda característica —el uso de la coacción—está negada inicialmente por la aseveración de que la policía sea preventiva-represiva, pues al actuar en función preventiva, de vigilancia, la coacción no funciona, sino que amenaza.[30]

Esa coacción potencial no es, por otra parte, privativa de lo que se denomina policía, sino común a toda la actividad estatal; en cuanto a la coacción actual, tampoco es ella exclusiva a la actividad policial, pues se presenta también en la justicia penal, en el servicio militar obligatorio, en los remates judiciales, etc.; es así que "esta pretendida nota diferencial, la coacción no permite ninguna demarcación segura entre la policía y otras actividades del Estado, lo que no debe extrañar si se tiene presente la esencia del Estado como orden coactivo."[31]

En conclusión, que si bien la coacción puede presentarse en la policía, no sólo allí se presenta, ni se presenta tampoco en toda manifestación policial: No es, pues, elemento del régimen jurídico policial que sirva para caracterizarlo.

12.4. En cuanto a que es local, sabido es que la noción ha sido utilizada en los países de sistema federal en ocasión de determinar qué poderes pertenecían al gobierno federal y cuáles a los gobiernos locales, diciéndose entonces que el poder de policía por regla general pertenece a los gobiernos locales, y que excepcionalmente lo puede ejercer el gobierno federal en territorios locales cuando le ha sido expresamente conferido o es una consecuencia forzosa de otras facultades constitucionales. (Así la regulación del comercio, tránsito, etc., interprovinciales.)

Sin embargo, ello no es peculiar a la noción de policía: Simplemente, *todos los poderes no delegados son locales;* si entre los poderes delegados no figura la aplicación de la coacción administrativa o lo que fuere para prevenir y reprimir perturbaciones al buen orden de la moralidad, seguridad y salubridad públicas, entonces la misma es naturalmente local.

¿Necesitaría eso noción alguna especial para llegar al raciocinio del jurista? ¿Es tan difícil y problemático concebir el contenido del art. 104 de la Constitución como para necesitar la muletilla de una noción amorfa para poder explicarlo? Creemos sinceramente que no; la policía no puede encontrar justificación en la problemática interpretativa del art. 104 de la Constitución nacional.[32]

[29] CSJN, *Fallos*, 237: 654, 656, *Mouviel*, 1957; 191: 245.

[30] MERKL, *op. cit.*, p. 317.

[31] MERKL, *op. cit.*, p. 319. Para mayor desarrollo del punto, ver también MERKL, *op. loc. cit.*

[32] Si bien en el caso *Bonorino* la Corte Suprema dijo "que es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias esté a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos..." (7: 150, 152), ya en el fallo *Resoagli* deja traslucir que la imputación de la "policía" (en cuanto a seguridad, salubridad, moralidad) a los gobiernos locales es *una consecuencia, no fundamento,* de la distinción y separación de los poderes federales y locales... "...conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el art. 104; ... de este principio fundamental se deduce, que a ellas corresponde exclusi-

12.5. En cuanto a que implique restricciones a la libertad, es obvio que tales limitaciones sólo las establecen las leyes. (Arts. 14 y 28 de la Constitución.) El fundamento de tales limitaciones, al mismo tiempo, está en ese art. 14 de la Constitución, cuyo texto meridiano no admite duda alguna en cuanto a la posibilidad de reglamentar los derechos individuales; y ya la Corte Suprema ha dicho que reglamentar un derecho es limitarlo, hacerlo compatible con los derechos de los demás.[33]

No hay así necesidad ni conveniencia alguna en recurrir a la noción de policía para explicar este concepto constitucional: Si esa noción no hace falta aquí ni encuentra justificación en otra parte, no queda sino una actitud a tomar: Eliminarla.

13. *Crisis del fundamento político en la noción de poder de policía*

Además de las razones puramente jurídicas esgrimidas para demostrar la crisis de la noción de poder de policía, el caso merece algunas consideraciones políticas.

Todas las "nociones" modernas de "policía," quiten o agreguen parte de los elementos analizados, carecen fundamentalmente del gran valor político de las nociones antiguas, que por sí mismas servían de valla al poder omnímodo del Estado.

Antes, poder de policía era una esfera de libertad hallada por exclusión; hoy, poder de policía es una restricción a esa misma libertad enseñada por principio. Antes, era el individuo quien podía esgrimir la noción de poder de policía para sostener que el Estado no podía invadir sus derechos ni restringir sus actividades; ahora, es el Estado quien puede esgrimir la "noción" de poder de policía para afirmar que tiene derecho a restringir los derechos de los habitantes.

Así, resulta hoy en día que en lugar de que la noción sirva para proteger a los individuos, hay que proteger a los individuos contra la "noción," analizando y remarcando las "limitaciones al poder de policía," las "garantías individuales," etc. ¿No es un esfuerzo estéril el que cada autor se empeñe en aceptar una noción que no existe, para luego tratar de restringirla, cercarla, contenerla?

Fácil es advertir en cualquier obra sobre la materia, cómo el autor se encuentra con que ha creado o adoptado una institución que escapa de su control, ávida de expansión. El autor se dedica entonces tenazmente a encontrar "limitaciones al poder de policía," y enseñar cómo no puede violar las garantías constitucionales, cómo la Constitución es una protección nuestra que no existe en otros países, cómo la policía no puede desconocer la persona humana, cómo debe respetar la ley... La práctica demuestra que los intentos de los autores no son suficientes

vamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el art. 108 de la misma Constitución." (7: 373, 386.) Luego, la noción de policía es innecesaria para explicar el problema constitucional indicado.

[33] *Fallos*, 136: 161, 171.

para contener el poder de policía; éste holla la libertad y la dignidad humanas sin que los autores puedan hacer otra cosa que indignarse contra el gobierno.

Cuando de una noción ha podido decirse: "No hay poder, o ejercicio de poder que sea más propenso a lesionar derechos o garantías constitucionales. (Y legales a veces, por normas inferiores: Reglamentos, ordenanzas, etc.) que el de policía" (BIELSA), el juicio de disvalor que la misma debe merecer en los espíritus republicanos es unívoco y terminante.

14. *La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción*

Si la noción no tiene un fundamento jurídico positivo; si se presenta desprovista de caracteres jurídicos, desprovista de régimen jurídico específico, e innecesaria para explicar problema o cuestión alguna de derecho constitucional o derecho administrativo; si además carece de valor político propio y es todavía políticamente repudiable, ¿para qué mantenerla o reestructurarla? En lugar de establecer un principio general de *coacción y poder estatal* ("policía," "poder de policía") al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales que estructuran positivamente a su Estado como "Estado de Derecho,"[34] sentar la premisa opuesta, de que el principio general establecido son los *derechos individuales*, a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal.[35]

En conclusión, la "noción" de policía es peligrosa: Si algún argumento hubiera en derecho para sostenerla podría correrse el riesgo de hacerlo; pero si realmente no lo hay, debe evitarse que por comodidad, apego a lo ortodoxo, o desconfianza, se mantenga en vigor lo que ya ha sido, y puede volver a ser, sepultura de la libertad.

15. *Conclusiones. La purificación de la técnica científica*

15.1. *Facultades de la administración*

15.1.1. Acabamos de indicar que debe eliminarse del derecho administrativo la *noción de policía;* es necesario explicar ahora las consecuencias que ello ocasionará, y la solución que cabe dar a los problemas de técnica jurídica que se relacionan con esta cuestión.

La consecuencia central de suprimir tal noción es que *ningún caso de derecho administrativo, ninguna pregunta acerca de si en una situación determinada pudo la administración o el Congreso disponer algo, podrá ser solucionado en base a que allí se ejerció el "poder de policía."* Nuestro planteo es, pues, esencialmente

[34] Ampliar *supra*, cap. I.

[35] Un diferente enfoque metodológico dentro del mismo espíritu jurídico-político, en GARCÍA DE ENTERRÍA, "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario," *REDA*, n° 5, p. 203 y ss.

uno de técnica jurídica; y su elemental resultado es una purificación del derecho administrativo, al quitarle elementos antijurídicos que perturban el análisis científico dentro del mismo.

15.1.2. El primer caso a considerar en este aspecto de técnica jurídica es el de las facultades de la administración.

Aceptando como se hace hasta ahora la *noción de policía* se tienen en la práctica del derecho administrativo tres principios:

a) La administración puede actuar cuando una ley la autoriza, en forma reglada;

b) la administración puede actuar cuando una ley la autoriza, aunque le dé facultades discrecionales;

c) "la administración podría actuar, aunque una ley no la autorizara en forma expresa o razonablemente implícita, si ejerce el *poder de policía* que «en general» le corresponde por el orden jurídico."

15.1.3. Hemos demostrado que *la tercera hipótesis es falsa*: Que el orden jurídico no confiere a la administración ningún poder *de policía* genérico e indeterminado que la autorice a actuar en ausencia de ley; suprimimos por lo tanto esa tercera posibilidad, y decimos categóricamente que la administración sólo puede actuar avanzando sobre la esfera jurídica individual *cuando una ley la autoriza,* en forma reglada o discrecional, a hacerlo.

El lector advertirá al punto que esto es precisamente el principio de la *legalidad de la administración*, generalizado en todas las obras modernas sobre la materia, que expone como técnica jurídica del derecho administrativo el criterio de que *la administración no puede actuar sin una fundamentación legal*.[36]

La supresión de la *noción de poder de policía,* y por lo tanto de la posibilidad de que la administración actúe sin fundamentación legal, es, por consiguiente, una posición que encaja y se adecua perfectamente a los principios del Estado de derecho: Viene así a suprimirse una mancha más en el principio de la legalidad de la administración.

15.1.4. En este aspecto concreto (legalidad de la administración y su violación por parte del empleo de la *noción de policía*), los libros y fallos sobre derecho administrativo no exponen en realidad enunciados categóricamente contrarios a los que aquí damos: No se suele decir en ningún lado, claramente, que la policía implique posibilidad de actuar *sine legem*;[37] pero aunque no siempre se lo

[36] Hasta la teoría general del derecho ha recogido ya estos principios. Ver, por ejemplo, ESSER, JOSEF, *Einfühnrung in die Grundbegrife des rechtes und Staates*, Viena, 1949, p. 110.

[37] Entre los que sí opinan que la policía implica la posibilidad de restringir los derechos individuales aunque la ley o la Constitución no la autoricen, ver GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 148. Por supuesto, ese criterio no es válido en el derecho argentino. (Arts. 14 y 28 de la Constitución.) Con todo, es importante aclarar que no hace falta que la ley tenga "detalladas previsiones" para que la restricción sea admisible, basta que ella esté *razonablemente implícita* dentro de las facultades que

diga, la realidad es que así se lo admite. Cuando en un caso concreto la fundamentación normativa es deficiente, o no la hay, casi siempre es dable ver cómo se recurre accesoriamente a la *noción de poder de policía*, pretendiendo fundar allí lo que no se pudo apoyar en norma expresa alguna. Y las más de las veces el procedimiento se invierte: Se señala primero que allí se ejerce *poder de policía* —y que, por lo tanto, la actuación estatal es legítima— y se agrega luego, como complemento accidental, el que también hay una norma que con mayor o menor claridad dispone la posibilidad de restringir el derecho individual. Esto es un defecto de método y técnica científica que debe evitarse cuidadosamente, so pena de incurrir en frecuentes errores.

Eliminando la *noción* se quita al administrador la posibilidad de recurrir a principios metajurídicos para socorrer soluciones deficientemente apoyadas en el derecho positivo: Si no puede fundar lo que sostiene en las normas del orden jurídico, ninguna ayuda le podrá prestar ya la oficiosa "*noción de policía*;"[38] se obliga al juez a tener por infundada y antijurídica toda disposición administrativa que pretendiendo ejercer el *poder de policía* haya actuado sin la debida fundamentación legal.

Allí reside tal vez el valor fundamental de la eliminación que efectuamos: En evitar el empleo oculto de criterios políticos o sociológicos autoritarios para convalidar actuaciones administrativas al margen de la ley y en infracción a los derechos individuales.

15.1.5. No debe tampoco creerse que la supresión de la *noción de poder de policía* puede llevarnos a identificar lo que antes así se designaba, con "actividad discrecional de la administración," como la doctrina propone para el acto de gobierno.

En el caso del acto de gobierno hay ya normas que autorizan a la administración a actuar: Si se estima allí que no puede hacerse una construcción especial en base a las situaciones consideradas, quedarán siempre esas normas que autorizan a actuar, y podrá entonces subsumirse el caso dentro de las facultades discrecionales de la administración.[39]

En el caso del *poder de policía*, en cambio, no hay por hipótesis una norma que autorice a la administración a actuar: Si suprimimos la construcción especial, en consecuencia, podremos asimilar al grupo de las facultades discrecionales, *sólo aquellas partes de la policía que tengan una concreta fundamentación legal,* una norma jurídica determinada que les confiera en forma expresa o razonablemente implícita esa discrecionalidad que se sugiere.

la ley confiere a la administración. Al respecto ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, cap. X, p. 113 y ss., y nuestro *Tratado*, t. I, cap. IX, n° 6, 7, 7.1-7.5.

[38] Si remedáramos el empleo que a veces se ha hecho del término, diríamos que esto es un acto de *policía científica*: Eliminamos del derecho administrativo un elemento perturbador, que atenta contra el buen orden y progreso de la materia...; como se ve, para todo se puede emplear el vocablo.

[39] Para una crítica sistemática de la teoría ver *infra*, cap. XII: "Los actos de gobierno."

15.1.6. Haciendo un inventario hipotético de cuáles pueden ser las soluciones de fondo que habrá que modificar a raíz de la supresión de la *noción de policía,* habrá que señalar, pues, que *a)* algunas soluciones habrán sido fundadas erradamente en el *poder de policía,* pero tendrán también una fundamentación legal, por lo que se mantendrán en vigor; *b)* otras soluciones fundadas erradamente en el *poder de policía* carecerán de fundamentación legal, pero podrán tal vez sostenerse en virtud del estado de necesidad, o de alguna aplicación analógica; *c)* y finalmente, algunas soluciones erradamente fundadas en el *poder de policía* quedarán huérfanas de todo basamento jurídico al quitárseles ese de la policía; tales soluciones inevitablemente habrán de caer.

En consecuencia, la supresión de la *noción de policía* no implica necesariamente una transformación de todos los pilares y planteos del derecho administrativo: Ella llevará tan sólo a destruir un cierto número de soluciones o principios espurios y evitar en alguna medida que aparezcan otros de cuño similar.

15.1.7. De las mismas razones que acabamos de exponer, se desprende también que el que se suprima la *noción de policía* no implica que no exista, aquí y ahora, coacción estatal actual o virtual sobre los individuos para proteger ciertos postulados de bien común; no significa que la ley no pueda restringir los derechos individuales; no significa que la administración no pueda estar facultada para actuar en detrimento de los individuos; pero sí significa que en cada caso habrá de encontrarse una fundamentación en el orden jurídico positivo para que esa coacción y esa actuación sean jurídicas, pues no las sustenta el que se hable de *poder de policía.*[40]

El que hablemos de la eliminación de la *noción de policía* no significa, pues, que pretendamos ver en nuestra sociedad actual una repentina extinción del poder estatal o una anonadación de los órganos administrativos: Tan sólo calificamos jurídicamente la forma en que se lo aplicará a aquél, y los medios por los cuales actuarán éstos.

De allí se sigue, asimismo, que la supresión de la *noción de policía* es esencialmente un problema de técnica jurídica: No un planteo que implique una conmoción del régimen jurídico estatal.

[40] Y destaquémoslo una vez más: Lo que se suprime es la noción, no el poder estatal para restringir los derechos individuales: *Ese poder existe, pero no puede científicamente llamárselo "poder de policía,"* ni puede ser conceptualmente connotado en forma particular alguna, en lo que respecta a la restricción a los derechos individuales. Ello lleva luego a la conclusión de que ciertos casos —pero no todos— en que se emplea el poder estatal bajo la capa de "poder de policía" son en verdad intervenciones antijurídicas del Estado, lo que se advierte al desembozarlo suprimiendo nada más que *la noción* de poder de policía. Suprimiendo la noción (que por otra parte no existe con carácter racional), se advierte a renglón seguido que algunas de aquellas restricciones hechas por el poder estatal son ilegítimas, pues carecen de todo fundamento legal y sólo las cubría esa aparente noción.

15.2. *Facultades del Congreso*

15.2.1. De la premisa general de que "ninguna pregunta acerca de si en una situación determinada pudo la administración o el Congreso disponer algo, podrá ser solucionada en base a que allí se ejerció el *"poder de policía,"* surge ahora una importante consecuencia con respecto a las facultades del Congreso.

El Congreso está facultado por la Constitución Nacional para reglamentar los derechos individuales (art. 14), siempre que no los altere (art. 28), lo que no quita que los restrinja en alguna medida para hacerlos compatibles con los derechos de los demás. (*Fallos*, 136: 161, *cit.*)

Trátase ahora de saber cuándo la restricción impuesta por el Congreso en una ley a los derechos individuales es tan sustancial como para alterar el derecho de que se trate, y ser, por lo tanto, inconstitucional.

En el conocido caso *cine Callao* (1960), la Corte Suprema ha hecho, prácticamente, la siguiente argumentación: *a)* El *poder de policía* que le corresponde al Congreso puede entenderse en sentido amplio o restringido, *b)* la Corte Suprema se ha decidido por entenderlo en sentido amplio, *c)* por lo tanto, el Congreso tiene amplias facultades para restringir los derechos individuales, sin que por ello deba considerarse que los altera en el sentido del art. 28, *d)* además, y como correlato a esa *tesis amplia* del *poder de policía,* la Corte Suprema entiende también que debe autolimitar el contralor judicial en favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes.[41]

15.2.2. Demostrado ya que no existe una *noción de policía* —ni amplia ni restringida—, y que la Corte Suprema no ha podido en consecuencia decidirse por uno ni por otro concepto, cabe indicar que para interpretar si una ley es constitucional o no al reglamentar en un determinado caso un derecho individual, deberá analizarse si la misma interpreta razonablemente o no lo que dispone la Constitución; si "altera," en buen sentido común, el contenido del derecho de que se trata; si destruye el equilibrio constitucional previsto por nuestros constituyentes entre los poderes del Estado y los derechos de los individuos. Dicho de otra forma, debe el jurista limitarse pura y exclusivamente a los criterios interpretativos que racionalmente se desprenden de la Constitución.

Razonabilidad,[42] sentido común, equilibrio constitucional: Esos son los argumentos que deberán considerarse: *No será jurídico, sino arbitrario e infundado, querer demostrar la inconstitucionalidad de la ley en base a una pretendida noción de poder de policía.*

[41] Comp. Carrió, Genaro, "Nota sobre el caso de los números vivos," en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, nº 6, 1961, p. 49 y ss., 68 y ss.; Rébora, Juan Carlos, "Comentarios," en *Revista Argentina de Ciencia Política*, nº 2, 1960, p. 295 y ss.; Botet, Luis, "El comunismo de Estado y la jurisprudencia," *JA*, 1960-V, p. 402; Nerva, nota en *LL*, 100: 46.

[42] Al respecto, Linares, *op. cit.*, p. 135 y ss.

15.2.3. Es difícil, desde luego, decidir cuándo una ley altera un derecho subjetivo de los habitantes: Pero la dificultad de la decisión no puede dar lugar a una renuncia a tomarla, ni menos a sostener la idea no fundada de que sea facultad *amplia* del Congreso restringir los derechos de los habitantes.

Si el tribunal no encuentra argumentos en base a los cuales decir que la ley es inconstitucional, puede simplemente adoptar la regla de que en la duda deberá estarse a favor de la constitucionalidad de la ley; pero nunca, en igual situación, decir que el Congreso tiene amplios poderes para limitar los derechos de los individuos.

15.2.4. Prescindiendo ya de la *noción de policía,* es de advertir cómo el sentido de nuestra Constitución no es —en el aspecto que plantea el fallo— el indicado, sino el opuesto.

La Constitución establece una serie de derechos individuales de los habitantes, que entiende garantizar contra el Estado[43] y cuya existencia no subordina al dictado de leyes reglamentarias. Los derechos subjetivos de los habitantes existen y tienen vigencia tanto *a)* si se dicta una ley que los respeta, como *b)* si se dicta una ley que no los respeta —caso en el cual no se aplica la ley—, como *c)* si no se dicta ley alguna, caso en el cual rige directamente la norma constitucional.

En otros términos, la norma constitucional que contempla los derechos individuales frente al Estado, no remite la protección de los individuos al Estado, sino que la predetermina ella misma.

Ahora bien, ¿a quién corresponde determinar el significado último de la Constitución, comprendidos esos derechos subjetivos de los habitantes?

15.2.5. La importancia de la cuestión es obvia, pues en ella reside prácticamente el núcleo de toda la actitud del tribunal. Sí corresponde al Congreso determinar el significado último de la Constitución y los derechos allí conferidos a los habitantes entonces el tribunal no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, y es inútil que haga mención además a una noción de poder de policía. Sí, por el contrario, tal interpretación última corresponde al órgano judicial, no cabe entonces hacer cuestión de poderes amplios o restringidos del Congreso: Sus poderes estarán siempre bajo la Constitución según la interpretación en el caso del Poder Judicial.

Pues bien, creemos que no puede haber duda acerca de cuál es nuestro sistema constitucional. El art. 100 de la Constitución, cuando dice que corresponde al Poder Judicial el conocimiento y *decisión* de las causas que versen sobre *puntos regidos por la Constitución,* le atribuye claramente la facultad de decidir en cada caso el sentido y alcance de toda cláusula constitucional; lo que es más, al determinar en el art. 28 que los principios, derechos y garantías precedentes

[43] Confr. Alberdi, Juan Bautista, *Escritos póstumos*, Buenos Aires, 1899, t. X, p. 125; Maunz, Theodor, *Deustsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., p. 91; y lo expuesto con algún detalle en el cap. I.

no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, establece la supremacía del órgano judicial sobre el legislativo, ya que en el caso previsto por dicho artículo, la facultad de determinar cuándo una ley altera o no los derechos constitucionales, está en manos del órgano judicial. (Art. 100.)

15.2.5. Bien está que cuando la Constitución fija un principio demasiado amplio se sienta el tribunal inhibido de sacar de él consecuencias jurídicas (así: "moral," "justicia," "equidad," "democracia;")[44] pero ello no quita que cuando se trata de los concretos derechos individuales (libertad de comercio, de tránsito, de trabajo, etc.) deba el juez hacer su propia interpretación de qué es lo que dispone la Constitución en el caso y determinar a continuación si la interpretación que ha hecho el Parlamento se ajusta o no a la Constitución.

De otra forma se entra en una peligrosa pendiente: La de que ocasionales mayorías parlamentarias puedan trastocar la esencia del sistema constitucional, llevando en su momento la plena vigencia de los derechos a un total desconocimiento de los mismos. Precisamente los tribunales tienen la difícil tarea institucional de ser el contrapeso, el equilibrio estatal, el poder que va tal vez a la zaga de todos, pero que los contiene y los frena en sus impulsos no siempre bien meditados o madurados.

15.2.7. Y en cuanto al puro problema de técnica constitucional, repetimos, no pueden admitirse medias tintas: O el Poder Judicial tiene facultades para controlar la constitucionalidad de las leyes, o no las tiene. Si se trata del segundo caso, *entonces hay que crear ya mismo un tribunal que tenga por función específica el control de constitucionalidad de las normas estatales.*

Si se trata del primer caso, como *es nuestro sistema,* entonces es vicioso y erróneo que el tribunal se haga planteos acerca de si el Congreso tiene un amplio o restringido poder; pues el Congreso tiene tan sólo el poder que le da la Constitución, y ésta habrá de ser interpretada en los casos ocurrentes por el Poder Judicial.

Ello nos lleva incidentalmente a otra crítica: Nuestro tribunal viene diciendo desde su creación que no le compete hacer declaraciones generales acerca de la constitucionalidad de las leyes: Que sus fallos se limitan siempre al caso concreto.

¿A qué viene entonces ahora el que diga que el Congreso tiene en general amplios poderes para restringir los derechos de los individuos? Entendemos que si la Corte considera que no puede declarar genéricamente la inconstitucionalidad de la ley, tampoco puede declarar genéricamente su constitucionalidad, y menos aún en abstracto las facultades que tenga el Congreso para dictar leyes; el peligro de tales declaraciones, por otra parte, es evidente.

El deber de los tribunales es ir analizando, caso por caso,[45] si la ley de que se trata ha interpretado o no correctamente los principios constitucionales; en cada

[44] SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfunf von Gesetzen und Verordnungen*, Viena, 1951, p. 67.
[45] Confr., CARRIÓ, *op. cit.*, p. 73 y ss.

caso concreto, el tribunal deberá hacer su propia interpretación de la Constitución para decidir si la que ha hecho el Congreso es la válida; y, si el tribunal cree que hay argumentos concretos para decir que la ley es inválida —o aun, que no hay argumentos concretos para decir que es válida,—[46] entonces deberá declarar su inconstitucionalidad; si, a la inversa, no encuentra tales argumentos de invalidez *y cree en cambio que la ley encuentra apoyo en las disposiciones constitucionales, así deberá declararlo: Sin que sea jurídico ni aceptable que el tribunal diga nunca que a su criterio los demás poderes tienen amplias facultades, en su detrimento, para interpretar la Constitución.*

[46] Así, SPANNER, *op. cit.*, p. 65.

Capítulo XI

SERVICIOS PÚBLICOS

Sumario

1. Origen de la noción 399
2. Nociones tradicionales 399
3. El servicio público como organización 400
4. La finalidad del servicio público 400
5. Caracteres del servicio público 401
6. El régimen jurídico del servicio público 401
7. Elementos de la noción tradicional 402
8. La crisis del concepto de servicio público 403
9. La persona que presta el servicio 403
10. El objeto o finalidad del servicio 404
11. El régimen de derecho público 405
12. Reestructuración del régimen jurídico de los servicios públicos 407
12.1. Carácter autoritario del régimen jurídico tradicional 407
12.2. Interés público e interés individual 407
12.3. El interés público no es el interés de la administración pública ... 409
12.4. El interés público no es sólo la conveniencia material 409
12.5. El interés público en una sociedad socialista 410
13. El régimen jurídico actual no protege el interés público 411

Capítulo XI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. *Origen de la noción*

La noción de *servicio público* floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración, y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo[1] la relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia contencioso-administrativa, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, etc. Posteriormente la noción fue perdiendo importancia, y hoy en día se supone que sirve para fundamentar un régimen jurídico especial para regir la actividad que se resuelva denominar como tal.

La doctrina francesa moderna ha venido observando incongruencias y errores en el concepto, modificándolo frecuentemente en sucesivos esfuerzos por adecuarlo a una realidad que a su vez se empeña en contradecirlo; algunos autores consideran que debe ser eliminado. En la Argentina, *más que el concepto debe preocuparnos el régimen jurídico de nuestros servicios públicos,* por la indefensión del particular frente a servicios cumplidos defectuosamente o inclusive no prestados.

Pero antes de considerar la así llamada "crisis de la noción de servicio público" o los desaciertos de su régimen jurídico, debe analizarse el concepto tradicional y los principios que lo rigen.

2. *Nociones tradicionales*

Dejando de lado las nociones más antiguas, podemos recordar aquí la de HAURIOU "un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública,"[2] la de BIELSA "toda acción o prestación realizada por la administración pública activa,

[1] PISIER-KOUCHNER, EVELYNE, *Le service public dans la théorie de l'Etat de León Duguit*, París, 1972, p. 17 y ss.

[2] HAURIOU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1919, 9ª ed., p. 44.

directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía"[3] y la "*ad hoc*" creada por CORAIL para resumir las ideas tradicionales sobre el punto "una empresa creada por las autoridades públicas y dotada de medios exorbitantes al derecho común, en vista de dar satisfacción a una necesidad de interés general."[4]

El primer elemento que distingue a esta noción de las más antiguas es el criterio de que ni la actividad legislativa ni la actividad jurisdiccional se considera "servicio público" en sentido estricto; o sea, que sólo puede hablarse de "servicio público" dentro de la actividad administrativa. El segundo elemento es que no toda la actividad de la administración pública constituye servicio público, sino sólo una parte de ella.

Ahora bien, establecido que la actividad estatal sólo puede considerarse servicio público en ciertos casos de la actividad de los órganos *administrativos,* se aclara que no es necesario que la administración misma, mediante sus propios medios y personal, asuma la prestación del servicio público: El servicio público puede ser prestado tanto *directamente* por la propia administración, como *indirectamente* a través de un concesionario. "Público es el servicio... cuya gestión es asumida, ya por la administración directamente, ya por una persona o entidad por su encargo o con su colaboración."[5]

3. *El servicio público como organización*

El servicio público presupone usualmente una organización de *elementos y actividades* para un fin, una ordenación de medios materiales y personales, esto es, una *empresa* en sentido económico. La idea de organización es inseparable de la noción de servicio público, y por ello se observa a la segunda definición citada que el servicio público no es cada acción o prestación considerada en sí misma, sino en todo caso la *actividad* tomada como conjunto, consustanciada con la organización que efectúa tales acciones o prestaciones. El servicio público de las fuerzas de seguridad, por ejemplo, no es el hecho mismo de disolver una reunión turbulenta, sino la organización y actividad de seguridad en general.

4. *La finalidad del servicio público*

El objeto o finalidad de esta actividad es —siempre estando a la concepción tradicional— *satisfacer una necesidad pública* (colectiva, de interés público, etc.) Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las

[3] BIELSA. RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 463.

[4] CORAIL, JEAN-LOUIS, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, 1954, p. 1 y ss.; 21 y ss.

[5] GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 262.

necesidades individuales; no presupone necesariamente que *todos* los individuos de la sociedad deban tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene.[6]

5. *Caracteres del servicio público*[7]

En razón de que trata de satisfacer una necesidad pública, el servicio público debe estar dotado, se afirma entonces, de "medios exorbitantes al derecho común," es decir, de un régimen de derecho público que asegure la *generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad* del mismo.

El poder público se hace así presente a través de un régimen jurídico especial que subordina los intereses privados al interés público, fundamentalmente en razón de proteger la *continuidad* del servicio.

En efecto, de estos cuatro caracteres que hacen al *funcionamiento* del servicio público, el más importante es el de la continuidad, el cual no significa que la actividad sea *ininterrumpida,* sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente. La continuidad del servicio público reside, pues, en que se satisfaga *oportunamente* —sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate— la necesidad pública. En los servicios públicos de defensa nacional, electricidad, gas, aguas corrientes, etc., la continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio; en el servicio público de la enseñanza primaria, en cambio, la continuidad consiste en que la actividad se realice durante el año lectivo y se suspenda durante las vacaciones.

La *generalidad* significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio, y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente: La *igualdad* o *uniformidad*, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. *Regularidad* quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas.

6. *El régimen jurídico del servicio público*

La característica más específica del régimen jurídico especial de los servicios públicos es que los hombres que trabajan en él carecen del *derecho de huelga*, pues la huelga implica la suspensión del servicio y se considera precisamente que el Estado debe asegurar su *continuidad*.

La necesidad de asegurar el funcionamiento —y con ello la continuidad— del servicio, determina además que *a)* la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, *b)* que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie

[6] Bielsa, *op. cit.*, p. 467; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1951, p. 51 y ss.

[7] Sobre este punto y el siguiente ver, en general, Bielsa, *Derecho administrativo*, t. I, 1964, 6ª ed., p. 467 y ss.; Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1966, p. 61 y ss.; Diez, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1967, p. 206 y ss.; Altamira, Pedro Guillermo, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 447 y ss., 452 y ss.; Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 55 y ss., 65 y ss.

bienes útiles a su gestión, *c)* que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio —indemnizando, en el primer caso—, *d)* que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio, sean contratos administrativos, *e)* que se organice el poder de percibir tasas en contraprestación por el servicio, *f)* que el monto de las tasas esté sujeto a la autorización o aprobación del poder público, *g)* que en ciertos casos, la prestación sea obligatoria para los particulares, *h)* que, eventualmente, el servicio sea monopólico —esto es, que no se admita la libre competencia de los particulares para realizar la actividad del servicio público—, *i)* que toda cuestión vinculada al mismo corresponda —en doctrina al menos— a la jurisdicción contencioso-administrativa.

7. *Elementos de la noción tradicional*

Los tres elementos esenciales de la *noción tradicional de servicio público* son, según se aprecia, tres

1°) el fin que el servicio cumple,
2°) la persona que lo atiende,
3°) el régimen que lo regula.

El juego de estos tres elementos lo explican autores como García Oviedo[8] de la siguiente manera

7.1. No hay servicio público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; pero este criterio, aislado, sería insuficiente, por cuanto "múltiples son, en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado" pueden citarse las panaderías, y comercios de expendio de carne, leche, verduras, etc.

No es esencial que el servicio sea ofrecido al uso del público, pues en el caso de las fuerzas armadas, de las fortificaciones, etc., hay un servicio que no es utilizado directamente por los particulares; lo esencial sería sólo la satisfacción de la necesidad pública.

7.2. También sería insuficiente decir que servicio público es el prestado por la administración, pues ésta puede conceder el servicio; y además porque no todas las actividades de la administración son servicios públicos "Cuando el Estado explota un monte patrimonial o un teatro, o toma a su cargo y dirección una empresa industrial (la fábrica de porcelana de Sèvres del Estado francés), evidentemente no realiza servicio público."[9]

[8] García Oviedo, *op. cit.*, p. 260 y ss.
[9] García Oviedo, *op. loc. cit.*

7.3. El régimen jurídico especial, de derecho público, que tiende a asegurar la continuidad, uniformidad, regularidad y generalidad del servicio, completa, con los dos primeros datos, la noción tradicional ofrecida.

8. *La crisis del concepto de servicio público*

Dos elementos de esta noción —el de la persona que atiende el servicio y el del régimen que lo regula— están actualmente, al parecer de la doctrina francesa moderna, en crisis.[10] Esa crisis lleva a tales autores a proponer concepciones "existenciales" del servicio público o más francamente a abandonar totalmente el término y el concepto.

La crisis de la noción tradicional se hace presente en sus tres aspectos.

9. *La persona que presta el servicio*

En cuanto a *la persona que presta el servicio*, observa la doctrina actual que no es ya sólo la administración por sí misma o a través de concesionarios, como se sostenía en un principio, sino que también existen otras entidades encargadas de un servicio público. Surgen a veces asociaciones profesionales o corporativas (Colegios de Abogados, de Médicos, etc.; asociaciones gremiales; cámaras industriales y comerciales), cuya actividad está frecuentemente sometida a un régimen "exorbitante al derecho común," es decir, que tienen asignadas por ley atribuciones de poder público en ciertas cuestiones: Ingreso a la profesión, control de la matrícula, etc.; fenómeno éste bastante común en la Europa de hoy, y que en nuestro país comienza recién a aparecer. Se pensó y piensa en Francia que ello constituye una crisis de la noción de servicio público, pues habría allí un servicio público, prestado directamente por particulares, o al menos por órganos que no forman parte de la administración ni tienen un contrato de concesión con ella para realizar tal actividad.[11] Si un servicio público podía ser prestado no sólo directa o indirectamente por la administración, sino también por entes que nada tenían que ver con ella, era notorio que sólo se podía definir al servicio público por su objeto... nace así la "noción funcional" o "existencial" de servicio público.[12]

Ese aspecto de la "crisis" es parcialmente obviable, sin embargo, pues estas asociaciones profesionales, corporaciones de oficios, etc., no son personas enteramente

[10] Ver, entre otros, CORAIL, *op. loc. cit.*

[11] CORAIL, *op. cit.*, p. 131 y ss.

[12] Dicho en otras palabras, que puede haber servicios públicos "virtuales," en los cuales sin estar presente la actividad del Estado ni un acto expreso de concesión a un particular o a otra entidad no estatal, de todos modos se sostiene que la actividad es *materialmente* un servicio público, y por ello debe ser *jurídicamente* considerada como tal. Como dice MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 55, en esta orientación, "también pueden haber servicios públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o «comportamiento» de la administración pública, sino de su propia naturaleza o esencia." Entre los servicios públicos "virtuales" u "objetivos" enuncia farmacias, almacenes, proveedurías, lecherías, carnicerías, panaderías (p. 55), aunque esta extensión se halla limitada por el concepto teleológico. (P. 40, nota 43.)

ajenas al proceso administrativo, como se advierte. Dado que la administración no es sino un órgano del Estado, carente de personalidad jurídica propia, no es sólo a través de ella y mediante su intervención que puede hacerse una delegación de función administrativa. Dicho en otros términos, el contrato temporal de concesión no es la única forma en que el Estado puede delegar poderes de naturaleza pública en un ente determinado para que realice una parte de la función administrativa; también puede la ley directamente crear un ente y conferirle tales facultades sin limitación temporal prefijada. De esta manera, realizando una ampliación conceptual a la frase "directa o indirectamente realizada por la administración," se solucionaría este aspecto de la crisis.

En consecuencia, cabe afirmar que cuando la ley crea un ente, o autoriza la constitución de un ente, y le confiere el ejercicio de una parte de la función administrativa, tal función se ejerce precisamente en forma *indirecta,* es decir, por órganos distintos de los directamente encargados por la Constitución para realizarla. La ley puede fijar fundamentalmente dos tipos de entes; unos, en los que los directivos *son nombrados por el Estado* (entes autárquicos, empresas del Estado), y otros, en los que los directivos *son nombrados por los administrados* (asociaciones profesionales y gremiales, etc.) En esta interpretación, al decir entonces que el servicio público es una actividad realizada directa o indirectamente por la administración no se excluye del concepto a ninguno de los casos traídos a la luz por la doctrina francesa moderna.

Sin embargo, pareciera que no puede admitirse la noción virtual, funcional o existencial del servicio público, con el alcance de que pueda haber actividades que sean un servicio público *por su propia naturaleza*,[13] independientemente de un acto expreso de reconocimiento por parte del Estado, pues en esa hipótesis ya la noción ha perdido límites concretos y su ámbito de aplicación prácticamente puede abarcar a cualquier actividad humana, haya o no voluntad estatal de considerarla servicio público.

10. *El objeto o finalidad del servicio*

Se dice que el servicio público *tiene por objeto la satisfacción de una necesidad colectiva,* pero se aclara que es el legislador y no el juez quien aprecia cuándo hay en la sociedad una tal necesidad que deba ser atendida mediante el procedimiento del servicio público. Con este punto de partida, el fin del servicio público es un elemento contingente y que no sirve para caracterizarlo en un plano teórico estable. Este dato carece por ello de rigor dogmático, además de constituir de cualquier manera un elemento subjetivo y no un aspecto objetivamente apreciable.

[13] Sobre la naturaleza o esencia de las cosas en el mundo jurídico, ver el *Tratado*, t. 1, cap. I. Ver también allí lo referente a las definiciones y clasificaciones, donde tratamos algunos supuestos metodológicos que son aplicables a este capítulo.

Es evidente, por lo demás, que algunos servicios públicos *no atienden una verdadera necesidad pública,* sino que simplemente realizan actividades de utilidad pública; que otros servicios públicos persiguen específicamente una finalidad de contralor fiscal o de otro tipo, pero no satisfacer una necesidad pública. (Así el servicio de manufactura y venta de tabacos en Francia, o el monopolio estatal de los alcoholes en Costa Rica, tienen finalidades simplemente fiscales.)

11. *El régimen de derecho público*

Por fin, *el régimen de derecho público* no es un elemento que siempre se asocie a los anteriormente citados en la noción de servicio público.

11.1. No toda la actividad realizada directa o indirectamente por la administración con fines de satisfacer una necesidad pública se rige por el derecho público; así las empresas del Estado (Y.P.F., Gas del Estado), cuando actúan en libre competencia, se rigen en varios aspectos por el derecho privado (ver ley 14.380, art. 1°.)

Por su parte, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y las sociedades del Estado, tienen también un apreciable margen de actividad regido por el derecho privado. Si bien este fenómeno no se da en la administración central (*supra*, t. 1, cap. VI, n° 2-4) y no es necesariamente perdurable en este tipo de empresas descentralizadas (*supra*, t. 1, cap. XI, n° 4.2), de todos modos sí puede decirse que no toda la actividad que persiga objetivos como los señalados se rige por ello siempre por el derecho público.

11.2. Hay otras actividades que no son administrativas directa o indirectamente, y que, teniendo el fin de satisfacer una necesidad pública, se rigen por un régimen exorbitante al derecho privado (los llamados "servicios públicos impropios.")[14]

11.3. Hay, por último, actividades que no son realizadas directa ni indirectamente por la administración, que no tienen un fin de interés colectivo, y que a pesar de ello se rigen por el derecho público (régimen de sociedades holding, trusts, etc.)

Ello es así, pues estas actividades interesan o afectan al interés público, y por ello son objeto de regulación específica por el derecho público.

[14] Concepto algo híbrido con el cual se quiere designar a las actividades de ciertos particulares a quienes el Estado exige autorización, y reglamenta sus servicios con miras a asegurar la continuidad de los mismos y la certeza y uniformidad de las tarifas. (Coches de alquiler, farmacias, botes de alquiler, changadores, mozos de cordel, etc.)

La relación de servicios públicos impropios puede por lo demás extenderse a todas las actividades o empresas "reglamentadas" a que hicimos mención *supra*, cap. VI, n° 10.3.2, casos 12 y 13. En efecto, los bancos, compañías financieras, de seguros, sociedades de inversión, etc., tienen en general la misma especial regulación de derecho público que limita y controla sus actividades, sin que haya importado, y con razón, preocuparse de si correspondía denominarlos "servicios públicos impropios" o no.

11.4. *Conclusión. La supresión de la noción de servicio público.* Ello demuestra que los elementos *a)* actividad realizada directa o indirectamente por la administración, y *b)* con miras a satisfacer una necesidad colectiva, no conllevan necesariamente el tercer elemento: Régimen exorbitante al derecho privado; el régimen de derecho público se presenta en otros casos que los señalados por esos dos requisitos, y además no siempre se presenta cuando ellos aparecen.[15] De allí surge que la "satisfacción de una necesidad colectiva" no fundamenta ni condiciona el "régimen de derecho público." La conclusión es entonces obvia: No cabe sino suprimir una noción teórica que no tiene asidero en la realidad, que no sirve para explicar el derecho positivo, y que introduce más confusiones que clarificaciones dentro del pensamiento jurídico sistemático.

Dicho en otras palabras, la determinación de aplicar un régimen de derecho público a cierta actividad, estatal o no, es una decisión que no puede estipular libremente la doctrina, a partir de la afirmación que resuelva hacer en el sentido de llamarla "servicio público;" esa determinación viene dada por el orden jurídico, en la medida que efectivamente someta o no, en mayor o menor grado, alguna actividad humana al derecho público. Que algún escritor la llame "servicio público" *antes* de existir la regulación legal de derecho público, es equívoco, pues expresa sólo su opinión personal de que *convendría* que esa actividad fuere objeto de regulación por el derecho público. A su vez, que él llame "servicio público" a una actividad cualquiera, *después* que el derecho público la ha regulado, no sólo es ya intrascendente, sino que también es proclive a confusiones, pues muchos podrán creer, siguiendo esta tradición conceptual, que se rige por el derecho público porque "es" un servicio público,[16] olvidando que *se lo llama* convencionalmente servicio público *porque está regido por el derecho público.* Y si el jurista encuentra determinada actividad regida por el derecho privado, no puede llamarla servicio público sin inducir a equivocaciones, y no efectúa en tal caso una clasificación que sea jurídicamente relevante para explicar el sistema positivo.

En otras palabras, a lo sumo sería el régimen jurídico positivo el que podría justificar la denominación, pero no ésta la que determinará el derecho aplicable. Si, a su vez, el legislador ha aplicado el derecho público a actividades del Estado o de los particulares, con naturaleza y fines de los más diversos, entonces no tiene sentido lógico ni metodológico querer encontrar una institución allí donde no existe. Sería por supuesto útil y conveniente si hubiera un grupo de actividades homogéneas que tuvieran un mismo régimen y pudieran ser conceptuadas de igual manera: Pero no podemos forzar la realidad para inventar lo que en ella no existe.

[15] A punto tal que algunos admiten que pueda haber un servicio público bajo un régimen de derecho privado (ver los casos que reseña y critica, JÈZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-1, Buenos Aires, 1949, pp. 9 y 4), y otros que sostienen que no es necesario que haya un régimen especial de derecho público, sino que basta un encuadramiento general en él.

[16] Volviendo así a la pretendida *naturaleza* o *esencia* de las cosas, que ya criticamos en el *Tratado*, t. 1, cap. I, n° 6, nota y n° 5, nota.

En el mejor de los casos, la expresión "servicio público" ha cumplido históricamente una función axiológica, cuando en base a ella se sostuvo que tales o cuales actividades debían ser objeto de regulación por el derecho público; pero cuando esa función valorativa está superada, la expresión pierde toda connotación explicativa del derecho positivo de un país dado y pierde también, por su vaguedad indefinible, utilidad valorativa racional —sin perjuicio de que la tenga, para algunos, emocional.[17] Pero con ello salimos del campo de la ciencia jurídica, por más que sea una ciencia "en formación."

12. *Reestructuración del régimen jurídico de los servicios públicos*

12.1. *Carácter autoritario del régimen jurídico tradicional*

De un principio aplicado en Francia a fines del siglo pasado se ha creado en nuestro país en el presente, todo un régimen jurídico de características que, más que "exorbitantes al derecho común," son directamente estatistas y autoritarias. Pensándose en la supremacía del interés público sobre el interés privado, y en la necesidad de evitar que particulares carentes de sentido social trabaran continuamente la acción estatal de satisfacer las urgentes necesidades colectivas, se ha elaborado una serie de reglas que tienden a dar prerrogativas de derecho público al que presta el servicio, prerrogativas destinadas, como decimos, a permitirle la mejor satisfacción del interés público en cuestión.

12.2. *Interés público e interés individual*[18]

A ello señalamos primero el error de concebir al interés público o a la necesidad pública como entes abstractos, como una estela de bienestar que se esparce insensiblemente entre el pueblo; como una noción mágica que implica todo lo bueno y mejor y a la cual deben doblegarse las pretensiones jurídicas de los particulares. Clásica es en tal sentido la afirmación de FLEINER,[19] quien representa a la doctrina dominante con la formulación de que "el interés público debe anteponerse

[17] Por ejemplo, si alguien propusiera que deben "nacionalizarse los servicios públicos," no lograría ser entendido, y probablemente no tendría él mismo en claro a qué se refiere. Será necesario entonces precisar si postula la nacionalización de los bancos, o del seguro, o del transporte: O de los comercios de panaderías, verdulerías o lecherías; de la venta ambulante de golosinas, quioscos de cigarrillos, etc. Pues todas estas actividades, con su manifiesta diversidad económico-política y valorativa, son de todos modos "servicios" que se prestan "al público" y que, en la medida en que se sostenga que sirven al "interés público," bien puede ocurrir que alguien decida estipular llamarlos "servicios públicos" o incluso lo haya hecho ya.

[18] No analizamos aquí al "interés público" como parte del *concepto* de servicio público, pues ya señalamos que a juicio nuestro no lo integra, sino a efecto de demostrar de qué manera ese argumento ha sido también erróneamente empleado al estructurarse el *régimen jurídico pertinente*.

Sobre el tema, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades...*, *op. cit.*, p. 34 y ss., en cuanto se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados; SAINZ MORENO, "Reducción de la discrecionalidad: El interés público como concepto jurídico," *REDA*, n° 8, p. 63 y ss.

[19] FLEINER, FRITZ, "Einzelrecht und öffentliches Interesse," separata de las *Abhandlungen für Laband*, II, p. 1.

al derecho individual y al interés individual y no puede ser sacrificado a él bajo ninguna circunstancia," y de que "la noción de interés público es, sin embargo, vacilante y mutable." ¿En base a qué puede afirmarse tan categóricamente la inferioridad de los derechos individuales respecto de una noción que no se conoce enteramente ni se puede precisar?

Todo surge de un erróneo concepto de interés público. El interés público no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; *es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes* y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redunda en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Por supuesto, hablamos de una *mayoría* de individuos, "o de la totalidad de los miembros de la sociedad." Debe tratarse, también, de intereses coincidentes *lato sensu*, esto es, homogéneos.

Sólo hay interés público cuando de entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del mismo su *interés individual* el "interés público" en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia.[20]

Hay interés público en los servicios de transporte, correos, teléfonos, electricidad, porque en definitiva cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica y ese interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio.

Adviértase que no queremos sostener con esto que sólo hay servicio público cuando se atienden intereses *individuales* en forma *directa*, pues ello responde a una doctrina ya superada y no podría negarse la existencia de algunos servicios que no se traducen en *prestaciones individuales* a personas determinadas,[21] pero sí debemos advertir que cuando un servicio efectivamente se traduce en prestaciones individuales, entonces el destinatario de esa prestación es fuera de toda duda el objeto principal del servicio, y es a él que el régimen jurídico debe proteger.[22]

[20] En sentido similar WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht, I*, Munich y Berlín, 1971, 6ª ed., pp. 162-3.

[21] Sostenía DE VALLES, ARNALDO, "I servizi pubblici," en el *Trattato di diritto amministrativo*, dirigido por ORLANDO, V. E., vol. VI, primera parte, Milán, 1923, p. 426 y ss., que servicio público era el que perseguía como fin primario la satisfacción de intereses individuales, y como fin secundario los intereses públicos, lo cual es susceptible de ser criticado en primer lugar porque, según veremos, la satisfacción de los intereses individuales puede ser precisamente, al mismo tiempo, satisfacción del interés público, sin que pueda efectuarse distinción alguna entre ambos intereses.

[22] No creemos, en consecuencia, que pueda sostenerse que *siempre* el servicio público se dirige a la satisfacción de un interés público, y que sólo indirectamente o en forma refleja puede resultar en beneficio para un individuo (así, POTOTSCHNIG, *op. cit.*, pp. 163 y 164; BENVENUTI, FELICIANO, *Appunti di diritto amministrativo*, Padua, 1959, p. 42 y ss.), pues ello supone en última instancia una contradicción: El Estado se organiza para el bien de la comunidad y *también* de los individuos, y los servicios públicos, si están organizados del mismo modo en el interés de la colectividad, no pueden por su naturaleza estar *contrapuestos* como regla a los intereses individuales; podrán en algún caso estar en conflicto, sin duda, pero como principio general la satisfacción del interés público debe necesariamente significar la satisfacción de una mayoría de intereses individuales. (Conf. WOLFF,

12.3. *El interés público no es el interés de la administración pública*

Además, el interés público no es el interés de la administración pública.[23] Ello se ilustra con algunos ejemplos. El juego es decididamente contrario al interés público, y sin embargo, explotado por la administración (hipódromos, loterías, etc.) redunda claramente en beneficio de ésta; el poder detener a las personas, "demorarlas," e inclusive torturarlas a fin de obtener una confesión, coincide con el interés de las fuerzas de seguridad de aprehender a los posibles delincuentes, pero colide con el interés público de que haya un cierto grado de respeto a la persona humana; si una empresa ofrece prestar ingentes capitales al Estado a cambio de una concesión de servicios públicos, el interés de la administración es favorable al pacto, por cuanto obtiene capitales baratos y hace prestar el servicio; mas el interés público es que el servicio público sea prestado por quien tiene más aptitud para hacerlo con eficiencia, no por quien está en condiciones de hacerle algún favor a la administración.

12.4. *El interés público no es sólo conveniencia material*

El tercer error de la concepción tradicional de "interés público" lo señala RADBRUCH, y es fundamental; se concibe al interés público tan sólo como una conveniencia material o económica; nada más. Y ello comporta un error humano decisivo. El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores "seguridad" y "conveniencia," sino también y primordialmente, el valor "justicia;"[24] pues bien *"En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha,» sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia."*[25]

Por ello, un "interés público-conveniencia" que para beneficiar materialmente a la colectividad destruye el legítimo derecho de un individuo, *es contrario al "interés público-justicia,"* es, por tanto, un *falso interés público.*

Debe tenerse siempre presente que constituye una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de los individuos; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad, se destruye también, al mismo

op. cit., p. 163.) Sostener otra cosa equivale a afirmar que un servicio que es perjudicial para la mayoría de los individuos, pueda, sin embargo, ser beneficioso para la colectividad, lo que carece de sentido o constituye, en todo caso, un pensamiento político autoritario.

[23] En este sentido señala WOLFF que no debe confundirse el *verdadero* interés público de la colectividad, con el aparente o *fáctico* interés de los organismos estatales: WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht, I.*, *op. cit.*, pp. 162 y 165.

[24] Sobre el problema jurídico de la justicia, ver GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, 1958.

[25] RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*, Buenos Aires, 1962, p. 36, traducción de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa.

El *interés público-conveniencia,* cuando es antepuesto erróneamente al *interés público-justicia,* lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso de la misma conveniencia material.

Destacamos, en consecuencia, que el interés público que debe protegerse y considerarse cuando se regula o analiza el funcionamiento de un servicio público, está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que "conviene" a la comunidad, en caso de ser "injusto," no es un auténtico "interés público."

12.5. *El interés público en una sociedad socialista*

Sería erróneo pensar que esta enfatización del interés público como interés de los usuarios —una mayoría homogénea de ellos— es un concepto de tipo "individualista" en exceso. La suma de intereses individuales homogéneos y congruentes, como objeto o fin del servicio público, es un concepto simplemente racional derivado de preguntarse para qué o para quiénes se organiza el servicio. En una sociedad con graves desigualdades sociales, por excepción, el servicio público puede, en definitiva, estar atendiendo preferentemente a sectores privilegiados de la sociedad pero allí es el servicio público mismo el que no sirve un fin público homogéneo. En sociedades con desigualdades sociales menores, puede ser la clase media la destinataria principal del servicio. Otras veces el destinatario del servicio es la clase popular principalmente (transporte público; servicios asistenciales; etcétera.) Algunos servicios, por fin, se prestan sin distinción de clases sociales (correos.) Lo que importa analizar, en definitiva, es si corresponde o no que se preste un determinado servicio a determinados sectores de la sociedad pero tomada esta decisión por el poder político del Estado, cabe concluir en que el objetivo que ese servicio debe satisfacer es una prestación eficiente y adecuada de la actividad en cuestión a las personas de que se trate. El concepto de interés público en el servicio público, configurado como interés de los destinatarios del mismo, no responde, pues, a un concepto predeterminado de clases o sociedad.

Por ello, dice TSIEN en el caso de la administración china, que ella es "de masa" "porque está concebida como un servicio que debe estar a la disposición de la población,"[26] y que *"Los usuarios de los servicios administrativos* son considerados como los más aptos para controlar la administración,"[27] con lo cual el concepto teleológico de para quién se organiza el servicio, en particular el usuario del mismo, sigue en vigencia con independencia del sistema social o político en el cual se inserta.

[26] TSIEN, TCHE-HAO, *op. cit.*, p. 36.
[27] TSIEN, TCHE-HAO, *op. cit.*, p. 31.

De todas maneras, si se quisiera distinguir entre los servicios prestados a la clase obrera o popular en general, y los servicios prestados a la clase media o alta, habría allí un nuevo argumento para no utilizar la noción supuestamente aglutinante de "servicio público," pues se estaría comprendiendo inevitablemente en una misma categoría similar a actividades que se postulan valorativamente como distintas.

13. *El régimen jurídico actual no protege el interés público*

El cuarto error de la doctrina tradicional se deriva de los anteriores, y constituye un error práctico.

En efecto, el régimen jurídico de los servicios públicos, al pretender asegurar el interés público dando grandes facultades jurídicas al que presta el servicio frente a los particulares, desemboca en la práctica en la imposibilidad de que quien recibe un mal servicio o no lo recibe, pueda atacar esa defección del prestador del servicio. Por ello, si el servicio llega a ser irregular, aquel régimen jurídico tiene por principal resultado que la mayoría de los usuarios deba resignarse a recibir un mal servicio, y que, en consecuencia, *la suma de los intereses individuales relacionados con el servicio sea precisamente la contraria de la que el régimen jurídico entiende asegurar.*

Así llegamos a que el régimen jurídico, en lugar de contemplar el interés público, *ataca el interés público;* pues en el caso concreto las circunstancias han llevado a que dicho interés público no está en que *un administrado* no pueda embarazar a la administración, sino en que la *mayoría de los administrados* esté en condiciones de quejarse eficientemente contra el servicio defectuoso, y lograr que el mismo sea mejorado.

Obsérvese que aquí no entra en juego el problema de si los servicios han de ser prestados directamente por el Estado o deben ser dados en concesión, o si hay que crear una cooperativa o una sociedad de economía mixta, o si se trata de una sociedad socialista o no socialista; cualquiera sea el tipo de persona que esté encargada de prestar el servicio, el principio se reproduce: Si hay una posibilidad seria de que el servicio no sea prestado eficientemente, corresponde, *en defensa del interés público* (que, repetimos, sería en el caso la suma de la mayoría de los intereses individuales de los usuarios del servicio), que se dé al administrado los medios jurídicos para compeler al ente que presta el servicio, a prestarlo como corresponde.

Allí está la gran desubicación y alejamiento de la realidad que padece el régimen jurídico actual —que es el tradicional— de los servicios públicos.

Es imprescindible, por ello, que se encare la reforma y reestructuración de ese régimen jurídico, valorando con criterio contemporáneo cuál es el verdadero interés público en juego, y no incurriendo nuevamente en el error de confundir el interés público con interés estatal o interés de la administración.

Capítulo XII

LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

Sumario

I. *Planteo general del problema* 415
1. Los diferentes conceptos de "gobierno" 415
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno 416
3. Gobierno y actos de gobierno 416
4. Carácter metajurídico de la teoría 417
5. Problemas a considerar 418

II. *Origen y evolución de la teoría* 419
6. Origen 419
7. La teoría del móvil político 420
8. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración 420
9. Insuficiencia de la distinción 422
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia 423

III. *El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)* 423
11. En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio 423
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos 425
12.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan 426
12.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él 428
12.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente 430
12.4. El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada de los hechos 431

12.5. Continuación. La revisión de las facultades discrecionales 433
12.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea "soberano en su esfera" 434
13. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad 435
14. Estructura infraconstitucional del Estado 436
15. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto 436

IV. *El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial* 438
16. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos 438
17. Qué es "revisión judicial" 438
18. Diferencia entre "revisión judicial," y "anulación judicial" del acto 440
19. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles judicialmente 441
20. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo 441
21. Aplicación de esos límites por el juez 442

V. *El acto de gobierno ante la política* 442
22. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política 442
23. El principio de la irrevisibilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público 443

VI. *Conclusión* 444
24. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos 444

Capítulo XII

LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

I. Planteo general del problema

1. *Los diferentes conceptos de "gobierno"*

La palabra "gobierno," en su acepción más pura, designa el conjunto de los tres poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo: Ese es el sentido en que nuestra Constitución emplea el término, al tratar en la segunda parte, titulo primero, del "Gobierno Federal;" sección primera, "Del Poder Legislativo;" sección segunda, "Del Poder Ejecutivo;" sección tercera, "Del Poder Judicial;" en igual sentido habla en el título segundo de los "Gobiernos de Provincia."

Sin embargo, no todos los países tienen la misma terminología constitucional. En Francia, por ejemplo, el art. 20 de la Constitución de la V República (1958), siguiendo la ya vieja tradición francesa al respecto, llama "Gobierno" al gabinete ministerial. Idéntico concepto encontramos en la Constitución alemana de 1949,[1] y en la Constitución austríaca.[2] En este concepto el *gobierno* es el conjunto de los *más altos órganos ejecutivos del Estado.*[3]

[1] Art. 62. Ver SARTORIUS, CARL, *Verfassungs und Verwaltungsgesetze*, t. I, Munich y Berlin, 1959, § 66, p. 19.

[2] Citada por ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 8.

[3] ANTONIOLLI, *op. loc. cit.* Es aproximadamente el concepto que impuso MERKL, ADOLF, *Allgemeines Vertivaltungsrecht*, Viena y Berlín, 1927, p. 57: "Gobierno es la suma de las funciones administrativas que están ubicadas en el radio de acción más alto, es decir, en los órganos administrativos que son independientes de los demás órganos administrativos," actualmente uniforme en la doctrina alemana y austríaca.

2. *Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno*

Los dos empleos señalados del vocablo, y particularmente el último, pertenecen a la teoría política,[4] y deben ser distinguidos de una tercera acepción del término, que pertenece específicamente al derecho administrativo.

Con este tercer empleo de la palabra, se designa a *ciertas actividades —y solamente a ellas— del Poder Ejecutivo.* Se trata de la *teoría de los "actos de gobierno,"* nacida en Francia con referencia a un cierto tipo o conjuntos de actos realizados por el Poder Ejecutivo (el "Gobierno" en el segundo sentido), y recogida nominalmente en nuestro país por obra de la jurisprudencia y de la doctrina.

En derecho administrativo, pues, el problema del llamado acto de gobierno debe entenderse sólo con referencia a ese conjunto de actos del Poder Ejecutivo.

3. *Gobierno y actos de gobierno*

Algunos autores relacionan al primer y tercer concepto buscando ubicar a *la teoría del acto de gobierno* dentro del concepto constitucional —en el derecho argentino— de Gobierno.[5]

Sin embargo, dado que no consideramos que sea correcta la *teoría del acto de gobierno,* según lo intentaremos demostrar, no nos parece útil ni necesario buscarle ubicación alguna dentro de otras nociones.

Por ello debe tenerse presente que si bien el "gobierno" es el total de los tres poderes del Estado, bajo el nombre de "actos de gobierno" se estudia una categoría de actos que son solamente del Poder Ejecutivo; a estos últimos nos vamos a referir aquí.

Por lo demás, ha de quedar en claro que la importancia del tema reside en la consecuencia que de la teoría se quiere desprender, a saber, su no justiciabilidad, la imposibilidad de atacarlos judicialmente, o la imposibilidad judicial de revisarlos, todo lo cual significa lo mismo. Por lo tanto, sea que se los llame *"actos de gobierno,"* al estilo francés, o "actos de Estado," en la usanza inglesa; *"cuestiones políticas"* o *"actos no justiciables,"* en el estilo de la jurisprudencia norteamericana y argentina; *"actos de autoridad"* o *"actos soberanos,"* como también se los llama en Alemania, además de "actos de gobierno;" *"actos institucionales"* y *"actos complementarios,"* como en el actual sistema brasileño, lo cierto es que el problema

[4] Ver NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª parte, t. II, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln, 1955, p. 14 y ss.

[5] BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1966, 6ª d., p. 701; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 518; quienes conjuntamente con SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 402, siguen a RANELLETTI, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed., p. 50. Estos autores dicen por ejemplo que un acto legislativo, en cuanto parte del gobierno en el sentido lato de la Constitución, es acto de gobierno; pero tal afirmación correcta en su formulación, poco o nada tiene que ver con la teoría en análisis, a menos que se la quiera fundar en la idea de soberanía, cosa que por supuesto no corresponde. Ver al respecto nuestro *Tratado*, t. 1, cap. II, n° 5-12, y cap. V, n° 2-5.

sigue siendo el mismo: La pretensión de que ciertos actos de la administración estén exentos de control judicial.[6]

Poco importa la denominación o caracterización que se les dé, si la consecuencia que se les asigna es la indicada; a la inversa, si se les quita esa particularidad de su pretendida irrevisibilidad jurisdiccional, entonces ninguna diferencia jurídica tendrán con los demás actos administrativos y no habrá, por tanto, razón para distinguirlos. Queda dicho entonces que toda vez que aquí nos refiramos a lo que llamamos actos de gobierno, estamos comprendiendo también cualquier otra denominación que se quiera utilizar para distinguir un grupo de actos de la administración de los cuales no habría revisión judicial.

4. *Carácter metajurídico de la teoría*

¿Qué es la teoría del acto de gobierno? Más que teoría, es por ahora y en Francia el *hecho* de que los tribunales (tanto judiciales como contencioso-administrativos) se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre ese número de actos que se designan con tal nombre. Si bien los tribunales fundan su decisión de no juzgar el acto en que el mismo es "acto de gobierno," la única característica de éstos es que no son juzgados por los tribunales... Se trata, como es evidente, de un círculo vicioso y de una jurisprudencia carente de toda fundamentación legal o constitucional;[7] en otras palabras, la decisión del juez de no entender en la cuestión no parte de principios jurídicos, sino de consideraciones políticas subjetivas: El juez considera que la importancia política del acto hace necesario que la administración goce de libertad frente a él, y por ello se inhibe de intervenir, olvidando con ello que tales consideraciones son esencialmente extrañas a la función de un tribunal de justicia.[8]

Como se advierte, el problema está planteado bajo la forma de una petición de principios: Primero se afirma que un grupo de actos del Poder Ejecutivo, a los que se denominará según los autores, "de gobierno," "políticos" o "institucionales," no son impugnables ante la justicia: Que son irrevisibles judicialmente, o "no justiciables," etc. El siguiente paso es tratar de encontrar un supuesto fundamento para esa afirmación apriorística: Entonces se dirá que tales actos no son justiciables porque tienen un alto fin político, porque hacen a las relaciones entre los poderes, porque afectan a razones de Estado, etc. El tercer paso de la argumentación será deducir de tal supuesto principio general cuáles son los

[6] En este mismo sentido, comparando la terminología inglesa, norteamericana, francesa y alemana, SCHNEIDER, HANS, *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Tübingen, 1951, pp. 78 y 79. Por eso mismo este autor habla de actos "libres de la justicia," comprendiendo allí todas las diversas denominaciones y categorías. Sobre el sistema brasileño, ver *infra*, n° 24, nota.

[7] WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 799.

[8] Desde luego, esto lo afirmamos con referencia a los países de sistema judicialista, y en particular el nuestro; pues en Francia el hecho de que el Consejo de Estado sea un tribunal administrativo justifica en parte su actitud.

actos que por su contenido político, institucional, etc., caen en tal categoría. La lista es siempre similar: Actos relativos a las relaciones internacionales,[9] actos relativos a la seguridad interior,[10] actos relativos a las relaciones entre los tres poderes del Estado.[11]

Pero el planteo es falso, porque no se ha demostrado *primero* cuál es la razón por la cual cierto tipo de actos no habrán de ser impugnables ante la justicia; se dice tan sólo que no son revisibles y luego se trata de hallar una justificación para esa irrevisibilidad.

Los argumentos que se esgrimen son usualmente meta-jurídicos, en cuanto invocan supuestas razones superiores de Estado, y no concretos fundamentos normativos que específicamente prueben que ciertos actos no son atacables ante la justicia. Se dice que sería "una anomalía," "un grave entorpecimiento de la marcha del Estado," "un conflicto de poderes," "una intromisión del Poder Judicial en asuntos exclusivos del Poder Ejecutivo," "una tiranía de los jueces," etcétera, sin comprender que ninguna de esas argumentaciones contesta ni resuelve el principal y fundamental problema de que *no existe fundamento jurídico serio en base al cual excluir la revisión por los jueces de toda una categoría de actos.*[12]

Bien al contrario, es esta teoría un refugio más de quienes preservan un cerco de inmunidades del poder en desmedro de un orden jurídico democrático.[13]

5. *Problemas a considerar*

Para poder determinar si esto es así, o sea, si hay o no fundamento jurídico para excluir de la revisión judicial a ciertos actos del Poder Ejecutivo, los cuales serán llamados con un nombre especial ("actos institucionales," "actos de gobierno," "actos políticos;" etc.), es necesario considerar diversos problemas:

5.1. En primer lugar, es conveniente explicar el origen y la evolución de la cuestión en Francia, pues ese panorama histórico es sumamente claro en cuanto al carácter meta-jurídico y fáctico de toda la teoría comentada;

5.2. En segundo lugar, debe hacerse un análisis constitucional para establecer si en el juego de las normas constitucionales es posible o no fundamentar que una categoría de actos sean irrevisibles jurídicamente;

[9] Así, la declaración de la guerra o la concertación de tratados internacionales, el mantenimiento o ruptura de las relaciones diplomáticas, etc.

[10] Declaración del estado de sitio, intervención federal a las provincias.

[11] Indulto, designación de magistrados, veto, apertura y clausura de las sesiones de las cámaras, envío de proyectos de ley, etc.

[12] Como dice Schneider, Hans, *op. cit.*, p. 79, en ningún país hay una "fundamentación dogmática precisa" de su irrevisibilidad.

[13] Ampliar en García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder...*, *op. cit.*, p. 50 y ss., 97 y ss.

5.3. En tercer lugar, corresponde establecer qué ocurre en la realidad jurisprudencial, o sea, si los jueces en la actualidad realmente entienden de la revisión de tales actos, o en cambio se abstienen de ejercer control judicial sobre ellos;

5.4. En cuarto lugar, debemos referirnos al problema de si tales actos son controlados únicamente para determinar su conformidad o disconformidad con la Constitución, o si en cambio también se analiza si se ajustan a la legislación general;

5.5. En quinto lugar, se impone una reflexión sobre la naturaleza política de la cuestión, en el sentido de si es políticamente sano que tales actos existan, si es políticamente correcto que los jueces intervengan o dejen de hacerlo, y si el criterio con el cual los tribunales juzgan lo que algunos autores llaman con estos nombres especiales, es fundamentalmente diferente del criterio con que juzgan los demás actos de la administración.

Queda dicho que el problema fundamental es siempre el mismo: Si ciertos actos son o no justiciables, revisibles judicialmente. No es solución decir que los "actos de gobierno" son revisibles judicialmente, por ejemplo, pero agregar a renglón seguido que existen otros actos, que no serán llamados actos de gobierno sino "actos institucionales," los cuales —éstos sí— no serán revisibles judicialmente. Obviamente, ello no es sino mudar de nombre al problema, que se mantiene en tal tesitura totalmente invariable. Lo que importa, entonces, no es cómo llamaremos a los actos irrevisibles, sino más bien si admitiremos o no que existen actos irrevisibles, cualquiera sea el nombre que se les quiere dar.

II. Origen y evolución de la teoría

6. *Origen*

Recuerda DUEZ que el Consejo de Estado francés, creación napoleónica, fue vivamente atacado por los liberales y ultraderechistas con el retorno de los Borbones al poder y, ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa, el tribunal decidió prudentemente disminuir por sí mismo sus atribuciones, a fin de sobrevivir.[14]

En cumplimiento de este propósito, primero giró a los tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia y después a otras cuestiones las consideró *"irrecevables,"* es decir, no revisibles y ni siquiera receptibles por su parte: La acción o recurso era directamente rechazada mediante la interposición por parte de la administración de algo que se designó como *"fin de non recevoir."*[15] Estas materias que el Consejo de Estado se negaba a considerar y que tampoco

[14] DUEZ, PAUL, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, p. 31.

[15] Algo así como una excepción perentoria de previo y especial pronunciamiento, a fin de que no reciba siquiera el recurso, y no se le dé más trámite.

enviaba a los tribunales judiciales, quedaban por tal causa huérfanas de todo control jurisdiccional, produciéndose así una denegación de justicia que con distintas variantes se prolonga hasta nuestros días;[16] éstos son los actos de gobierno.

7. *La teoría del móvil político*

Superada la primera dificultad, el Consejo de Estado francés empieza, poco a poco, a aumentar su control contencioso de la legalidad, introduciendo los recursos por desviación de poder y violación de la ley; "Pero para no comprometer el éxito de este desenvolvimiento, el Consejo de Estado se resigna a sacrificar algo para salvar el resto; al Gobierno, le concede todo un dominio en el cual, por política jurisprudencial, entiende no penetrar"[17]; este dominio es elástico y se rige en cuanto a sus límites por el criterio del mismo poder administrativo: Es acto no susceptible de revisión por el Consejo de Estado (acto de gobierno) todo acto que tiene un *móvil político.*

Así pudo DUFOUR definir, en la época, que "lo que hace al acto de gobierno, es el fin que se propone su autor. El acto que tiene por fin defender la sociedad tomada en sí misma, o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos interiores o exteriores, reconocidos u ocultos, presentes o futuros, he ahí el acto de gobierno..."[18] De esta manera, todo acto administrativo podía en principio transformarse en acto de gobierno, con el solo requisito de que tuviera un fin político; evidentemente, se trataba de una noción vaga y peligrosa, por prestarse notablemente a la arbitrariedad.

8. *La teoría objetiva: Distinción entre Gobierno y administración*

Al caer el régimen imperial y desarrollarse el espíritu de la legalidad, el acto de gobierno se presentaba como una pieza discordante en el derecho público francés.

La doctrina no pensó sin embargo en un comienzo, que el acto de gobierno fuera totalmente erróneo o condenable, sino que consideró que lo que estaba mal era que el mismo fuera fundamentado en el *fin político* del poder administrador. Se creyó que sólo era necesario suprimir ese criterio del *fin* o móvil *político* en cuanto medio de determinar qué actos escapaban al control jurisdiccional, y sustituirlo por otro más objetivo que restringiera el acto de gobierno a límites precisos y concediera de tal modo seguridad de protección tribunalicia a los demás casos.

Se intentó así determinar cuándo un acto era administrativo y cuándo de gobierno, fijando directivas *a priori* que señalaran una separación precisa, destinada a evitar toda posible transformación de un simple acto administrativo en acto de gobierno, como sucedía primeramente. Ese intento condujo a la distinción entre Gobierno y administración, distinción que, no obstante, es a su vez política, pues

[16] WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 195.
[17] DUEZ, *op. loc. cit.*
[18] Citado por DUEZ, *op. loc. cit.*

debe entroncarse con una diferenciación entre función gubernamental y función administrativa, considerando entonces a la primera como de mayor importancia política que la segunda; dominándola, y determinando la orientación general según la cual se cumplirá la última.[19] A pesar de ello constituye un avance sobre la doctrina del "móvil político," pues la distinción no la haría ya el mismo *poder administrador con su motivación subjetiva del acto,* sino la doctrina o la jurisprudencia, objetivamente.

LAFERRIÈRE considera que "administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, cuidar las relaciones de los ciudadanos con la administración central o local y de las diversas administraciones entre ellas. Gobernar, es proveer a las necesidades de la sociedad política toda entera, velar por la observación de su constitución, el funcionamiento de los grandes poderes públicos, las relaciones del Estado con las potencias extranjeras, la seguridad interior y exterior."[20] Para HAURIOU, gobernar es "solucionar los asuntos excepcionales y velar por los grandes intereses nacionales; administrar, es hacer los asuntos corrientes del público." Según TEISSIER, gobernar es exclusivamente... velar por el funcionamiento de los poderes públicos en las condiciones previstas por la Constitución y asegurar las relaciones del Estado con las potencias extranjeras. Administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con el Poder Público y las diversas administraciones entre ellas."[21]

9. *Insuficiencia de la distinción*

Pero ya BEQUET observó que estas definiciones distan mucho de ser claras o útiles: "la delimitación de las atribuciones de las dos autoridades, así hecha, es más aparente que real... ¿Qué es en efecto, en administración, asegurar la aplicación diaria de las leyes? ¿Qué es velar por las relaciones de los ciudadanos con la administración central? ¿Qué es, en Gobierno, proveer a la seguridad interior o exterior? Si el Gobierno, para proveer a la seguridad interior, suprime la ejecución de una ley; si para proveer a la seguridad exterior suspende las relaciones de los ciudadanos con la administración central, ¿realizará él un acto de administración o de gobierno?"[22]

Todos los ensayos de distinción, en efecto, han caído siempre en la misma vaguedad e imprecisión, que impide toda connotación útil; la diferenciación entre asuntos "comunes" y "trascendentes," efectuada entre otros por HAURIOU, es un buen ejemplo de ello.

[19] DUEZ, *op. cit.*, p. 32.

[20] LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, París, 1906, 2ª ed., p. 32.

[21] TEISSIER, GEORGES, *La responsabilité de la puissance publique,* París, 1906, p. 41.

[22] Citado por BRÉMOND, "Des actes de gouvernement," *Revue de Droit Public*, t. V, París, 1896, p. 23 y ss., 32.

10. *Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia*

La jurisprudencia francesa, que en 1872 abandonó la teoría del *móvil político* en cuanto fundamento del acto de gobierno, dijo entonces que "no son los motivos de la decisión de un funcionario los que imprimen a un acto su carácter esencial. Este carácter resulta de la naturaleza misma del acto, de su objeto"[23] —con lo cual originó la distinción conceptual indicada—; y no ha podido tener más éxito que la doctrina en precisar cuál es ese objeto del acto de gobierno, *no ha podido decir qué es "Gobierno" por oposición a "administración."*

En otros términos, desechado el criterio del *fin político* para fundar la irrevisibilidad de ese grupo de actos, y siendo insuficiente la distinción conceptual entre Gobierno y administración, la jurisprudencia comentada queda huérfana de toda fundamentación.

Esta comprobación, que no es nueva, no ha tenido por efecto producir el cambio de tal jurisprudencia, ésta se ha mantenido, desafiando toda lógica jurídica y refugiándose en el ámbito de lo político. Y ello ha obligado en Francia a llegar a la conclusión de que la irrevisibilidad de tales actos no es más que un hecho, como decíamos: El hecho de que los tribunales se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre un número determinado de actos que por tal causa se designan "de gobierno."

Se ha abandonado entonces la distinción entre Gobierno y administración como fundamento de una posible diferenciación en cuanto a régimen jurídico de los actos de órganos administrativos, pues es bien evidente, entre otras cosas, que la distinción es tan incierta y vaga que en la práctica no distingue nada.[24] Con carácter didáctico y general, solamente, se permite hoy la doctrina mencionar una posible diferencia entre "Gobierno" y "administración:" nadie pretende obtener de allí conclusiones dogmáticas, ni sustraer en base a ella alguna porción de la actividad del Poder Ejecutivo al debido control de la justicia, cuyo fundamento, si es que lo tiene, no es jurídico.

Ya lo dice, en efecto, BONNARD: "Actualmente, la categoría de los actos de gobierno es mantenida. Pero no se ensaya más dar una definición general. Se explica la inadmisibilidad del recurso por la necesidad, basada en razones de hecho, de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconveniente en dejar desarrollarse la cuestión."[25]

Es esta la posición que ya adelantó HAURIOU,[26] y parcialmente RIVET,[27] quienes introducen lo que DUEZ llama la "concepción empírica del acto de gobierno," y

[23] Así lo expresa el Comisario de Gobierno CHARDENET, en *Revue de Droit Public*, París, 1911, p. 674; DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

[24] BONNARD, ROGER, *Précis de droit public et administratif*, París, 1948, p. 127.

[25] BONNARD, *op. cit.*, p. 127.

[26] HAURIOU, MAURICE, *Précis élémentaire de droit administratif*, París, 1938, p. 262.

[27] Comisario de Gobierno RIVERT, en el fallo *Couiétas* (1923), en *Revue de Droit Public*, París, 1924, p. 86; DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

que consiste pura y simplemente en la exposición o detalle de los mismos;[28] acto de gobierno es "aquel que figura en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos."[29]

III. El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)

11. *En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio*

¿Puede admitirse *en el derecho argentino* una categoría de actos del Poder Ejecutivo que no sean susceptibles de revisión judicial?

El solo planteamiento de la cuestión conlleva su respuesta. Nuestro sistema constitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial al menos, en la cual ventilar sus reclamos: Es un aspecto del requisito de la defensa en juicio, establecido en el art. 18 de la Constitución, con el alcance de que *"es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos,"* cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia.[30]

Ese principio constitucional de tan clara formulación no es exceptuado en norma expresa constitucional alguna: A lo sumo se confieren ciertas facultades amplias al Poder Ejecutivo, *pero nunca se afirma en artículo alguno que el acto del Poder Ejecutivo en consideración está exento de revisión judicial.* En consecuencia, por un elemental principio de lógica jurídica, si la regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla debe interpretarse restrictivamente y, al menos, figurar *expresamente* contemplada en las normas que fueren del caso. No existiendo esa expresa excepción constitucional sino sólo vagas referencias a otras cuestiones, vanos son todos los esfuerzos mentales que quieran forzar un texto constitucional hacia el significado de que el mismo contenga en algún caso una excepción categórica al principio general.

Obsérvese que el principio general es claramente que debe haber "defensa en juicio de la persona y de los derechos;" una excepción, por ende, debe decir ex-

[28] DUEZ, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Elémentaire de droit administratif*, París, 1957, p. 229.

[29] HAURIOU, *op. loc. cit.* Esta es, a nuestro juicio, la opinión dominante en Francia. Existe, además, una posición que considera que el acto de gobierno es un falso problema, pues la irrevisibilidad del acto se explica, en los casos ofrecidos por la jurisprudencia, por el juego normal de las reglas de procedimiento contencioso-administrativo. Así VIRALLY, "L'introuvable acte de gouvernement," *Revue de Droit Public*, París, 1952, p. 317; VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, Paris, 1961, p. 207 y ss. Según se verá más adelante, hay en esto una confusión acerca de qué es "revisión judicial," ya que si por tal entendemos, como corresponde, la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia a fin de que declare el derecho en el caso concreto, la negativa del juez a declarar el derecho no es, en cuanto tal, justificada por las reglas del procedimiento judicial.

[30] De modo análogo, en España, donde la ley admitía a texto expreso la existencia de acta irrevisibles y judicialmente, si concluye en que ella ha de considerarse derogada a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, p. 486.

presamente que "respecto a tal facultad del Poder Ejecutivo, no es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos." Al decir que debe ser expresa, por lo tanto, señalamos que se requiere que el artículo concreto de que se trata hable de la misma cuestión acerca de la cual se requiere crear el apartamiento de la regla.

Si el problema debatido es "revisibilidad jurisdiccional," no es acertado sostener que la pretendida excepción esté hablando de fortísimas facultades del Poder Ejecutivo *pero no mencione para nada la revisión judicial*. Es el caso del art. 23 de la Constitución, que faculta al Poder Ejecutivo a adoptar diversas medidas durante el estado de sitio, tales como detener o trasladar a las personas, pero que en momento alguno expresa que tales medidas puedan estar exentas de revisión judicial; antes bien y por el contrario, la Constitución aclara explícitamente que no por ello puede el Poder Ejecutivo aplicar penas: Es claro, pues, que la atribución que se le otorgue no es la de ejercer funciones de los jueces, ni la de dictar actos que no sean atacables ante los jueces, pues esto último no sería otra cosa que lo primero; si el Poder Ejecutivo pudiera dictar actos no revisibles por un tribunal, ello equivaldría a que su acto tendría la misma fuerza normativa que una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que un juez no puede alterarla: Obviamente, ello es invadir atribuciones propias de los órganos judiciales.

Al no existir una tal excepción constitucional, corresponde así partir de la primera y terminante aseveración de que siempre debe haber oportunidad de ocurrir a una instancia judicial en procura de justicia, contra los actos del Poder Ejecutivo y demás órganos administrativos.[31]

Si se analiza bien la cuestión, se advertirá que la Constitución previene contra esto en dos partes, y de dos maneras opuestas en su dirección pero coincidentes en su contenido: En el art. 18 le dice al *individuo* que *su* garantía de la defensa judicial es inviolable; en el art. 95 le dice al *Poder Ejecutivo* que *él* no puede ejercer funciones judiciales. Los dos sujetos que se enfrentan en la relación planteada por el "acto de gobierno" están contemplados en la Constitución, que a ambos les dice lo mismo: A uno que siempre podrá ir a la justicia, al otro que nunca podrá ejercer funciones de la justicia. ¿Puede pedirse una construcción normativa más clara, en el sentido de que los actos del segundo nunca pueden dejar sin protección judicial al primero?

Pero por si todavía quedara alguna duda pertinaz, la Constitución toma el tercer órgano involucrado, el Poder Judicial y le dice: Que *él* tendrá jurisdicción

[31] Ver también, sobre el derecho de obtener protección jurisdiccional —entendiendo por tal la otorgada por jueces independientes y distintos de la administración—, REAL, ALBERTO RAMÓN, "El Estado de Derecho," en el libro de homenaje a COUTURE, EDUARDO J., Montevideo, 1957, p. 587 y ss., especialmente p. 601, y del mismo autor "La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas," en *La Justicia Uruguaya*, 1948, t. XVII, sec. 2 (doctrina), p. 47 y ss., 51.

en todas las causas en que la Nación sea parte, o que versen sobre puntos regidos por esta Constitución (art. 100); realmente, no es posible pedir mayor claridad en el sentido de que la Constitución quiere que el Poder Judicial intervenga en *todo* asunto en que la Nación sea parte o verse sobre la Constitución; que el individuo tenga *siempre* acceso al órgano judicial para defender su persona y sus derechos; que el Poder Ejecutivo *nunca* pueda actuar en sustitución del órgano judicial. Pretender, a pesar de ello, que de la Constitución pueda desprenderse fundamento alguno para tamaña teoría como la de la irrevisibilidad jurisdiccional, es realmente desconocer manifiestamente el texto constitucional. Y repitámoslo una vez más: Frente a estas normas expresas e inequívocas, de nada valen argumentos tales como los de que sería "una grave intromisión," "una anomalía," "una intervención del juez en materia política," etc., pues la Constitución en ninguna parte las enuncia, sino que se pronuncia claramente por la solución favorable al control judicial de toda y cualquier clase de actividad del Poder Ejecutivo.

12. *El principio de que debe haber una instancia judicial al menos*

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha entendido uniformemente que no es requisito constitucional que haya *más de una instancia judicial,* pero sí ha reiterado que debe haber *una al menos.*[32]

Si, entonces, entendiéramos que en algún caso determinado el Poder Ejecutivo estuviera facultado para dictar una decisión respecto de la cual *no hubiera ya revisión judicial,* estaríamos afirmando *que el Poder Ejecutivo es esa instancia judicial de que habla la Corte;* interpretación que choca contra la letra del art. 95 de la Constitución: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse al conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas."

Por lo demás, la misma Corte Suprema ha expuesto frecuentemente la regla de que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, en el sentido de que siempre debe existir contra las decisiones de órganos ejecutivos, "recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,"[33] y que a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente "con los derechos y garantías constitucionales."[34]

Ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia "que la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que, desde luego, no es lícito transgredir," entre las que figura ante todo la que obliga a que el pronunciamiento "emanado de órganos administrativos quede sujeto a *control judicial suficiente,* a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente

[32] CSJN, *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio, José (Suc.)*, 1960, *Fallos*, 247: 646.
[33] *Blas Freijomil*, 1943, *Fallos*, 195: 50.
[34] *Fernández Arias*, 1960, *Fallos*, 247: 646, cit.

discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. (*Fallos*, 244: 548.)"[35] Y ha agregado por vía de principio general: "Que una interpretación contraria no tendría cabida dentro del derecho argentino, en mérito a dos razones principales. Primeramente, porque el art. 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. (*Fallos*, 193: 135; 209: 28; 246: 87, cons. 9°.) Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, *si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha,* como las leyes que el recurrente tacha de inválidas, *existe agravio constitucional originado en privación de justicia.* En efecto, ésta se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art. 18, *queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho,* sea que ello ocurra con motivo de situaciones contradictorias como la contemplada en *Fallos*, 193: 135 (en igual sentido, *Fallos*, 178: 333; 197: 202; 234: 382; 237: 285, etc.), o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa (*Fallos*, 234: 482), o bien —como acontece en la especie— a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial. (Doctrina de *Fallos*, 129: 405, considerando *2°*; 184: 162, considerando *3°*; 205: 17, cons. *3°*.) Puede afirmarse, por tanto, que, aun cuando el art. 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, *debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos,* siempre que estén en juego derechos, relaciones e intereses como los que aquí se debaten, los que de ningún modo pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios sin agravio constitucional reparable por la vía del art. 14 de la ley 48."[36]

12.1. *Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan*

A pesar de que no se podría dudar en principio de la aplicación del principio constitucional mencionado, en virtud del cual todos los individuos pueden atacar cualquier acto del Poder Ejecutivo que lesione su persona o sus derechos, existen autores que entienden encontrar peculiaridades —en ciertos actos— que excluirían su revisión judicial.

Los criterios son en este aspecto numerosos y, en alguna medida, similares al que acabamos de criticar; ya vimos que no podía afirmarse que el acto es irrevisible porque es válido o constitucional, porque en tal caso lo que corresponde es que el juez lo revise y declare esa validez o constitucionalidad que se dice existir. En forma parecida, desde antiguo se enuncia el criterio de que los actos

[35] *Fallos*, 247: 646, 656, considerando 13°.
[36] *Fallos*, 247: 646, 658, cons. 20°. La bastardilla es nuestra.

de gobierno no serían revisibles judicialmente porque no afectan o lesionan los derechos de los individuos.[37]

En este caso no se afirma que el acto no afecta derechos por ser *válido*, sino porque *aunque fuera inválido,* no hay una persona concreta que pueda decirse agraviada por el acto: La garantía constitucional no sería de aplicación porque no hay nadie defendiendo *derechos propios.*

La tesis es sugestiva porque tiene una parte de verdad, sólo que equívocamente interpretada; en efecto, puede encontrarse que algunos actos no afecten derechos en manera tal como para legitimar a una persona a obtener su anulación, en dos casos:

a) Cuando el acto es de contenido *particular*, afectando a una persona en forma directa y exclusiva, y sólo de manera indirecta a otras personas que puedan sentirse lesionadas por tal acto;

b) cuando el acto es de contenido *general*, si bien puede causar lesión a los derechos de los individuos, puede ocurrir que por el mismo sistema de revisión vigente, no exista acción directa para ningún individuo afectado por la norma general.

El equívoco consiste en entender, expresa o implícitamente, que esto ocurra *únicamente* con los actos que cada autor decida llamar no justiciables, de gobierno, políticos o institucionales: Si fuera cierto que *solamente* los actos relativos a las relaciones internacionales, a las relaciones entre poderes, o a la seguridad interior, no fueran atacables cuando son generales o cuando siendo particulares el que los impugna no es el afectado por el acto, entonces pudiera existir algún dejo de justificación para querer construir con esto una noción o teoría especial.

Sin embargo, esa exclusión del recurso no surge en modo alguno del carácter político del acto, sino de que *todo* acto emanado de la administración, tenga o no carácter político, sea de importancia grande o pequeña, *se rige por los mismos principios.* Esos principios son los que se refieren a la *legitimación procesal, en virtud de la cual no cualquier persona puede atacar cualquier acto,* sino sólo aquellos cuyos derechos se ven afectados de cierta manera, de acuerdo al sistema procesal general vigente. Por lo demás, la cuestión de la legitimación no se resuelve según el tipo de acto impugnado, sino según el tipo de *interés* que tenga afectado la *persona* que pretenda su anulación.

[37] Este criterio fue ya expuesto por MICHOUD en su monografía *Les actes de gouvernement*, Grenoble, 1892, y ha sido adoptado recientemente por otros autores, que a pesar de que no dan a tales actos el nombre de "actos de gobierno," sino otra denominación parecida, los caracterizan, sin embargo, como actos irrevisibles o inatacables judicialmente.

12.2. *Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él*

El primer caso típico es el del acto —administrativo o "de gobierno"— que se refiere a una persona determinada, designándola en un cargo,[38] dándole un beneficio,[39] etc., que quiera ser impugnado por otra persona que aquella a la cual el acto beneficia. En el actual sistema judicial de revisión de los actos administrativos, dicho acto no puede ser impugnado por las personas a las cuales el acto no contempla, pues se interpreta que ellas sólo tienen un interés legítimo lesionado por dicho acto, no un derecho subjetivo que él desconozca en el caso.[40]

En tal orientación, que es la del derecho vigente, no pueden atacar judicialmente el acto:

a) El concursante que perdió un concurso, cuando otra persona es designada en el cargo;

b) el interesado en conseguir cualquier empleo público, haya o no concurso de por medio, si el Poder Ejecutivo designa directamente a otro;

c) el interesado en ser ministro, si el Poder Ejecutivo nombra ministro a otro individuo;

d) el abogado interesado en ser juez, si el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado nombra juez a otro abogado.

Fácil es advertir que ninguna diferencia sustancial existe entre el último caso y los anteriores: La razón de que el perdedor que no consiguió el cargo no pueda atacar judicialmente el acto que lo afecta, es en todos los casos la misma (falta de derecho subjetivo lesionado), y no podría afirmarse que en la última hipótesis haya un acto que en modo alguno difiera de los anteriores, en el aspecto indicado relativo a su revisibilidad jurisdiccional. ¿Por qué pretender, pues, que el último sea acto de gobierno o algo por el estilo, si los anteriores no lo son?

Igual cosa ocurre con el que quiere conseguir un contrato, pero pierde la licitación y ésta le es adjudicada a otro; con el que quiere conseguir un beneficio, premio, beca, subsidio, indulto, reducción de pena, etc., y no lo consigue él, sino otra persona. En todos estos casos puede reclamarse administrativamente, pero no puede reclamarse judicialmente: Ninguna diferencia existe entre que el estudiante que no consiguió la beca no pueda recurrir judicialmente contra quien la consiguió, o que el no indultado no pueda atacar ante la justicia el acto de otra persona que sí fue indultada, o el abogado que no fue designado juez no puede atacar judicialmente la designación de otro aspirante, y así sucesivamente. Otra vez más, se comprueba que no existe diferencia alguna entre un caso y el otro, a pesar de lo cual, *confiamos*, nadie comenzará a llamar acto político, de gobierno

[38] Por ejemplo, nombramiento de los jueces.
[39] Por ejemplo, otorgamiento del indulto.
[40] Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 2, caps. XV, XVI y XIX.

o institucional, al otorgamiento de una beca, a la concesión de un subsidio, o al nombramiento de una ordenanza en el ministerio... siendo que, en todos los casos, el acto no puede ser atacado judicialmente por las personas a que el acto concreto no se refiere.[41]

Igual cosa ocurre con todos los actos de la administración que se refieren a un caso particular y que se considera no afectan sino indirectamente a otras personas: La intervención por el decano a una mesa examinadora, la intervención por el Poder Ejecutivo a la Universidad o a cualquier otro ente autárquico, la intervención federal a las provincias. En todos estos casos, el acto de intervención, si bien eventualmente ilegítimo, no afecta directamente sino tan sólo los derechos de las personas o funcionarios que sufren la intervención. De éstos se podrá decir que tienen derecho subjetivo a discutir si fueron o no bien separados de sus cargos, en caso de que ello haya ocurrido, pero no se estimará sin duda que los estudiantes puedan recurrir *judicialmente*, porque se les ha cambiado la mesa examinadora, los usuarios de la administración porque no está más el directorio del ente autárquico, los habitantes de la provincia porque sus autoridades han sido depuestas por la intervención. En estos casos se reproduce la situación ya observada: La transgresión al ordenamiento jurídico lesiona sólo intereses legítimos de los administrados, pero no derechos subjetivos de los mismos (sólo los funcionarios agraviados podrían eventualmente invocar derechos subjetivos), y ello significa en el estado actual de nuestro derecho positivo (sin duda injusto y deficiente), que ningún individuo en tal situación tiene acción judicial para la defensa de ese interés.

Si el derecho positivo cambiara, y se creara un recurso o acción judicial para la defensa de los intereses legítimos, entonces en igual situación estarían los estudiantes, los usuarios del servicio administrativo y los habitantes de la provincia: En todos los casos, ante la lesión de sus intereses legítimos, tendrían acción o recurso judicial contra los respectivos actos, sin que cupiera en tal situación efectuar distinción alguna por la supuesta naturaleza "política" de alguno de ellos. Y es claro que tanto o más "política" puede ser la intervención a la Universidad que la intervención a una provincia, a pesar de lo cual, *nuevamente confiamos,* nadie pensará que aquélla comporta un "acto de gobierno," "político" o similar...[42]

[41] Va de suyo que la persona a quien el acto contempla, en caso de sentirse agraviada por él —lo cual es difícil, porque tratándose de nombramientos es usual que la persona sea consultada previamente y esté conforme en ser designada— puede impugnarlo. El caso se ha dado sobre todo en materia de indulto, en que el indultado puede no querer aceptar si se lo confieren antes de una sentencia que lo condene, pues él puede considerar, con razón, que tiene derecho no a que lo "perdonen," sino a que lo declaren *"inocente"* por sentencia firme. Pues bien, el indulto ha sido considerado en Francia como un acto de gobierno, no justiciable, mientras que en nuestro país existen varios pronunciamientos en el sentido de que el indulto conferido antes de la sentencia del juez es inconstitucional, puede ser atacado por el indultado y debe ser anulado por el juez. Ello demuestra bien a las claras la revisibilidad jurisdiccional del acto en cuestión.

[42] Lo relativo al alcance de la revisión en tales casos lo tratamos *infra*, n° 17 y ss.

12.3. *Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente*

El segundo caso de actos llamados de gobierno que no pueden ser atacados, según esta doctrina, por su carácter político, es el de algunas medidas generales adoptadas en ciertos casos por la administración. (Declaración de estado de sitio, por ejemplo.)

Sin embargo, la jurisprudencia argentina ha interpretado desde hace mucho que *ningún* tipo de acto general de la administración puede ser impugnado judicialmente en forma directa (es decir, atacar el acto general mismo), sino que su impugnación debe hacerse indirectamente, en caso de dictarse un acto particular de aplicación de aquel acto general.[43] En oportunidad, pues, de aplicarse el acto general a un caso concreto, corresponderá que el afectado por el acto particular lo ataque judicialmente, y haga en ese mismo momento sus impugnaciones al acto general en cuya virtud se lo dicta. En tal caso, si el juez entiende que el acto general es antijurídico no lo anula con alcance general, sino que tan sólo lo declara ilegal en el caso concreto; es decir, *anula el acto particular de aplicación pero deja vigente la norma general.*

a) Si el Poder Ejecutivo decreta que un día es no laborable, o es feriado bancario, etc., ese acto general no puede ser impugnado directamente ante la justicia; pero si una persona considera que el Estado o sus patrones deben pagarle ese día no trabajado, o los patrones entienden que no deben pagarlo, ello lo habrán de discutir individualmente y con relación a sus días concretos en litigio: La sentencia judicial, cualquiera que ella fuere, se aplicará sólo a tales casos y no tendrá efectos generales sobre el feriado así declarado;

b) Si la Municipalidad cambia el sentido del tránsito, o los lugares de estacionamiento, etc., nadie puede atacar judicialmente estos actos en forma directa: Pero el comerciante que considera que se ha lesionado un derecho adquirido suyo, al privar a su negocio de fácil acceso y disminuir así sustancialmente su clientela, puede reclamar una indemnización por ese daño que se le ha producido.

c) Si el Poder Ejecutivo decreta el estado de sitio, esto afecta a todos los individuos en general y nadie puede atacar directamente al acto, en forma inmediata; pero si una persona es detenida y no se le permite salir del país, ella puede ocurrir ante la justicia, y ésta autorizará su salida, anulando la prohibición policial en contrario.

Como se ve, ninguna diferencia sustancial existe entre el último caso, que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos judiciales precisamente en el sentido indicado, y los casos anteriores, en los que puede haber pronunciamientos similares. Existen numerosísimos actos generales que como tales han sido cuestionados

[43] Ver nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 109 y ss., donde efectuamos la crítica del sistema imperante.

y revisados cuando dieron lugar a su aplicación en un caso concreto.[44] Encontrar diferencias entre esos casos y los demás de contenido "político" en los cuales ocurre exactamente lo mismo, es interpretar equivocadamente la realidad. No existe, pues, diferencia alguna, y no puede, en consecuencia, pretenderse construir con tales argumentos una categoría nueva de actos: Todos los actos emanados de la administración, con la diferenciación efectuada entre actos, reglamentos y contratos, están sometidos al mismo régimen jurídico de revisión judicial y deben, en consecuencia, estar comprendidos dentro de la misma denominación.

12.4. *El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada de los hechos*

Aclarado que el Poder Judicial interviene en los actos concretos en que se lesiona un derecho subjetivo, todavía plantean algunos la duda de que existirían ciertas situaciones en las que sólo el poder administrador estaría facultado para apreciar los hechos, no así el Poder Judicial.

Quienes así piensan desconocen toda la elaboración doctrinaria y jurisprudencial sobre el concepto de facultades regladas y discrecionales y sobre el control de la discrecionalidad administrativa. No tienen presente, entonces, que incluso cuando se está en presencia de una facultad reglada —y no hablemos por ahora del control de una facultad discrecional—, ella consiste en que la norma jurídica establece una relación dada entre ciertos hechos que ella contempla y cierto acto que ordena o prevé debe dictarse:[45] Para que el juez pueda determinar si la administración se apartó o no de sus facultades regladas, *inevitablemente debe determinar si se dieron o no los hechos previstos* por la norma, independientemente de que el administrador diga o crea que tales hechos, a su juicio, se dieron o dejaron de dar. En otras palabras, el control del ejercicio de las facultades regladas de la administración supone, como es obvio, revisar si tales facultades se ejercieron en los casos y condiciones de hecho previstos por el orden jurídico; remarquemos: El control de los hechos lo efectúa ineludiblemente el Poder Judicial, tratándose de facultades regladas.[46]

Pensar u opinar que el juez no puede determinar si la administración ha actuado en las situaciones de hecho en que la norma establecía debía actuar, es desconocer todo el sistema argentino y mundial de revisión judicial de la actividad administrativa; es desconocer:

[44] Como dice la Corte Suprema, "los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular," *Federación Gráfica Argentina*, 1957, *Fallos*, 238: 36 y 43; ver también 238: 380; 202: 14 y 309; 241: 203; 242: 495; 244: 390, etc.

[45] Ampliar en el tomo 1 de nuestro *Tratado*, cap. VIII, n° 10 y 11, y *supra*, cap. VII.

[46] Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 1, cap. XIII, n° 13: "Cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley."

a) Que si la administración deja cesante a un individuo fundándose en que tiene más faltas injustificadas que las que prevé el Estatuto, el Poder Judicial puede analizar si se dieron o no el número de faltas previsto por la ley e invocado por la administración, anulando la cesantía en el segundo caso;

b) que si la Municipalidad aplica una sanción a un comerciante por considerar que cometió determinada falta o contravención, el Poder Judicial controla si efectivamente tal falta o contravención fue realmente cometida, anulando el acto si interpreta que ella no existió;

c) que si un particular reclama una indemnización de daños y perjuicios, y la administración sostiene que no hubo daño alguno, el Poder Judicial puede apreciar los hechos y determinar si el daño ha existido, y en caso afirmativo hacer lugar a la demanda condenando al Estado al pago de la indemnización;

d) que si un contratista de obras públicas acciona judicialmente contra una multa que se le ha aplicado en sede administrativa, por entender la administración que el empresario construyó mal la obra, el Poder Judicial, por medio de peritos, determinará si existe o no defecto constructivo que fundamente la multa aplicada, y en caso negativo la anulará;

e) ninguna diferencia existe entonces en que el Poder Judicial analice si la persona que el Poder Ejecutivo designó como juez, por ejemplo, es o no "abogado," tiene o no "treinta años," etc.; la comprobación de si la administración se ajustó o no a las circunstancias de hecho que la norma constitucional ha exigido en cada caso, corresponde, como es natural también, al Poder Judicial. Ninguna razón hay para que sólo el administrador sea juez de si se dieron o no las circunstancias previstas por la norma, cuando se trata de una facultad reglada. En consecuencia, si se interviene a una provincia invocando alteración del régimen republicano de gobierno (condición ésta *regladamente* exigida por la Constitución), el Poder Judicial deberá constatar, de acuerdo con las pruebas que se producen en el juicio que eventualmente puede existir, si tal condición constitucional ha sido respetada por el Poder Ejecutivo o no; si se decidiera el estado de sitio invocando conmoción interior, igual cosa habrá de ocurrir, etc.

Si se estimara que apreciar la existencia de "conmoción interior" no constituye una facultad reglada, sino discrecional, la cuestión no cambia, según veremos a continuación. Con todo, aclaremos que no estimamos que la imprecisión del tipo legal signifique necesariamente que se confiera una facultad discrecional a la administración: Torna sólo más discutible, menos clara, la determinación de cuáles son los casos en que el Poder Ejecutivo puede actuar; y esto justamente viene a probar lo contrario de lo que se pretende, ya que si la naturaleza o extensión de la competencia del Poder Ejecutivo es oscura, *en la duda cabe interpretarla restrictivamente*. La doctrina de derecho administrativo ha dicho

que la competencia se interpreta restrictivamente y sólo existe cuando la ley (o la Constitución) la otorga explícitamente o al menos en forma razonablemente implícita:[47] No vemos entonces por qué se interpretará diferentemente un grupo de atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo, si ninguna norma sostiene cosa distinta, ni son valederos, según estamos viendo, ninguno de los argumentos diversamente esgrimidos para fundamentarlo.

12.5. *Continuación. La revisión de las facultades discrecionales*

Lo sostenido es válido aunque se interpretara que en ciertos actos el Poder Ejecutivo tiene una potestad de índole discrecional, pues también está más que claro en el derecho administrativo que *discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad;* que la facultad discrecional tiene límites jurídicos que permiten controlar judicialmente el ejercicio de tal actividad. Nuevamente aquí, afirmar que porque la Constitución otorga —supuestamente— discrecionalidad al Poder Ejecutivo, éste es el solo juez de sus actos, es desconocer o ignorar todo lo ya avanzado por el derecho administrativo en la teoría y en la práctica.

Pero la realidad ha ido más lejos aún, al punto que se torna anticuado sostener que el Poder Judicial no pueda revisar tal o cual aspecto discrecional: Si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de "utilidad pública" hecha por el Congreso, en materia de expropiación[48] (lo que sí es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo, sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es, las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo. El vicio político (autoritarismo) de un tal razonamiento es por lo demás evidente.

De igual manera, si el Poder Judicial puede controlar si una cesantía o exoneración es o no arbitraria, y anular este acto si eventualmente resuelve que se ha efectuado una apreciación desproporcionada e irrazonable de la falta cometida por el empleado, no se encuentra qué diferencia existe entre esa revisión judicial de la arbitrariedad con que la administración efectuó una apreciación de los hechos, y la revisión que igualmente corresponderá que efectúe de la posible arbitrariedad con que la administración haya apreciado un "estado de conmoción interior," o situación similar contemplada en la Constitución o en las leyes. Si no

[47] *Supra*, cap. V, n° 6 y 7.

[48] CSJN, *Nación Argentina v. Jorge Ferrario*, 1961, *Fallos*, 251: 246, 255: "Si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública *no existe* o ha sido desconocida por la administración, y... media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlos."

existen otros argumentos —que no los hay— para excluir la apreciación del Poder Judicial sobre estos hechos, ha de tenerse presente que su carácter *discrecional* ciertamente no la excluye en modo alguno.

12.6. *División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea "soberano en su esfera"*

Muchas veces quienes analizan el problema de los actos de gobierno repiten, consciente o inconscientemente, el error que alguna vez tuvo la Corte Suprema en el siglo pasado: Creer que cada órgano debe ser "soberano en su esfera," de acuerdo con la división de los poderes. Si esa interpretación fuera acertada, resultaría que el objeto de la división de los poderes sería tener tres órganos distintos, cada uno de los cuales legislaría, administraría y juzgaría en lo relativo a su propia actividad. Con semejante criterio, no sólo se concluiría en que los actos de gobierno no deben ser revisados por los jueces, sino que tampoco deben serlo los demás actos administrativos; que la administración no está sujeta a las leyes, y tampoco lo está el Poder Judicial; que los litigios relativos a la actividad del Congreso serían resueltos por el propio Congreso, y así sucesivamente. El desacierto de tal modo de pensar es evidente, aunque no por ello menos difundido.[49]

Sin embargo, la finalidad de la división de los poderes, ya lo señaló MONTESQUIEU, es que el poder contenga el poder *("Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir"),* lo que se logra dividiendo al poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente. (De allí lo de "sistema de frenos y contrapesos.") Si la división de poderes resultara en que cada poder hace lo que le parece en su esfera sin frenos ni contrapesos, sin control de los otros poderes, entonces no se cumpliría la finalidad de la división de los poderes, *que es refrenar y limitar el ejercicio para que él no pueda ser abusado.* ("Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder, tiende a abusar de él: Eso sigue hasta que encuentre límites," decía también MONTESQUIEU.)

En consecuencia, lo esencial de la división de poderes es la división de *funciones*, y no sólo la división en *órganos*; una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.[50] La premisa a que da lugar la teoría de la división de

[49] Este criterio es obviamente autoritario, y en tal punto no podemos menos que compartir, para el caso concreto, el pensamiento de MARIO JUSTO LÓPEZ, en el sentido de que la palabra "soberanía" suele ser empleada para justificar "*siempre y en definitiva, el gobierno sin restricciones, la posibilidad del oprobio.*" (*La soberanía,* Buenos Aires, 1967, p. 55.) Agrega este mismo autor: "Ya que es inevitable que alguien mande, que no lo haga a cuenta de su capricho;" "Que haya sí, gobierno, todo el gobierno que sea necesario, pero no que haya gobierno soberano, «sin restricciones legales» —para decirlo con las palabras de BODIN—. Que el gobierno de los hombres no sea obra de la voluntad exclusiva de ninguno de ellos." (*Op. loc. cit.*)

[50] GIACCOMETTI, Z., *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, p. 37 y ss.

los poderes *no es que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su actividad,* sino, por el contrario, que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; *que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación;* que el que juzgue no las haga ni las ejecute. De tal modo, división de poderes significa fundamentalmente que cada poder, cada órgano del Estado, *tenga a su cargo una sola función del Estado;* que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa en modo alguno que la teoría misma pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar *las tres funciones* en su propia esfera de actividad.

En consecuencia, si no se encuentran en la Constitución disposiciones que de manera expresa confieran a un órgano el poder de autojuzgarse, autoadministrarse y autolegislarse, será absurdo querer invocar la doctrina de la división de los poderes para fundar un principio semejante; pues *lo que el principio implica es precisamente lo contrario, es decir, el control por los otros poderes, cada uno en su función específica de legislar o de juzgar.* En otras palabras, que si la Constitución nos dice precisamente lo contrario —que el Poder Ejecutivo no es juez de sus actos ni de los de nadie, "en ningún caso;" art. 95—, entonces es poco serio querer recurrir a la teoría de la división de los poderes para extraer de allí el supuesto criterio de que violaría esa división el que los jueces revisaran, como es su propia y natural función, la actividad realizada por el Poder Ejecutivo.

13. *El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad*

Ese es el principio general de nuestra Constitución, tal como acertadamente lo interpreta la Corte Suprema; y la jurisdicción omnicomprensiva de los tribunales federales surge con claridad del art. 100 de la Constitución, cuando expresa que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y... de los asuntos en que la Nación sea parte."

La norma del art. 100 es fundamental: Los tribunales han sido encargados de resolver las contiendas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y ninguna contienda de índole constitucional en la cual la Nación sea parte puede, en consecuencia, quedar ajena a su jurisdicción y competencia.

A ese respecto cabe ya hoy en día sentar la premisa de la existencia de una garantía genérica: *La garantía de la constitucionalidad* de todos los actos del poder público, hecha efectiva por los tribunales.[51] Esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; corresponde, pues, a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de aquélla; lo que quiere decir que *deben siempre amparar el*

[51] Ver SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerchtsbarkeit*, Viena, 1951, p. 1.

derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial acerca de la constitucionalidad de cualquier acto enumerado de una autoridad pública en el Estado.[52]

14. *Estructura infraconstitucional del Estado*

Ese principio surge, además, de todo el contexto y el espíritu de nuestro sistema constitucional. Así lo indican los lineamientos mismos de nuestra estructura estadual en la Constitución, de acuerdo con los cuales:

14.1. Existe un orden jurídico básico, el constitucional, bajo cuyo imperio están creados en situación de paridad y equiparación tanto los derechos del Estado como los de los individuos; el Estado es simplemente un sujeto de derecho más en el orden jurídico constitucional, obligado o facultado por los deberes y derechos que éste le conceda, y en especial equilibrado en sus facultades legislativo-ejecutivas por los derechos individuales de los habitantes.[53]

14.2. Como ya lo señalaba ALBERDI: "La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional."[54]

Ubicado así el planteo de la estructura infraconstitucional del Estado, y su esencial sujeción ante la Constitución, no cabe sino formular nuevamente la terminante premisa de que todos los actos del Estado se hallan sujetos al orden jurídico constitucional —inclusive, por supuesto, los actos del Poder Ejecutivo en cualquier hipótesis concebible.[55]

15. *La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto*

Y entonces cabe repetir, con BERTHÉLEMY, que "de dos cosas una: O bien estas medidas están conformes a la ley (cabría que nosotros dijéramos la Constitución, en esta hipótesis y esta altura de la argumentación), y entonces no vemos que haya de hacerse diferencia entre ellas y los actos de administración por los cuales se procura la ejecución de las leyes; o bien ellas no son conformes a la ley (la Constitución); entonces no vemos en ningún lado un principio de derecho que autorice al jefe del Estado a tomarlas, y, si ellas son tomadas, no vemos ninguna regla que pueda sustraerlas al recurso de anulación."[56]

Es decir, no cabe sino razonar que el presunto acto de gobierno, en cuanto facultad del Poder Ejecutivo, está sujeto a la Constitución tal como también lo

[52] Comp. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961, pp. 120-1; *Derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 801.

[53] Ampliar en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. III, n° 13-14; *supra*, cap. I.

[54] ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

[55] BIDART CAMPOS, *op. loc. cit.*

[56] BERTHÉLEMY, H., *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 116. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

están las leyes al menos; y que si contraviene la Constitución es antijurídico; y que la función y el deber de los jueces es declarar tal ilegitimidad si ella se produce.

Se advierte con esto que afirmar que el acto no puede ser revisado por los jueces porque está autorizado y previsto en la Constitución, es una contradicción: Si está contemplado, nada es más lógico y natural que los jueces confirmen esa habilitación, entendiendo de los recursos que se entablen y pronunciándose al respecto. Afirmar que porque el acto está autorizado, el juez no debe entender de su revisión, equivale a decir que si un contrato es válido, el juez no debe entender en las demandas que se entablen por nulidad de ese contrato: Eso es un absurdo, o al menos un total y arbitrario prejuzgamiento; si el contrato es válido, ello no obsta a que se entable contra él la demanda de nulidad que las partes quieren intentar, sin perjuicio, por cierto, de que el juez en la sentencia declare la validez del contrato y rechace la demanda de nulidad, si efectivamente estima que no existen vicios en el convenio impugnado.

Si, a la inversa, se admite que es posible —digámoslo así: Al menos posible, si no probable— que el Poder Ejecutivo en alguno de estos actos llegara eventualmente a apartarse de lo prescripto en la Constitución, ¿se dirá entonces que *el juez no puede entender de los apartamientos de la Constitución que el acto tenga?* Ello es más absurdo aún, porque significaría que el juez dijera: Este acto es inconstitucional, pero yo no puedo declarar su inconstitucionalidad.

No corresponde tampoco decir, como BEQUET, que la razón de que el acto considerado sea irrevisible por los tribunales reside en que el mismo no causa un *daño antijurídico* a los individuos, en virtud de que la Constitución o las leyes autorizan ese proceder del Poder Ejecutivo.

Reiteramos, en efecto, que si es cierto que estos actos se hallan autorizados por disposiciones constitucionales o legales, y que por lo tanto son perfectamente jurídicos en cuanto se realizan dentro del marco previsto por tales disposiciones, *no habría razón alguna para rechazar el recurso jurisdiccional diciendo que el acto es insusceptible de ser recurrido ante la justicia:* Habría que considerar el recurso y *resolverlo* (no rechazarlo de plano en forma negativa), fundando la decisión en que el acto de que se recurre es, por ejemplo, perfectamente válido y se ejerció dentro del marco de las atribuciones pertinentes del Poder Ejecutivo. Esto es, a nuestro parecer, fundamental: *Si el acto de gobierno es un acto autorizado por el régimen jurídico positivo, lo que corresponde ineludiblemente es que los tribunales conozcan de los recursos contra el mismo y los rechacen una vez comprobado que el acto es efectivamente un acto legítimo* —o los admitan en caso contrario—; en otros términos, que juzguen efectivamente la constitucionalidad del acto impugnado.[57]

En otras palabras: La Constitución autoriza —dentro de ciertos límites y sujetos a ciertas condiciones— un grupo de actos que el Poder Ejecutivo puede

[57] En sentido similar WOLF, HANS J., *Verwaltungsrecht, I,* Munich, 1968, 7ª ed., pp. 300, 301.

dictar. El Poder Ejecutivo, en la práctica, puede dictar tales actos respetando en un todo el marco constitucional, y entonces el juez, al revisar el acto, nada tendrá que objetar a su actuación; pero el *Poder Ejecutivo también puede, en la práctica, dictar tales actos excediéndose del marco constitucional, transgrediendo algún principio o alguna norma consagrada en la ley fundamental, y en tal caso el juez al revisar el acto puede y debe decir lo evidente: Que el acto es inconstitucional,* por lo tanto, antijurídico y pasible de anulación por ilegitimidad. Lo único que el juez puede hacer racional y jurídicamente, en tales casos, es entonces declarar la nulidad del acto inconstitucional. Afirmar que el juez debe hacer otra cosa, es trastocar todo el sistema de la división de los poderes, y el de la jerarquía de las normas.[58]

IV. El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial

16. *Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos*

Muchos de los fallos judiciales, como algunos de los autores, se traban en un sofisma que felizmente desmiente la existencia de una categoría de actos irrevisibles judicialmente; pues cabe reconocerles que si bien usan una terminología desafortunada y tomada erróneamente de la doctrina francesa o norteamericana, y si bien hablan de "actos no justiciables," *no obstante conocen y resuelven de los recursos en los que se plantea la posible inconstitucionalidad o incluso ilegalidad de los actos que se dice son "irrevisibles jurisdiccionalmente."*

En otros términos: Cumplidos los recaudos procesales comunes, nuestros tribunales *no rechazan liminarmente un recurso o demanda que pretende obtener la declaración de inconstitucionalidad de un acto de gobierno;* estudian la cuestión en cuanto al fondo y resuelven en forma negativa o afirmativa el recurso. Es criticable la actuación judicial, ya que pocas veces ha declarado inconstitucional un acto de ese tipo, pero hay que reconocerle al menos que no ha cometido el acto extremo de lesa constitucionalidad de *rechazar un recurso sin estudiar si el acto atacado es inconstitucional o no.*

17. *Qué es "revisión judicial"*

Para comprender esta afirmación, sin embargo, hay que analizar en un prisma particular las sentencias de los tribunales. Tomaremos aquí el caso de las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, que son el ejemplo típico en materia de actos presuntamente "no justiciables."

La Corte Suprema expresa que las medidas dictadas en virtud del estado de sitio "son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a

[58] De cualquier manera, y por si alguno hubiera que quisiera afirmarlo, volveremos sobre el punto más adelante, al referirnos al supuesto principio de que "cada poder debe ser soberano en su esfera."

revisión judicial"[59] ya "que el modo cómo el Poder Ejecutivo ejercita funciones privativas, no está sujeto al contralor del Poder Judicial, ...salvo las francas transgresiones a los límites que la Constitución le fija y en cuanto éstas puedan exigir el restablecimiento de derechos y garantías confiados a su función."[60] Al hacer la salvedad de que en ciertos casos el acto podrá ser "controlado," el tribunal indica ya, a pesar suyo, que está hablando de "invalidación:" es decir, que "en ciertos casos el acto podrá ser invalidado."

De otro modo la afirmación resultaría incomprensible: Si el tribunal efectivamente *controlara* (esto es, verificara, inspeccionara, revisara, etc.) algunos actos sí y otros no, entonces la declaración tendría que hacerla por sorteo; a los actos que les corresponda un número par, por ejemplo, los va a estudiar (revisar, inspeccionar, controlar, analizar); y a los actos que les corresponda un número impar no los va a controlar. (Es decir, no los va a estudiar, no va a leer el recurso, ni abrir el expediente.)

Ello, desde luego, es absurdo. Todo surge de un vicio de lenguaje derivado de asignar al término "control" o "revisión" el significado figurado de "crítica," "invalidación," etc., en lugar del común y corriente de análisis, inspección, verificación, constatación.

El tribunal, pues, *controla* (revisa, analiza) *siempre* los actos recurridos, para determinar si en los mismos se dan o no los requisitos de excepción que justificarán la *invalidación* de ellos.

Todos los fallos dejan traslucir lo mismo, no obstante el defectuoso empleo de la terminología. En el importante fallo *Sofía*,[61] la Corte Suprema ha dicho que "... el control de los actos de la naturaleza del que origina las presentes actuaciones es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así, dicho control procedería:

a) Tratándose de la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación, si mediara transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental. Verbigracia, si el presidente de la República aplicara una pena o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para salir del territorio argentino, en circunstancias como las que motivaron los precedentes de *Fallos*, 170: 426 y 197: 483.

b) Respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los fines del art. 23."

En este fallo el tribunal deja ya deslizar el empleo correcto del término "control:" "...conforme a lo expuesto, la misión de los jueces, en casos como el presente,

[59] *Fallos*, 243: 504, 514; 235: 681; 197: 483; 195: 439; 170: 246, etc.
[60] *García*, 1943, *Fallos*, 197: 483 y 494.
[61] *Fallos*, 243: 504, 513 y ss., año 1959.

debe reducirse al control de razonabilidad" (*lug. cit.*, pp. 519-20); es decir, que en todos los casos el tribunal controla si el acto es o no razonable: De igual manera, por lo tanto, controla si se dan o no las circunstancias de excepción que tornaría inválido el ejercicio de una facultad que en principio es discrecional pero no irrevisible judicialmente.

En efecto, si el control judicial no procede sino cuando se dan ciertas circunstancias de excepción en el acto del Poder Ejecutivo y en los hechos de la causa, *es obvio que el tribunal deberá, caso por caso, analizar si se dan o no esas circunstancias de excepción para poder decidir algo coherente.*

18. *Diferencia entre "revisión judicial" y "anulación judicial" del acto*

Ejercer el control o revisión judicial no significa anular el acto: Se trata de dos etapas distintas.

18.1. La primera, o sea, el ejercicio del control, *se cumple toda vez que el juez estudie la causa* en base a sus conocimientos de derecho;

18.2. La segunda podrá producirse si luego de su estudio el juez llega a la conclusión de que el acto es inválido. Si el juez, en cambio, llega a la conclusión de que el acto es constitucional porque no se dan las circunstancias de excepción que lo viciarían, *ya ha ejercido igualmente el control judicial* aunque, como es lógico, no declare la invalidez del acto.[62]

Por control judicial debe, pues, entenderse principalmente *que el juez analice el caso que le es planteado* y que tenga facultades para eventualmente considerarlo antijurídico; que resuelva si el mismo se ajusta o no a derecho. Y bien, nuestros tribunales declaran que *analizan si se dan o no, en cada caso, las circunstancias de excepción mencionadas; ello significa ya que hay control judicial,* aunque el acto no sea anulado por considerarlo el tribunal como válido.

Lo que el tribunal debió decir en los casos reseñados, en consecuencia, no es que tales actos son en principio no justiciables, *sino que son en principio válidos, y que sólo serán inválidos cuando se den esas circunstancias de excepción mencionadas.*

Dicho en otra forma: La construcción que la Corte ha hecho respecto a las circunstancias excepcionales y la razonabilidad, etc., *nada tiene que ver con la posibilidad de ocurrir a la justicia: Ellas hacen pura y exclusivamente al derecho de fondo, al régimen jurídico por el cual se rigen tales actos en cuanto a su validez o invalidez.* Y repetimos, el tribunal incurre simplemente en un defecto

[62] Sumamente sugestivo es un párrafo del fallo *Manubens Calvet*, 1961, 250: 251, en el cual la Corte Suprema expresa —prácticamente en el mismo sentido que lo sostenido en el texto—: "Que, por otra parte, en cuanto el apelante considera que las vías ordinarias a que el *a quo* lo remite para la dilucidación del caso le están vedadas, porque habiéndolas intentado, el resultado obtenido ha sido adverso a sus pretensiones, es obvio que no puede agraviarse por una efectiva privación de justicia, ya que la posibilidad de defender un derecho en juicio, como exigencia constitucional, no puede identificarse con el acogimiento de toda pretensión en él sustentada." (Considerando 5°, p. 253.)

expositivo, al decir que, puesto que tales circunstancias no se dan, el acto es irrevisible; tal afirmación es inconducente, pues para poder afirmar tal cosa el tribunal ha debido ya revisar el acto.

Si el acto fuera verdaderamente irrevisible, el tribunal tendría que decir que no puede determinar si el acto es o no claramente irrazonable, y que tampoco puede decir si se da supuesto de excepción alguno, pues le está vedado controlar (revisar, analizar, estudiar) el acto y, por lo tanto, no se aboca al estudio de la causa.

Si, en cambio, el tribunal afirma que el acto *no es irrazonable,* y que no se ha producido una *"transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental,"* entonces es evidente que ha controlado el acto como era su deber hacerlo, y que el acto es perfectamente justiciable, en cuanto respecto a él, el particular pudo hacer ante un tribunal de justicia "la defensa de la persona y de los derechos." (Art. 18 de la Constitución Nacional.)

19. *Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles judicialmente*

Si bien, pues, el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo no es eficiente, y si bien los jueces son remisos en considerar violada la Constitución, usan términos política y jurídicamente repudiables, y hacen referencia a instituciones o principios totalmente inconstitucionales, no obstante, al menos, no rechazan ningún recurso sin antes haber estudiado el caso y haber ejercido, en una palabra, su irrenunciable *jurisdictio* constitucional.

Debe así sostenerse, a pesar de todas las palabras que diga la jurisprudencia, que *en nuestro derecho positivo no hay, ni en el sistema constitucional ni en la práctica jurisprudencial, actos de gobierno,* pues ya vimos que actos de gobierno son aquellos cuya única característica definitoria es la irrevisibilidad jurisdiccional, mientras que en nuestro país no existen en la justicia actos inatacables por recurso alguno; *puesto que de hecho no se admite que existan actos irrevisibles jurisdiccionalmente,* llámeselos del modo que se los llame.

20. *Revisión judicial y limites constitucionales del Poder Ejecutivo*

Las afirmaciones precedentes tienden todas a señalar que nuestros jueces tienen jurisdicción amplia con respecto a los actos del Poder Ejecutivo: Nada decimos con ello acerca del régimen jurídico de fondo de tales actos.

En efecto, el que el juez tenga jurisdicción para entender de la juridicidad de un determinado acto del Poder Ejecutivo, no significa que el particular que provoca el ejercicio de tal jurisdicción tenga razones suficientes para que el acto de referencia sea necesariamente anulado: *Nuestra afirmación no adelanta nada en consecuencia acerca de si la Constitución contiene o no límite alguno para los*

actos del Poder Ejecutivo, pero sí expresa categóricamente que todo límite que exista habrá de ser efectivizado por el juez.[63]

21. *Aplicación de esos límites por el juez*

Vanos son, pues, los argumentos que se hagan mostrando cómo tal o cual cláusula constitucional da una libertad determinada al Poder Ejecutivo, pues con ello no nos dicen sino que *en ese caso el juez no tendrá motivos para anular el acto,* y lo declarará válido, condenando quizás en costas al recurrente.

La conclusión que obtenemos, por lo tanto, es que siempre tiene el presunto interesado el derecho de dirigirse a la justicia impetrando se declare la nulidad de un acto del Poder Ejecutivo; siempre tiene el juez el *deber* de entender de la causa, habilitando la instancia, dando traslado de la demanda, abriendo a prueba la causa cuando ello fuere oportuno, y finalmente dictando sentencia. Allí, en la sentencia, en el debido ejercicio de su *irrenunciable* potestad de juzgar la juridicidad de los actos estatales, el juez determinará si había o no limitaciones a la actividad del Poder Ejecutivo que éste no haya respetado en su actuación concreta; allí dirá, si corresponde, que el acto no ha transgredido ninguna disposición a él aplicable; y allí rechazará la demanda, y condenará en costas si es que el particular no tenía ni siquiera un asomo de razón o de justificación jurídica para entablar la demanda o recurso que presentó.

V. El acto de gobierno ante la política

22. *Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política*

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la dolorosa circunstancia de que, no obstante las experiencias totalitarias por las que ha atravesado y atraviesa el mundo, haya siempre algún número de personas de buena fe que sostienen la *conveniencia política* de que exista una categoría de actos del Poder Ejecutivo respecto de los cuales le sea vedado al juez declarar el derecho (o le sea vedado declararlo salvo casos excepcionales) y al legislador dictar normas jurídicas.

El error político más grave lo cometen, desde luego, los jueces que así lo consideren. Cuando el juez se inhibe de intervenir por considerar que, tratándose de una cuestión política, es extraño a su función entender de ella, adopta una grave decisión. En efecto, el juez no advierte que al inhibirse de intervenir *está tomando él mismo una tremenda decisión política* que no está autorizado a hacer; pues decir que un acto político es no justiciable, *es decir que el juez considera*

[63] En igual sentido, Wolff, *op. cit.*, p. 331; Huber, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1953-4, 2ª ed., p. 656; Nawiasky, *op. cit.*, t. 2-II, pp. 16-17 y t. III, *Staatsrechtslehre*, Einsiedeln, 1965, pp. 78-9; Bidart Campos, *Derecho de amparo*, *op. cit.*, p. 121 y ss.; p. 128: "No es más que el deber judicial de aplicar las normas según su gradación jerárquica en el orden jurídico;" Boffi Boggero, Luis María, *Tres centenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, 1964, p. 89 y ss.

como políticamente deseable la libertad del administrador: Ello es, precisamente, *inmiscuirse en política,* pretendiendo alterar el *juego normal institucional de los poderes*;[64] ésa y no otra es la intervención política que los jueces no están autorizados a hacer.

Si un juez entiende que él no debe adentrarse en materias políticas, y que la política es ajena a su función y a sus conocimientos, debe entonces precisamente *limitarse a analizar normas jurídicas,* y resolver de acuerdo a ellas; y dado que las normas jurídicas no le autorizan a resignar su jurisdicción, y que el orden jurídico entero le está diciendo de la sujeción de todos los actos estatales al mismo, el juez debe, para abstenerse de intervenir en política, *decidir jurídicamente la cuestión política.* Esa es la única forma en que el juez podrá decir que no se ha inmiscuido en la política del Poder Ejecutivo. Si el juez, en cambio, se abstiene de decidir, de aplicar el orden jurídico al acto político impugnado, se está lavando las manos como Poncio Pilatos: O sea, se está comprometiendo, por asentimiento tácito, con la decisión política adoptada por el Gobierno.

23. *El principio de la irrevisibilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público*

Por lo demás, es también un error creer que se beneficia en algo a la comunidad o al Estado con darle ese margen de libertad.

Reiteramos, con RADBRUCH, que no puede concebirse al interés público como una mera conveniencia material: El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores "seguridad" y "conveniencia," sino también, y primordialmente, el valor "justicia." "En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia de derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo "lo que el pueblo aprovecha," sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.[65]

Por eso es una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de un individuo; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad, se destruye también, al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa.

En consecuencia, es necesario advertir que el interés público estatal está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que "conviene" a la adminis-

[64] O sea, pretendiendo alterar la estructura del orden jurídico, que no admite la existencia de acto alguno exento del contralor de la ley y del juez.

[65] RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, Buenos Aires, 1962, p. 36. Sobre el problema ver también GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la Justicia, (Dikelogía)*, Madrid, 1958, e *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 343 y ss.

tración o al Estado, en caso de ser "injusto," no es un auténtico "interés público;" el interés público-conveniencia, cuando es antepuesto erróneamente al interés público-justicia, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso la misma conveniencia material.

En sentido similar expresa HUBER: "Los actos de gobierno están sometidos al control judicial cuando surge del derecho constitucional o de las leyes que son actos regulados jurídicamente... También cuando son actos discrecionales, por otra parte, están sometidos al control judicial, en la medida en que la discrecionalidad ha sido ejercida defectuosamente; o sea, cuando se produce una desviación o un exceso de poder. No sería por nada legitimable declinar el control judicial de los defectos de discrecionalidad en los actos de gobierno en base a la «razón de Estado.» Ya que un vicio en la discrecionalidad pesa doblemente cuando emerge de los órganos estatales supremos, en el campo del propio poder de gobierno. Cada desviación y cada exceso del poder discrecional que está confiado a las autoridades gubernamentales para la salvaguardia de la existencia estatal, no solamente es una grave violación del derecho, sino que conmueve también la autoridad del Gobierno y hace peligrar la consistencia del poder estatal. Precisamente la razón de Estado exige, en consecuencia, que en tales casos los límites de la discrecionalidad del Gobierno sean salvaguardados a través del control judicial."[66]

VI. Conclusión

24. *La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos*

En resumen, podemos afirmar que en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno:

24.1. porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los arts. 18 y 100 de la Constitución, y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre estos actos;

24.2. porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos no sólo a la Constitución, sino también a la legislación, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, porque de hecho existen variadas leyes que se aplican directa o indirectamente a todos esos actos, y han sido declaradas constitucionales; y

24.3. porque cuando un acto general no puede ser atacado directamente sino en los casos en que se lo aplica, y un acto particular no puede ser atacado por personas a quienes no afecta derechos subjetivos, no se aplica construcción alguna específica a un sector de actos políticos o similares, sino principios comunes a

[66] HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 657.

toda actividad administrativa. En particular, si en algún caso no hay una persona legitimada procesalmente para lograr la *anulación* de un acto cualquiera, ello no significa que el *acto* sea inatacable por su propia "naturaleza" o "esencia," sino que la *persona* de que se trata no está afectada por él, según el régimen procesal. En cambio, si se presenta una persona que en el caso está efectiva y directamente lesionada por el acto, ella puede no sólo impugnarlo —como cualquiera—, sino además obtener su anulación. Todo ello sin perjuicio de que la persona tiene siempre la garantía constitucional de *atacar* el acto, de acudir al tribunal en procura de la defensa de lo que ella entiende son sus derechos: Podrá resultar en última instancia que no esté legitimada para la anulación, pero sí lo estará para la impugnación, y por tanto esto no quita que el tribunal deba estudiar su demanda o recurso, analizar y revisar el acto para determinar simultáneamente si es válido o inválido y si afecta o no a la persona que lo ataca. El acto en sí, pues, no tiene ningún supuesto carácter irrevisible.

Por ello, debe eliminarse del lenguaje y la técnica jurídica el nombre y la teoría del "gobierno" o los "actos de gobierno," "actos políticos," "actos no justiciables," "actos institucionales,"[67] etc., porque no responden a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico.

[67] Por ejemplo, el "acto institucional n° 3" dictado por la revolución brasileña el 5 de febrero de 1966, autorizaba por su art. 6° el dictado de "actos complementarios" (del "acto institucional") y actos de ejecución, todos los cuales quedaban por expresa disposición del citado "acto institucional n° 3," "excluidos de apreciación judicial." Como se advierte, si el acto se pretende que no sea justiciable, lo mismo da llamarlo "acto institucional," "acto complementario," acto de ejecución de un acto institucional, o "acto de gobierno;" en todos los casos la consecuencia, y por lo tanto el problema, es el mismo, a pesar de los distintos nombres que se le den. La terminología que consagra al supuesto "acto institucional" como acto irrevisible ha sido seguida en el derecho argentino por MARIENHOFF y otros.

Sección IV

LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Capítulo XIII: *El procedimiento administrativo*

Capítulo XIV: *Los recursos administrativos*

Capítulo XV: *La revisión judicial de los actos administrativos*

Capítulo XVI: *La responsabilidad del Estado*

Capítulo XVII: *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos*

Capítulo XIII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Sumario

I. *Concepto de procedimiento administrativo* 453
1. El proceso: Concepto amplio 453
2. Concepto restringido 454
3. Alcances del problema 454
4. Peligro de la noción amplia 455
5. Derecho procesal administrativo 455
6. El procedimiento administrativo y la función administrativa 456
6.1. Los órganos administrativos 456
6.2. Los órganos judiciales 456
6.3. Los órganos legislativos 457
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos 457
8. Definición de procedimiento administrativo 458

II. *Principios fundamentales del procedimiento administrativo* 458
9. Enumeración de los principios 458
10. Principio de la legalidad objetiva 459
10.1. Alcances del principio 459
10.2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa 460
11. Principio de la oficialidad 462
11.1. Principio de la impulsión de oficio 462
11.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio 462
11.3. Comparación con el proceso civil 463
11.4. Otras consecuencias del principio 464
11.5. Principio de la instrucción 464
11.6. Principio de la verdad material 465

12. Principio del informalismo en favor del administrado 465
12.1. El informalismo como arbitrariedad..... 465
12.2. El informalismo en favor del administrado. Origen 466
12.3. Su formulación en el derecho argentino..... 467
12.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos..... 468
12.5. Otras aplicaciones del principio..... 468
12.6. Conclusión..... 469
13. Principio del debido proceso (garantía de la defensa)..... 470
13.1. Su aplicación al procedimiento administrativo..... 470
13.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa 472
13.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política 475
13.4. Elementos de la garantía de la defensa..... 475
13.4.1. Derecho a ser oído..... 476
13.4.1.1. Publicidad del procedimiento..... 476
13.4.1.2. Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo 477
13.4.1.3. Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas..... 477
13.4.1.4. Obligación de decidir expresamente las peticiones .. 477
13.4.1.5. Obligación de fundar las decisiones 477
13.4.1.6. Derecho a hacerse patrocinar por letrado..... 477
13.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo..... 477
13.4.2.1. Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida 477
13.4.2.2. Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión..... 477
13.4.2.3. Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración..... 477
13.5. Campo de aplicación del principio de la defensa 478
13.6. Nuevos desarrollos del principio..... 479
14. Principio de contradicción 479
14.1. Contenido y alcance del principio de contradicción 479
15. Otros principios..... 482
15.1. Carácter escrito del procedimiento..... 482
15.2. La oralidad como complemento..... 482
15.3. Mediación o inmediación..... 483
15.4. Ausencia de costas..... 484
15.4.1. Improcedencia de la condena en costas..... 484

15.4.2. Supresión del sellado de actuación 485
15.4.3. Caso en que hay dos particulares en contradicción 485
15.5. Celeridad, economía, sencillez y eficacia 486

Capítulo XIII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. Concepto de procedimiento administrativo

1. *El proceso: Concepto amplio*

La idea jurídica de proceso puede ser concebida en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que *se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado,* destacando entonces en el concepto la *unidad* de los actos que constituyen el proceso, y su carácter *teleológico;* es decir, que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin.[1]

En este sentido amplio habría *proceso* en cualquier función estatal y podríamos hablar entonces de: *a)* Proceso judicial (civil, penal, comercial, contencioso-administrativo); *b)* proceso legislativo (es decir, el conjunto de actos parlamentarios que tienen por fin el dictado de una ley); *c)* proceso administrativo. (El conjunto de actos de la administración que tienen por objeto la emanación de un acto administrativo.)

En este concepto no interesa, pues, quién dicta los actos que integran y resuelven el proceso: Basta que sea "el sujeto activo de la función pública, en cualquiera de sus especies,"[2] pudiéndose definir entonces al proceso como la "Serie o sucesión de actos coordinados que fijan los datos según los cuales ha de ejecutarse la función pública, con derecho del sujeto o sujetos pasivos de la misma a participar, con el sujeto activo en su formación."[3]

[1] Sobre estos aspectos de la idea de proceso, por otra parte bastante difundidos y generalizados, ver por ejemplo, COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil,* Buenos Aires, 1958, 3ª ed., pp. 121 y 122; aunque es de señalar que este autor, como todos los procesalistas, limita la idea de proceso al proceso judicial. (Tal como lo hacemos nosotros aquí.)

[2] En esta tesitura BALLBÉ, MANUEL, "La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa)," *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 2ª época, t. XIV, Madrid, 1947, p. 5 y ss. y p. 30.

[3] BALLBÉ, *op. cit.*, pp. 38 y 39. En igual criterio amplio, BECKER, FRANK, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung,* Stuttgart, 1960, pp. 10-11.

2. *Concepto restringido*

No obstante que se suele usar así el término, este criterio no pareciera ser conveniente. En efecto, razones históricas y políticas han dado a la idea de proceso un significado más alto y valioso que el de mera secuencia de actos estatales destinados a un fin determinado: Le han atribuido la característica fundamental de ser una secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio) *por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez)*, con fuerza de verdad legal. (Autoridad de cosa juzgada.) No importa fundamentalmente, tal vez, que el acto del juez resuelva estrictamente un litigio, o que en cambio se refiera a las materias llamadas de "jurisdicción voluntaria;"[4] pero sí es fundamental que el acto final del proceso sea un acto judicial, es decir, una decisión proveniente de una autoridad imparcial e independiente, "desinteresada,"[5] con respecto al proceso.

Aplicar el concepto de *proceso* a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas (sean éstas jurisdiccionales, administrativas o legislativas) implica quitarle ese carácter fundamental y tradicional de medio o técnica para la administración de *justicia*. Bien es cierto que también la actuación de los órganos administrativos y legislativos está sujeta a ciertos principios constitucionales básicos y también comunes al proceso, y que igualmente tienen en definitiva como criterio rector el de la justicia; pero no por ello puede olvidarse que es precisamente en el proceso judicial donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlando y eventualmente prescindiendo de la actuación y las conclusiones de los órganos legislativos y administrativos. Por esas razones y por la conveniencia de establecer una unidad terminológica en el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración, creemos preferible mantener la designación de *proceso* estrictamente para el *proceso judicial*.[6]

3. *Alcances del problema*

Ahora bien, negarle el nombre o carácter de "proceso" al procedimiento administrativo, no puede en modo alguno implicar que por tal circunstancia la

[4] Admite la idea de proceso sin litigio, p. ej.: CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, Buenos Aires, 1959, p. 21 y ss., quien distingue el proceso contencioso voluntario: En este último, el conflicto, si acaso, sería potencial, no actual. (P. 26 y ss., p. 44 y ss.) Una crítica sistemática hace BECKER, *op. cit.*, pp. 13-16, a este criterio.

[5] CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 22.

[6] Es, en general, la orientación de los procesalistas, y también la doctrina dominante entre los administrativistas: Así GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 45 y ss.; NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, p. 70 y ss., 75 y 76; BETTERMAN, KARL AUGUST, "Das Verwaltungsverfahren," en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatschtslehrer*, Helf 17, Berlín, 1959, p. 118 y ss.; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.

administración no habrá de estar sujeta a ninguna regla o principio de derecho en su tramitación.

En efecto, pareciera ser evidente hoy día que ciertos principios generales del derecho y ciertas normas constitucionales consustanciadas con el Estado de Derecho y el sistema republicano de gobierno, no están destinadas a ser aplicadas únicamente en el proceso judicial: También la administración está desde luego sometida a esos principios, y sus procedimientos no estarán menos ligados a ellos por el hecho de que no los cubramos con la calificación de "proceso."

La terminología en sí no es fundamental: Lo importante es señalar que participando en algo de lo esencial del proceso judicial, en el sentido de afectar los derechos de un individuo, le son de aplicación los mismos principios y las mismas garantías que están destinadas a la protección formal de esos derechos en el proceso judicial. De allí entonces que rechazar la calificación de "proceso" no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales;[7] ni tampoco dejar de sustentar la aspiración de que el procedimiento administrativo sea objeto de regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento.[8]

4. *Peligro de la noción amplia*

Por otra parte, la tesis amplia acerca de la noción de proceso es peligrosa, pues, siendo "proceso" sinónimo usual de "juicio," podría llegar a entenderse, como alguna vez se ha sugerido, que no hay violación de la defensa en juicio si los derechos de un individuo son definitivamente resueltos por la administración, siempre que ésta haya oído al interesado. Pero, por supuesto, defensa en juicio es algo más que oír al interesado; es *también que haya un juzgador imparcial e independiente,* cualidades éstas que en ningún caso puede reunir plenamente la administración. Por esta razón también es conveniente reservar el concepto de proceso y, por ende, de juicio para el proceso o juicio estrictamente *judicial,* evitando con esta terminología posibles confusiones como las que se acaban de recordar.[9]

5. *Derecho procesal administrativo*

Se sigue de lo anterior que al hablar de *derecho procesal* nos estaremos refiriendo únicamente a las ramas de la ciencia del derecho que estudian las normas

[7] Confr. Linares, Juan Francisco, "Efectos suspensivos de los recursos ante la Administración," *LL*, 85: 906-907; Langrod, Georges, "El procedimiento administrativo no contencioso," *LL*, 106: 1124 y ss., p. 128, y sus referencias. Comparar Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 463.

[8] Esta aspiración se encuentra parcialmente realizada en el derecho argentino con la sanción, en el orden nacional, del decreto-ley 19.549/72 y su reglamentación.

[9] Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 1, cap. VII, n° 7 a 19.

que rijen los distintos procesos *judiciales*: Civil, comercial, penal, "contencioso-administrativo."

Respecto al último, es de destacar que modernamente se ha simplificado la denominación, y en lugar de hablarse de proceso *contencioso-administrativo* (o sea, contiendas ante la justicia de un particular contra la administración), se prefiere designarlo simplemente como *proceso administrativo*, el cual será estudiado entonces por el *derecho procesal administrativo*.[10]

En tal terminología, por lo tanto, el derecho procesal administrativo se refiere sólo a los *procesos judiciales contra la administración*, y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa.

6. *El procedimiento administrativo y la función administrativa*

En consecuencia, la serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad principalmente de los organismos administrativos (no, pues, en principio, de los judiciales) no se denominará ya "proceso administrativo," sino "procedimiento administrativo."

Toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo, y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo.

De acuerdo con el concepto que expusiéramos en el cap. VII, función administrativa es "toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidos, respectivamente, los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales." (t. 1, cap. VII, p. 42.)

Es decir,

6.1. *Los órganos administrativos*

No realizan sino función administrativa, siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa; por lo tanto, los procedimientos de los órganos administrativos constituyen "procedimientos administrativos,"[11] sea que se trate de órganos de la administración central, o de organismos descentralizados del Estado. (Entes autárquicos, etc.)

6.2. *Los órganos judiciales*

Realizan sólo su propia función, la jurisdiccional y la función administrativa; no les corresponde el ejercicio de la función legislativa. En cuanto al criterio de distinción entre su función específica —la jurisdiccional— y la administrativa, él

[10] González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 105 y ss.; Ule, *op. cit.*, p. 14 y ss.; Betterman, *op. cit.*, p. 119; comparar Sayagués Laso, *op. cit.*, pp. 463 y 464; *infra*, cap. XIX, n° 2.

[11] Conf. Betterman, *op. cit.*, p. 118.

es negativo: Toda la actividad de los órganos judiciales que no sea materialmente jurisdiccional,[12] será administrativa; en esa medida, pues, los órganos judiciales realizarán excepcionalmente procedimientos administrativos.

6.3. *Los órganos legislativos*

Similarmente, no realizan función jurisdiccional,[13] sino sólo la suya propia —legislativa— y además la administrativa; toda la actividad del Congreso, que no sea producción de leyes, constituirá, pues, un procedimiento administrativo.

7. *Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos*

De esto se advierte que existen procedimientos administrativos no sólo dentro del ámbito de actuación de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados: *Entes autárquicos, empresas del Estado*,[14] entes federales o interprovinciales,[15] etc.), sino también de los órganos jurisdiccionales y legislativos. En estos dos últimos casos, se trata en general de todo lo que se refiere a la organización interna y medios materiales y personales de los respectivos organismos. Así, en la justicia y el Congreso, todo lo referente al personal administrativo, y sus relaciones entre sí y con sus superiores (nombramiento, remoción, deber de obediencia, sanciones disciplinarias, recursos, etc.); lo referente a las contrataciones efectuadas (compras de los diferentes elementos necesarios —muebles, libros, papeles—; contratos de obra pública para la construcción o refacción de sus edificios; contratos de edición de libros, de encuadernación; concesiones de servicio de cafetería, etc.), y en general a la disposición de los respectivos fondos públicos (inversiones, gastos, patrimonio; contralor de la inversión, etcétera), *pertenece al ejercicio de funciones administrativas y se desenvuelve, por lo tanto, a través de procedimientos administrativos, terminando en el dictado de actos administrativos.*

Desde luego, tanto los jueces como el Congreso tienen una cierta separación respecto al Poder Ejecutivo en todo lo que respecta a sus propias actividades administrativas. Si bien puede haber ciertos puntos de contacto, en general se trata de jerarquías diferenciadas, y en consecuencia, los decretos del Poder Ejecutivo reglamentando el procedimiento administrativo no son en principio aplicables sino al procedimiento de los propios órganos administrativos de él dependientes (en la administración nacional centralizada o descentralizada), pero no a los que dependen exclusivamente de los otros poderes. Con todo, los principios fundamentales a aplicarse son los mismos, y entendemos por lo demás que en ausencia de

[12] Excluimos también a la "jurisdicción voluntaria" de los jueces, la que no consideramos "función administrativa" y que por ende no implica un procedimiento administrativo.

[13] Salvo tal vez la posible excepción del juicio político. Ver nuestro *Tratado*, *op. cit.*, t. 1, cap. VII, n° 7.2.

[14] Ver nuestro *Tratado*, t. 1, cap. XI, n° 10.1.1. y 10.1.2; *supra*, cap. VI.

[15] Ver *Empresas del Estado, op. cit.*, pp. 119 y 140.

normas específicas para el procedimiento administrativo de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

8. *Definición de procedimiento administrativo*

Definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las *reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.*

Estudia, por lo tanto, la participación y defensa del interesado (que puede ser un particular, un funcionario o una autoridad pública) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa, y, desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la participación e intervención de dichos interesados.

Estudia en particular la defensa de los interesados, y como lógica consecuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos; se ocupa, pues, de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: Sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.

II. Principios fundamentales del procedimiento administrativo

9. *Enumeración de los principios*

Los principios que informan al procedimiento administrativo son de dos grandes tipos; los unos, similares al proceso penal, destacan su carácter oficial, instructorio, donde priman la impulsión de oficio y la verdad material; los otros, contrapesando los precedentemente indicados garantizan la participación del individuo en el procedimiento, y destacan entonces el informalismo a favor del administrado, la adecuada defensa y prueba de éste, el principio de contradicción y la imparcialidad.[16] Estos últimos principios, si bien se piensa, tienden no sólo a proteger al particular contra la administración, sino también a proteger

[16] El *Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* presidido por Sir OLIVER FRANK se pronunció en 1957, en Inglaterra, acerca de los principios que debían guardarse en el procedimiento administrativo: Publicidad, justicia, imparcialidad. (*Openness, fairness, imparitality.*) Ver WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, "Ann Arbor," 1963, pp. 4-5. En Francia se habla ahora de publicidad, carácter contradictorio, imparcialidad, eficacia. Por sobre las diferencias terminológicas es obvio en todos los países la común aspiración a un procedimiento razonable, equilibrado, abierto a la discusión, etc.

a la administración contra sus propios funcionarios;[17] interés público e interés individual del recurrente concurren aquí en medida decisiva.[18]

Finalmente, un tercer grupo de principios señala algunas características externas del procedimiento: Ausencia de costas, carácter escrito, etc.

En ese orden los analizaremos.

10. *Principio de la legalidad objetiva*

10.1. *Alcances del principio*

Una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento mismo, es que ellos son objetivos, en el sentido de que tienden no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la "defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo,"[19] por ello es que hay un cierto interés público en su sustanciación,[20] y por ende en la amplia e integral tramitación y decisión de los recursos y reclamaciones administrativas de los particulares.[21]

[17] Por ello, como dice GIANNI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 48, respecto del recurso jerárquico, *en la medida en que satisfacen un interés privado sirven también al interés de la administración pública*. Con todo, no debe olvidarse la distinción entre interés público e interés de la administración pública, que expusimos *supra*, cap. XI, n° 12.3. Ver también WOLF, HANS J., *Verwaltungsrecht*, t. I, Munich, 1968, 7ª ed., p. 148.

[18] Lo cual confirma una vez más lo que sostuvimos sobre el concepto de interés público en el cap. XI, n° 12.2 a 12.5.

En palabras de LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1967, 3ª ed., p. 609, estos medios son dados por el ordenamiento jurídico no sólo para la tutela de los derechos e intereses de los particulares, sino también en "el interés público de una recta acción administrativa."

[19] HEREDIA, HORACIO H., "Los medios administrativos para la protección de los administrados," *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1945, n° 2, p. 251 y ss. y 254; PTN, *Dictámenes*, 90: 170; 94: 172 y otros.

[20] HEREDIA, *op. cit.*, pp. 254 y 255. LANDI y POTENZA, *op. loc. cit.*, p. 172 y otros. Comparar BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 24: "En este campo donde el interés público... si no es, como alguno pretende, el objeto exclusivo de la tutela procesal, debe, sin embargo, ser siempre salvaguardado," Comparar PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 17, quien expresa que la *ratio juris* del recurso consiste "en la tutela concedida al ciudadano respecto de la actividad de la administración pública, de reflejo, sin embargo, a la tutela del interés público" y por ende "en realidad, a hacer funcionar, a requerimiento del individuo, aquellos controles administrativos que las autoridades competentes pueden ejercitar espontáneamente." Por ello PUCHETTI rechaza la distinción entre controles de oficio y controles ejercidos a instancia del interesado. Con todo que esta conclusión es un poco extrema, muestra de todos modos la íntima relación entre la defensa del particular y a través de ella la defensa del interés público. Por eso que el principio de la oficialidad se complementa e integra luego con la garantía de la defensa, el informalismo, la contradicción, etc.

[21] Para esta y otras confluencias de interés público e interés individual, frente a eventuales intereses fácticos divergentes de la administración pública, ver *supra*, cap. XI, n° 12.3, y WOLFF, *op. loc. cit.*; en igual sentido LANDI y POTENZA, *op. loc. cit.*

En virtud de este principio, se explica, como veremos, que el procedimiento tenga carácter instructorio, y que la autoridad pueda proceder de oficio,[22] que prive en él el principio de la verdad material, por oposición a la verdad formal, que exista amplitud para considerar bien interpuestos los recursos y reclamaciones, facilitando así en lo posible el control de los superiores jerárquicos sobre la buena marcha y legalidad de la administración pública.

De allí se desprende, también, que el desistimiento del recurso recurrente no exima a la administración de la obligación de determinar si existe o no la ilegitimidad aducida y resolver el recurso,[23] y que incluso el fallecimiento del recurrente no varíe tal conclusión.[24]

10.2. *El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa*

De ese mismo principio general surge la necesidad de conferir una amplia oportunidad de defensa al administrado. Esto es un requisito constitucional exigido en los sistemas liberales en atención a la persona humana misma, es decir, al individuo; pero incluso prescindiendo de esa consideración, en cualquier régimen estatal —liberal, autoritario o despótico— se hace técnicamente necesario conferir la máxima oportunidad de defensa para asegurar la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la "legalidad objetiva."

En efecto, sea el régimen jurídico general respetuoso de los derechos individuales o tiránico, el mismo sólo será aplicado correctamente si es posible reclamar adecuadamente en vía administrativa contra cualquier desvío o exceso en su ejecución diaria. Como señala HAMSON:[25] "Tal reclamación, en esencia, no va contra la administración, sino contra el hecho de que un subordinado no dé cumplimiento a la verdadera política de la administración. Es admisible hasta en el despotismo más absoluto o en el Estado totalitario; la admite incluso un comandante militar. Más aún, esas formas de gobierno pueden alentar tal tipo de quejas, en cuanto proporcionan a la autoridad central un medio de controlar la conducta de sus subordinados y de evaluar y, por ende, mejorar la forma en que la política de la autoridad central, por despótica que sea, se lleve a cabo."[26]

[22] HEREDIA, *op. loc. cit.*, ampliar *infra* n° 11 y ss.

[23] HEREDIA, *op. cit.*, pp. 276-278. La legislación española establece algunas distinciones en este punto (arts. 97 y 98 de la ley de procedimiento administrativo); ver ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, pp. 600-601.

[24] HEREDIA, *op. cit.*, p. 255; D'ALESSIO, FRANCESCO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, t. II, Turín, 1934, p. 321.

[25] HAMSON, J. C., "Documento de Trabajo," n° 1, presentado al *Seminario de las Naciones Unidas sobre los Recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio abusivo del poder administrativo*, Buenos Aires, 1959, pp. 21-22.

[26] HAMSON, *op. cit.*, p. 22. Comparar el funcionamiento de la llamada "legalidad socialista," en materia de recursos, defensa del administrado, etc., en ISERZON, EMANUEL, "La réforme de la procédure administrative non contentieuse en Pologne," en la *Revista internacional de ciencias administrativas,* vol. XXIV, Bruselas, 1958, n° 1, p. 21 y ss., p. 27: "Siendo manifiestamente errónea la

"Así pues, aunque puede funcionar e históricamente ha funcionado el sistema organizado de quejas en sociedades que distan mucho del Estado de Derecho, y aunque la finalidad del sistema sea a veces dar mayor eficacia a un gobierno completamente despiadado, o incluso a un régimen militar, la posibilidad de presentar esas reclamaciones y el mecanismo creado para ello han sido históricamente valiosas y pueden serlo en la actualidad, especialmente en las colectividades que se esfuerzan por implantar un régimen de derecho."[27]

"Finalmente, lo que tal vez sea más importante, la maquinaria para tramitar esas quejas no sólo lleva a fiscalizar la administración, sino también *a suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir, la que nace del antojo personal de cada funcionario.* La fiscalización tiene por objeto promover y lograr la regularidad en la administración. Esta regularidad puede suponer tan sólo una mayor precisión en la ejecución de los deseos del "amo" y dista mucho de la noción de Estado de Derecho. Con todo, esta regularidad representa *cierto* progreso con respecto a la arbitrariedad enteramente difusa y generalizada y constituye un requisito para el logro futuro del régimen de derecho: Acaso no se peque de indebido optimismo al pensar que la existencia de un procedimiento regular es, al fin de cuentas, más propicio que el simple caos para que la justicia vea la luz."[28]

En otras palabras, si bien no hay que llamarse a engaño de que los sistemas autoritarios puedan tener fácilmente un eficiente sistema de recursos administrativos, de todos modos es evidente que tal sistema en nada perjudica al régimen imperante; sirve, cuanto menos, para detectar posibles fallas de su funcionamiento. Claro está, si el sistema es verdaderamente autoritario, al generalizar las soluciones de naturaleza arbitraria y engendrar el temor, da con ello a sus funcionarios la potestad de abortar en ciernes, precisamente por esos métodos, cualquier intento de reclamo que los individuos puedan tener: En un régimen despótico, aunque el acto del funcionario inferior no se ajuste a los deseos del déspota, de todos modos aquél puede eficazmente impedir que la queja llegue a oídos de éste. Por ello las observaciones de HAMSON quizá sean principalmente

opinión de que en el régimen socialista desaparece por sí mismo todo contraste entre el individuo y la colectividad, es justo y necesario dejar al individuo los instrumentos de combate para defender sus derechos subjetivos, independientemente de otras vías establecidas a fin de salvaguardar el orden jurídico, el régimen de derecho, el derecho objetivo. Sin negar la importancia primordial de estos últimos, debe saber apreciarse en su justo valor... la eficacia de los instrumentos de defensa de los derechos subjetivos y su rol en el combate por el derecho objetivo;" (*op. cit.*, p. 27) "...la administración no puede reconocer la existencia de un hecho sin que la parte pueda previamente pronunciarse al respecto;" (*op. cit.*, p. 28) "su participación tiene una gran importancia en el proceso de formación del acto administrativo, tanto bajo el ángulo de la defensa de su derecho subjetivo como bajo el de la salvaguarda del derecho objetivo." (*Op. cit.*, p. 28.) Ver también LÉVIT, PAUL, "La procédure administrative Tchécoslovacque," en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXIV, Bruselas, 1958, n° 4, p. 460 y ss.

Ver también DÍAZ, E., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978.

[27] HAMSON, *op. loc. cit.*

[28] HAMSON, *op. cit.*, pp. 22-23; la primera bastardilla es nuestra.

aplicables (además, por cierto, de los países liberales) a aquellos que se han apartado del estricto sendero del Estado de Derecho, sin transformarse con todo en regímenes completamente tiránicos. Pasando de un cierto límite de arbitrariedad tal vez no pueda funcionar tampoco procedimiento alguno.

11. *Principio de la oficialidad*

11.1. *Principio de la impulsión de oficio*

El principio de la "oficialidad," derivado del principio de la legalidad objetiva,[29] tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento.

En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde prácticamente en todos los casos a la administración.[30] Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo: De allí que la inacción del administrado no puede determinar normalmente la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable la creación legislativa de una caducidad o perención de instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, usualmente, su continuación no depende de la voluntad de éste.[31] Y, por supuesto, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresas, la institución procesal de la perención de instancia; si la ley expresamente no lo determina, ella es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, criterio éste a nuestro juicio incompatible con el de la perención o caducidad de instancia.

11.2. *Excepciones al principio de la impulsión de oficio*

El principio de la impulsión de oficio, desde luego, no significa que toda impulsión procesal *debe* proceder de la administración: En todos aquellos casos en que la iniciación del procedimiento depende del particular (reclamaciones, recursos), es evidente que el impulso inicial lo provee el particular,[32] aunque luego de este acto retoma su aplicación el principio general, y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio.[33]

[29] Von Turegg, Kurt Egon, "Die Prozessmaximen im Verwaltungsprozess," en el libro *Festchrift fur Heinrich Lehman*, Berlin, 1956, p. 849 y ss., pp. 852-853.

[30] Becker, Franz, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gezetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 42; González Pérez, Jesús, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 105 y ss.; Vivancos, Eduardo, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, pp. 135 y ss.; Heredia, *op. cit.*, p. 276; doctrina uniforme.

[31] González Pérez, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 127.

[32] Becker, *op. cit.*, p. 42.

[33] Becker, *op. loc. cit.*, Antoniolli, Walter, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 223.

Por ello no consideramos que en el procedimiento administrativo "no puede afirmarse que domine el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el interesado;"[34] a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es netamente predominante, y sólo por excepción puede corresponder dicha impulsión al recurrente o administrado.

Por lo demás, es interesante señalar que en el derecho norteamericano la impulsión de oficio es menos decisiva, otorgándose mayor injerencia a la impulsión de las partes;[35] pero ello es congruente en general con el restringido concepto del derecho anglosajón respecto a la impulsión de oficio, incluso en el proceso penal.[36]

La legislación comparada prevé la caducidad cuando la paralización se debiere a una "causa imputable al administrado" (lo que, como ya vimos, es bastante excepcional), previa intimación por un plazo determinado para que active el expediente. De todos modos, las normas establecen que "operada la caducidad, el interesado podrá... ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas," de modo tal que la única consecuencia desfavorable que la caducidad produce al interesado es el archivo de las actuaciones, pudiendo reiniciar la cuestión posteriormente. En tales condiciones, nos parece una disposición no objetable.

11.3. *Comparación con el proceso civil*

El impulso del procedimiento corresponde fundamentalmente a la administración (sistema inquisitivo o de oficio), a diferencia entonces del proceso judicial común (impulsión de las partes), en que "ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso."[37]

En el procedimiento administrativo, pues, una denuncia o un recurso presentado por un particular contra un acto que reputa ilegítimo, inicia el procedimiento, pero no queda librado al particular detener o extinguir la actividad administrativa en ese procedimiento por el solo hecho de que desista de su recurso o denuncia; la administración tiene, normalmente, no obstante ese desistimiento, la obligación de averiguar la verdad de la denuncia o recurso.

Este principio lo consagra el reglamento del decreto-ley 19.549 en su art. 4°, en estos términos: "Todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado

[34] Villar y Romero, José María, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1949, 2ª ed., p. 57.

[35] Becker, *op. cit.*, p. 43; Schwartz, Bernard, *Le droit administratif Américain*, París, 1952, p. 116.

[36] Becker, *op. loc. cit.*

[37] Alsina, Hugo, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1956, p. 449.

inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie el interés privado del administrado, a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general."

La última parte es tan confusa que pierde significación. Toda actuación en que un individuo es parte, afecta su "interés privado," pues de otro modo no sería parte *legitimada,* o sea, parte *interesada;* y, a su vez, en toda actuación administrativa, en la medida en que se compromete el principio de la legalidad objetiva, está siempre en juego "de algún modo" —como dice el artículo— el interés general. Por lo tanto, la supuesta excepción que consagra la última parte del art. 4° es totalmente autocontradictoria, tanto que se elimina a sí misma y no altera la completa vigencia de la regla general.

11.4. *Otras consecuencias del principio*

En conclusión, el particular puede en cierto modo activar el procedimiento, pidiendo que la administración lo impulse; pero no puede por lo general impulsarlo él mismo, ni tampoco puede paralizarlo con su inacción.

Como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculado con la impulsión de oficio, existe también el principio de que la administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga, y no está obligada a ceñirse únicamente a los puntos reclamados por el particular;[38] si considera que el acto impugnado tiene otros vicios que los señalados por el recurrente, puede también revocar el acto por esos vicios.[39]

11.5. *Principio de la instrucción*

Al lado del principio de la impulsión de oficio, cabe mencionar el principio de la instrucción, en el sentido de que la obtención de las pruebas o certificación o averiguación de los hechos no corresponde exclusivamente a la parte, sino que también debe ser efectuada de oficio, es decir, la administración debe cooperar, y es por ello responsable, en la reunión de los elementos de juicio necesarios para decidir.[40]

[38] Ley española de procedimiento administrativo, art. 3°, inc. 1°; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 154; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 113.

[39] Esto, por supuesto, tiene como límite el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos regulares que conceden derechos subjetivos a los particulares: Dichos actos no pueden ser revocados ni modificados en perjuicio del interesado, en sede administrativa. Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 3, cap. VI.

[40] BECKER, *op. cit.*, p. 43; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 223; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 107 y ss.; PEARSON, MARCELO MARIO, *Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1954, p. 30; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 135 y ss.; HELLBLING, ERNST, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1943, p. 248; PTN, *Dictámenes*, 94: 172.

11.6. *Principio de la verdad material*

Por último, en íntima unión con el principio de la instrucción cabe mencionar el principio de la verdad material por oposición al principio de la verdad formal.[41] Esto es fundamental respecto a la decisión que finalmente adopte la administración en el procedimiento; mientras que en el proceso civil el juez debe en principio constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe, en consecuencia, ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no,[42] por ejemplo, hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias,[43] que estén en expedientes paralelos o distintos, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos,[44] etc. Si la decisión administrativa no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado por esa sola circunstancia.[45]

La fundamentación del principio se advierte al punto si se observa que la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes, y que, por ejemplo, un acuerdo entre las partes sobre los hechos del caso, que en el proceso civil puede ser obligatorio para el juez[46] no resulta igualmente obligatorio para el administrador, que está obligado a comprobar la autenticidad de los hechos;[47] a la inversa, entonces, tampoco puede depender la decisión administrativa de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso: Ella debe siempre ajustarse únicamente al principio de la verdad material.

12. *Principio del informalismo en favor del administrado*

12.1. *El informalismo como arbitrariedad*

Uno de los aspectos fundamentales del procedimiento administrativo es el de su carencia de formas estrictas, o sea, su informalismo.

[41] PTN, *Dictámenes*, 87: 142; 86: 286; 92: 170, 171 vta.; 94: 172 (1965), etc. Hellbling, *op. cit.*, t. I, p. 248.

[42] Becker, *op. cit.*, p. 44; Antoniolli, *op. cit.*, p. 224. En este sentido dice Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 503, "en el caso de que los elementos de juicio que los interesados suministren al órgano resolutorio no sean suficientes para dictar una resolución adecuada, deberá aquél, de oficio, procurárselos, de suerte que llegue a una exacta determinación y al conocimiento y comprobación de los datos a tomar en consideración."

[43] Wade, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 4.

[44] Gellhorn, Walter, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 82 y ss.

[45] Ver nuestro *Tratado*, t. 3.

[46] Como señala Alsina, *op. cit.*, p. 449, en el proceso dispositivo el juez "...sólo conoce del litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer, de tal manera que los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia."

[47] Becker, *op. cit.*, p. 44; Herrnrit, Rudolf, *Das Verwaltungsverfahren*, 1932, p. 3, citado por Becker, *op. cit.*

Pero este término puede ser interpretado de dos formas diametralmente opuestas, por lo que es esencial fijar con precisión el alcance y significado de dicho informalismo.

En una concepción —derivada tal vez del pensamiento procesal— se identifica formalismo con: Certeza, seguridad, uniformidad, protección jurídica. En el derecho francés, por ejemplo, en que por un altamente perfeccionado sistema de control jurisdiccional de la administración, no se ha sentido en igual grado la necesidad de establecer protecciones para el administrado durante la tramitación del procedimiento ante la misma administración, se identificó a veces informalismo con "discrecionalidad técnica;" se estimaba que el procedimiento era informal en el sentido que la administración no estaba sujeta a ninguna regla y que podía libremente llevar el procedimiento por el cauce que técnicamente le pareciera más conveniente, sin sujeción a formas preestablecidas.[48]

Evidentemente, esa es una concepción que, de ser exacta, debiera llevarnos al más terminante rechazo del informalismo, y es la que proviene del derecho español y ha sido BECKER es guiado por ese pensamiento cuando se empeña en demostrar el carácter "procesal" de este procedimiento, para poder entonces sostener que el mismo es "jurídico" y debe estar sometido a reglas jurídicas predeterminadas.[49] Sin embargo, ésta es sólo *una* de las formas de entender el principio del informalismo y, por ende, de aplicarlo.

12.2. *El informalismo en favor del administrado. Origen*

Existe una segunda forma de comprender el informalismo, y es la que provienen del derecho español y ha sido recibida en el derecho argentino. El Tribunal Supremo español declaró ya en 1922 que "Las reclamaciones producidas en vía gubernativa no... están sometidas a formalidades precisas, *debiendo interpretarse su contenido con espíritu de benignidad,*"[50] pudiéndose afirmar que "Esta doctrina se ha venido aplicando *en beneficio de los recurrentes,* evitando que por defecto de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados."[51]

[48] BECKER, *op. cit.*, p. 7; DUEZ, PAUL, y DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, París, 1952, pp. 25 y 26. Con todo, el sistema francés no puede ser juzgado severamente por este aspecto, ya que toda su atención y brillantez estuvo concentrada siempre en el control *posterior*, contencioso, de la actividad administrativa, y no en el *anterior* no contencioso. Ver HAMSON, *op. cit.*, p. 19.

[49] BECKER, *op. cit.*, p. 3 y ss.; 7 y ss.; 33 y ss. Pero esto no es exactamente así en el presente en el derecho francés, que comienza a ocuparse de señalar los principios jurídicos del procedimiento administrativo: Publicidad, carácter contradictorio, imparcialidad, efectividad. (AUBY, J. M., *La procédure administrative non contentieuse*, Dalloz, 1956, Chr. 27; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, París, 1963, 3ª ed., p. 243.)

[50] PERA VERDAGUER, FRANCISCO, *Jurisprudencia administrativa y fiscal*, Barcelona, 1960, p. 19.

[51] GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 294.

En verdad, este criterio ha existido y existe, en mayor o menor medida, en otros países;[52] pero el mérito del derecho iberoamericano reside en haberlo erigido en principio fundamental del procedimiento administrativo.

12.3. *Su formulación en el derecho argentino*

En el derecho argentino, por impulso de la Procuración del Tesoro de la Nación, se han fijado a través de una larga y firme orientación administrativa, las características esenciales de dicho informalismo, recogidas por el decreto-ley 19.549 y su reglamentación.

El procedimiento es *informal sólo para el administrado:* Es decir, *es únicamente el administrado quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas lo benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso.*

Así planteada la cuestión, parécenos indudable que es superior el principio del informalismo para el administrado, única y exclusivamente, respecto al del formalismo para la administración y el administrado. En efecto, la práctica administrativa demuestra que los recurrentes y reclamantes en vía administrativa son en una gran proporción gente de modestos recursos y escasos conocimientos jurídicos, que actúan sin patrocinio letrado y sin posibilidad alguna de dominar los vericuetos del procedimiento, perdiendo frecuentemente los términos para recurrir y efectuando presentaciones que no reúnen sino raramente los caracteres de un escrito judicial.

Establecer un procedimiento formal, a semejanza del judicial, implicaría hacer perder a esa gran mayoría de administrados toda posibilidad seria de recurrir administrativamente, por cuanto pocas veces podrían presentar sus reclamaciones en un todo de acuerdo con las prescripciones positivas. Tal vez en países más desarrollados puede ser viable un procedimiento administrativo formal, como el judicial, pero por lo que respecta al derecho argentino la respuesta parece ser negativa: Formalizar en extremo el procedimiento significaría desproveer de medios de protección administrativa eficiente a la mayoría de los particulares. Ello no significa, por supuesto, que no se deban dictar las normas esenciales del procedimiento: Pero ellas deben mantener siempre el principio del formalismo en favor del administrado.

[52] Ver, por ejemplo, Nai, Siro, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milán, 1957, p. 19, respecto al derecho italiano; comparar también Antoniolli, Walter, *op. cit.*, p. 225, en el derecho austríaco. También el derecho francés ha evolucionado en el punto, y ya hoy se dice que "sobre todo muchas de estas reglas tienden a asegurar *garantías a los administrados*, existiendo entonces las formas y procedimientos *esencialmente en su interés*:" Laubadère, André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, París, 1963, 3ª ed., p. 242; la segunda bastardilla es nuestra.

12.4. *Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos*

Ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, en criterio que ha sido reiteradamente recogido por el Poder Ejecutivo: "Tengo para mí que la determinación del recurso, tanto quiere decir como la voluntad intergiversable de obtener un nuevo pronunciamiento, sin que sea menester que se califique jurídicamente la petición y aunque se la haya calificado erróneamente."

"Lo contrario sería instituir un formalismo y formulismo estéril y pernicioso para la administración pública que serviría para *frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los administrados."*[53]

Como se advierte, el fundamento que aquí se da para sentar el principio del informalismo en la calificación del recurso, es precisamente no "frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los *administrados,"* o sea, que la finalidad es *dar una más efectiva protección jurídica a los individuos, y no conferir mayor discrecionalidad o la administración.*

Dice en este sentido el art. 81 de la reglamentación del decreto-ley 19.549, que "Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé."

Ello, como se advierte, es la ratificación más categórica del principio enunciado.

Se ha dicho también que "los recursos administrativos han de interpretarse no de acuerdo a la letra de los escritos que los expresan, sino conforme a la intención del recurrente, inclusive cuando éste los haya calificado erróneamente usando términos técnicos inexactos," y así, por ejemplo: "Si erróneamente se interpusiera en término... un recurso contra una decisión de entidad autárquica con la denominación de revocatoria o bien de reconsideración, pero se desprendiera la intención del recurrente de seguir la vía jerárquica, debe admitirse y tramitarse como recurso jerárquico cuando sustancialmente reúna las condiciones que para el mismo son exigidas reglamentariamente."[54] O sea, que los escritos se deben interpretar "no de acuerdo a la letra, sino a la intención del recurrente,"[55] y sus deficiencias formales pueden ser de cualquier modo suplidas ulteriormente.

12.5. *Otras aplicaciones del principio*

Se ha hablado igualmente de "...el derecho (*que a la vez es un deber)* de la administración de corregir evidentes equivocaciones de los administrados"[56] no sólo relativas a la calificación, sino también cuando se trata de otras fallas formales.

[53] PTN, *Dictámenes*, 39: 113 y 119.

[54] PTN, *Dictámenes*, *op. cit.*, 67: 95; en igual sentido, 59: 156; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 70: 210; 73: 86; 83: 72, etc.; MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 709.

[55] *Dictámenes*, 73: 86; 68: 210 y 225, y los citados en la nota anterior; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho,* Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 530. En esta tesitura se ha aceptado que una notificación hecha "en disconformidad" implica una clara voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento y es por lo tanto válida interposición de recurso.

[56] *Dictámenes*, 70: 162; la bastardilla es nuestra.

"Aunque el trámite de dicho recurso adolece de algunas fallas formales, ellas no son suficientes como para declarar su improcedencia por ese motivo, pues se han cumplido las etapas sustanciales, máxime cuando en la materia existe un criterio *de amplitud en favor del recurrente* en los casos que han sido de dictámenes por parte de esta Procuración."[57]

Ello, a su vez, ha sido objeto de variadas aplicaciones, entendiéndose que la equivocación en el destinatario del recurso (es decir, el error respecto a la autoridad para ante quien se lo interpone), tampoco afecta la procedencia del recurso, y que debe ser tramitado por la administración en la forma pertinente, inclusive cuando la calificación hecha por el recurrente es clara y terminante: Si el recurso que el administrado quiso interponer es improcedente, la administración debe considerarlo y resolverlo como si fuera el recurso que en su lugar era procedente.

Como otro desprendimiento del mismo principio, y como evidente aplicación del criterio de favorecer al administrado con dicho informalismo, pero no a la discrecionalidad técnica de la administración, se ha entendido reiteradamente que si no consta la fecha de notificación del acto impugnado, o de la presentación del recurso, debe entenderse que él ha sido interpuesto en término; lo mismo ocurre si el recurso es interpuesto ante autoridad incompetente por error excusable.

12.6. *Conclusión*

De todo ello, y de otros antecedentes que a lo largo del presente capítulo se expondrán, se desprende con caracteres netos la naturaleza que reviste el mencionado informalismo: Es fuera de toda duda *informalismo únicamente en favor del administrado,* para facilitarle el ejercicio de los remedios procedimentales y la defensa de sus derechos ante la administración; nada tiene que ver, pues, este informalismo con la discrecionalidad de la administración, ni se puede fundar en él, en ningún caso, soluciones que impliquen un apartamiento administrativo *en contra de los intereses del recurrente*, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general.

A lo largo del tema[58] se encontrará una proficua aplicación del citado principio, en una extensión y frecuencia que posiblemente ha de resultar llamativa para quien no se encuentre familiarizado con este procedimiento. De la lectura teórica de tales enunciados resulta a veces, aparentemente, una excesiva generosidad para el particular: Nada es más erróneo que pensar así, puesto que el auténtico beneficio para el particular sólo aparecerá precisamente con la existencia de un estricto procedimiento que fije regladamente las obligaciones *de la administración*.[59] No ha de temerse, pues, por su supuesto exceso en la aplicación de este

[57] *Dictámenes*, 74: 302.

[58] Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 4.1. y 4.2., *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1980 y 1982.

[59] Y no *las del administrado*, como con gran ingeniosidad hacen algunas leyes y proyectos de la materia. Aunque parezca superfluo decirlo, quien necesita protección es el particular contra la ad-

principio, ni creerse que con él se corrigen los males del procedimiento administrativo derivados de su inadecuada[60] e insuficiente reglamentación legal. El problema subsiste; mientras tanto, ha de tratarse en lo posible de morigerar sus resultados perniciosos, señalando los principios jurídicos generales que al efecto resultan de aplicación.[61]

13. *Principio del debido proceso (garantía de la defensa)*

13.1. *Su aplicación al procedimiento administrativo*

El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo,[62] y con criterio amplio, no restrictivo.[63]

Ello se explica, según ya dijimos, por el carácter fundamentalmente axiológico que la Constitución da a este principio,[64] y por constituir prácticamente un principio general del derecho,[65] consustanciado con la esencia misma de derecho, de Estado de Derecho, y de lo que a veces se ha dado en llamar "justicia natural."[66] Como afirma WADE, ."..la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del

ministración, no la administración contra el particular. Claro está, si la ley que se hace se preocupa de inventar qué más trabas, dificultades y requisitos puede exigirse al individuo, entonces es mejor no hacerla y dejar todo en el desorden: Será siempre más proclive al nacimiento de un buen orden, un benigno informalismo, que un rígido y autoritario reglamentarismo.

[60] Reiteramos, pues, que no se trata de dictar cualquier ley provincial, o hacer una gran mezcla de todas ellas eligiendo los artículos que mejor han consagrado la indefensión del particular; sino de corregir su indefensión con buen sentido común, no dándole a la administración protecciones que ha probado suficientemente no necesitar, y que en definitiva no hacen sino impedirle satisfacer su objetivo final de concurrir al bien público realizando el bien individual.

[61] Por lo demás, es interesante recordar que en Italia el Consejo de Estado ha elaborado, a partir de una mera mención legal en el año 1865 al recurso jerárquico, toda una copiosa jurisprudencia: Llegado el momento de legislar sobre la materia, resultó natural transformar en reglas los resultados de la jurisprudencia así elaborada. (GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 43.)

[62] WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 141 y ss., del mismo autor, *Towards Administrative Justice*, Ann. Arbor, 1963, especialmente caps. I y III; SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 105 y ss.; BECKER, *op. cit.*, p. 49 y ss.; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, p. 729 y la jurisprudencia alemana que cita en nota 37; WILLOUGHBY, WESTEL WOODSURY, *The Constitutional Law of the United States*, t. II, Nueva York, 1929, p. 1732 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 42 y ss.; SERRANO GUIRADO, ENRIQUE, "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo," en *Revista de Administración Pública*, n° 4, Madrid, 1951, p. 129 y ss., 127 y ss.; LINARES, J. F., "La garantía de defensa contra la administración," *LL,* 142: 1137: *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1974, pp. 51-55.

[63] ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 598, y sentencia del Tribunal Supremo español que cita.

[64] Ver *Tratado*, t. 1, cap. V, n° 4.

[65] DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 248; REAL, *op. loc. cit.* Ver también del mismo autor "Las garantías en el procedimiento administrativo," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* año XVII, n° 2-4, Montevideo, 1966, p. 219.

[66] WADE, *Administrative Law, op. cit.*, p. 141 y ss.; ver también REAL, *Los principios...*, *op. loc. cit.,* ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 598.

campo de la administración;" "esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal *(fair procedure),* o debido proceso, y es apta de gran elaboración en detalle." Por estas razones, aunque este principio no figurara en las leyes o reglamentos de procedimiento, corresponde de todos modos interpretarlos en el sentido de que tal principio es de aplicación[67] por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional. Más aún, se ha dicho incluso que aunque normas reglamentarias expresamente nieguen este derecho o lo cercenen, por ejemplo prohibiendo la vista de las actuaciones, de todas maneras debe cumplirse el principio de vista, audiencia y prueba, aplicando así la norma de jerarquía superior.[68] Claro está, es una larga y perenne lucha la que se libra entre los funcionarios de inferior jerarquía administrativa, que ignoran la norma constitucional, y los particulares que deben bregar porque se respeten los verdaderos principios del procedimiento administrativo, con la secuela de recursos y reclamos que a veces es necesario interponer para obtener su cumplimiento.

El reconocimiento práctico en el procedimiento administrativo de la garantía del art. 18 de la Constitución surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema y ha sido ampliamente reconocido y aplicado uniformemente por la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir de un viejo dictamen: "En opinión del suscripto el párrafo 2°[69]...se limita a consagrar para el caso particular al que esa norma se refiere, la aplicación del principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído;» debiendo entenderse en el sentido de que la Superintendencia, *antes* de dictar resolución alguna que afecte a las sociedades, debe hacerles conocer las conclusiones del sumario incoado, darles oportunidad para formular los pertinentes descargos, y habiendo puntos de hecho controvertidos, abrir a prueba las actuaciones por el término indispensable. De este modo el orden de los procedimientos sería el siguiente: Sumario, defensa, prueba, si hay hechos controvertidos, decisión, y contra esa decisión, recurso de apelación o jerárquico ante el Ministerio de Hacienda."

"El principio enunciado tiene tanta ambigüedad como el hombre, a estar a lo que expresó en 1724 una corte inglesa en el famoso caso del doctor Bentley: «Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán —dijo Dios—, dónde estabas tú? ¿No has comido del árbol del que no debías hacerlo?» (WADE & PHILIPS, *Constitucional Law*, 4ª ed., London, 1946, p. 276.) El Comité designado por el Lord Canciller de Inglaterra para estudiar la extensión de los poderes ministeriales al emitir su informe en 1932, sostuvo de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, el más alto tribunal de aquel país, que los principios de la justicia natural eran de aplicación indispensable en

[67] WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, pp. 16 y 63, y el *leading case* del año 1963 que cita.

[68] PTN, *Dictámenes*, 101: 117 y ss.

[69] Se refiere a una norma de la reglamentación existente para un organismo administrativo, la Superintendencia de Seguros.

materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquel que imponía no condenar sin oír a la parte... *(Committee on Minister's Powers,* London, Report, 1936, pp. 76-80.) Sobre el fundamento aportado por la enmienda XIV de la Constitución acerca del debido proceso legal, entendido con sentido procesal, igual principio se aplica ineludiblemente en el procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América. (HART, J., *An Introduction to administrative Law,* 1940, p. 258 y ss.; SCHWARTZ, B., "Procedural Due Process in Federal Administrative Law," *New York University Law Review*, t. 25, p. 52 y ss.) Igual ocurre entre nosotros en virtud de lo dispuesto por el art. 29 (antes 18)[70] de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia que lo ha interpretado."[71]

La necesidad del respeto al principio de la defensa, previo a las decisiones que se adopten, ha sido consagrada por la jurisprudencia argentina incluso para organismos *públicos no estatales*, que están facultados por ley para aplicar alguna sanción de tipo administrativo. La Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital ha establecido, por ejemplo, que "La Federación Argentina de Box no pudo aplicar a... una sanción... sin darle audiencia para formular sus descargos y otorgarle una razonable oportunidad para producir la prueba que eventualmente pudiera ofrecer. Se ha violado de ese modo el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio que en este caso principalmente debió ser respetado estrictamente por... dejar al sancionado en un estado de indefensión total." "El olvido de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución torna arbitraria e ilegal la medida dispuesta por la Federación Argentina de Box y debe dejarse sin efecto por vía de recurso de amparo."[72]

Esta saludable extensión del principio a organismos no estatales demuestra más acabadamente aún su imprescindible y amplia necesidad de aplicación respecto a los organismos estatales.

13.2. *El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa*

Nos atreveríamos a decir que el principio cardinal del procedimiento administrativo, como de cualquier otro procedimiento a través del cual se haya de ejercer poder sobre un individuo,[73] es el del debido proceso, o procedimiento leal y justo; como también dice WADE, en efecto, "tanto de la sustancia de la justicia reposa en

[70] Luego de la derogación de la reforma de 1949, se trata nuevamente del art. 18 de la Constitución.

[71] PTN, *Dictámenes*, 39: 275: Doctrina administrativa uniforme. Para una comparación del *Report* de 1932 y el emitido por el Franks Committee en 1957, ver BECKER, FRANZ, "The Donoughmore Report and the Franks Report," en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXIV, Bruselas, 1958, n° 4, p. 453 y ss.

[72] *LL*, 99: 738, 753, *González Lorenzo*, 1960. Respecto a si estas decisiones de personas no estatales son o no actos administrativos, ver nuestro *Tratado*, t. 3, cap. I, n° 10.

[73] "El gran problema... (de) cómo aplicar poder sin olvidar la justicia es obviamente universal, que cada Estado debe afrontar si cree en la democracia y en el imperio de ley" (*rule of Law*): WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.,* p. 2; ver también pp. 12 y 63.

un justo procedimiento!" *(Fair procedure.)*[74] Este principio es absolutamente obvio en cualquier procedimiento ante un tribunal de justicia; *debiera* ser igualmente evidente en un procedimiento administrativo, pero de hecho no siempre lo es en realidad.[75] Cualquier estudiante de derecho o de administración, dice WADE, estará de acuerdo en que el derecho a ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es tanto una regla de buena administración como de buena decisión judicial. "No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera. Podemos concebir —porque a veces lo hacemos— que las decisiones administrativas sean tomadas de otra manera. Sin embargo, esto debiera ser imposible."[76]

El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia: Es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión.[77] El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, entonces es meridiano que la voz del afectado, aun en el más claro de los casos, aporta siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto. Relata WADE el caso de un conductor de taxímetro al cual se le imputaba una falta que estaba solamente acreditada su licencia estaba a punto de serle revocada sin citación alguna para su defensa, pero a instancia de uno de los miembros del Comité que debía resolver la cuestión, se lo citó para su defensa: El individuo no aportó ningún elemento de juicio sobre los hechos que constituían la falta, pero en cambio puso de manifiesto su situación personal muy difícil "ex combatiente; invirtió sus ahorros en un criadero de pollos, pero una peste los eliminó a todos; no tenía ahora sino su taxi para poder vivir, etc." "Nada podría haber tenido menos que ver con el cargo ante el Comité. Sin embargo, cuando la carta fue leída, sus corazones comenzaron a ablandarse, y

[74] WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 2; p. 90. Es interesante señalar que en Inglaterra se ha llegado a hablar de que la garantía de la defensa, en un procedimiento administrativo leal y justo, es una adición a la lista de las medidas que preservan las libertades individuales, entroncada en la Carta Magna y al *Bill of Right*: Tal es la importancia que se asigna a esta garantía. Ver WADE, *op. últ. cit.,* p. 85.

[75] WADE, *op. últ. cit.,* p. 9.

[76] WADE, *op. loc. cit.* En contra, LINARES, J. F., *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1974, pp. 53-55.

[77] En sentido similar, WADE, *op. cit.*, p. 11: "Si su importancia fuera comprendida correctamente, debería ser establecido tan rígidamente por los administradores, *en su propio interés*, como por los abogados. Porque inevitablemente tiende a una decisión más justa y así a una mejor administración." La bastardilla es nuestra. Además, vale la pena recordar las palabras de LA ROCHEFOUCAULD, "*La promptitude à croire le mal sans l'avoir assez examiné est un effet de l'orgueil et de la paresse*." (*Réflexións*, CCLXVII.)

comenzaron a ver que podría haber otro lado del caso, con un aspecto humano;"[78] así fue como le aplicaron una sanción condicional, bajo apercibimiento de que si rescindía en la falta su licencia le sería cancelada: El taxista no reincidió, y así continuó luego en el ejercicio de su actividad.[79]

El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, etc. Si en el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe una decisión tomada sin oír al interesado, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito.

No ha de pensarse tampoco que esto es mera cuestión de sensiblería; que en el caso del taxista inglés, por ejemplo, la decisión que *debiera* "legalmente" haberse tomado era la de revocar la licencia. Pues si el Estado moderno adopta como una de sus finalidades fundamentales la realización del bienestar de los ciudadanos,[80] y si toma sobre sí la responsabilidad de atender a las clases menos favorecidas de la sociedad[81] a través de un complejo y cuantioso sistema de asistencia social, salud pública, previsión, etc., no es coherente que en la resolución de los casos concretos pretenda olvidar esos postulados de bienestar y decidir según la pura letra de la norma. No decimos que debe hacer beneficencia en cada una de sus decisiones, pero sí que no puede en modo alguno dejar de *tener en cuenta*, positiva o negativamente, lo que cada individuo tenga que decir y probar no sólo sobre sus derechos e intereses desde el punto de vista legal, sino también, si así lo desea, sobre las razones de oportunidad o de humanidad que a su entender sean pertinentes sobre el caso. De donde, entonces, el cumplimiento del principio de la audiencia por parte de la administración le es casi más imperativo a ella que a la justicia, pues hace a la realización de uno de sus fines —el bienestar de la persona humana— que la justicia no tiene en cuanto tal sobre sí. Esto torna mucho más grave y pernicioso cualquier desvío que la administración haga de esta regla universal, y exige un mayor cuidado y control que asegure su efectivo cumplimiento por ella.

[78] WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, p. 10.

[79] WADE, *op. loc. cit.*

[80] Según la concepción del "Estado de Bienestar," que comentamos *supra*, cap. I. En cuanto a la relación entre "Estado de Bienestar" y publicidad del procedimiento, ver WADE, *op. cit.*, p. 23. Ver igualmente PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 270-1.

[81] Como dice la ley 62-900 del cuarto plan francés, aprobado en 1962, según cuyo art. 1°, segunda parte, son objetivos del plan "De una parte, el mejoramiento de la condición de las categorías más desfavorecidas de la Nación, en particular: Ancianos, responsables de familia, repatriados... asalariados de bajo ingreso." Ver BAUCHET, PIERRE, *La planificación française*, París, 1966, p. 351. Respecto al tema de la planificación, ampliar en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, caps. I a IV.

13.3. *El principio de la defensa como criterio de eficacia política*

Un procedimiento leal y justo en que se respete integralmente el derecho de los individuos a ser oídos y a producir prueba y controlar la de la administración, por fin, sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder. "Ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administrados mismos, porque el Estado está consustanciado *(permeated)* desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que *el Gobierno depende de la aprobación de los gobernados.* El *fair play* en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del Gobierno."[82] En efecto, es bien evidente que una gran parte del descontento de un pueblo con su Gobierno, cualquiera que éste sea, nace no solamente de las grandes líneas o acciones políticas que él emprenda, sino también de las pequeñas pero numerosas injusticias que a diario se cometen a través del aparato administrativo. El descontento por el trato descortés, por el procedimiento injusto, originado en una disposición municipal, en una tramitación por el servicio eléctrico o telefónico o de aguas o de transportes, en una gestión ante los diversos departamentos que componen el sistema de seguridad social. (Cajas previsionales, salud, etc.), en el trato con un agente de policía, etc., se torna fácil y rápidamente en descontento contra el Gobierno.

Un Gobierno que pudiera operar con un aparato administrativo que no cometiera estas innecesarias injusticias de trato, que asegurara un procedimiento leal y respetuoso, que garantizara en todo momento un efectivo derecho a ser oído, a discutir los actos administrativos en todo nivel, a tratar de probar lo contrario de lo sostenido por el funcionario, y que eliminara así esta enorme cuota de fricciones e insatisfacción, seguramente vería que la *aprobación de los gobernados* se le brinda con mucha mayor facilidad y le permite en último análisis cumplir con mayor eficacia los objetivos que se haya trazado. Un Gobierno que se gana el descontento con esas pequeñeces, por no corregirlas, es un Gobierno signado por el destino común de sufrir al mediano plazo la frialdad y la oposición de los gobernados; sin el apoyo y el asentimiento de los cuales nada duradero puede construirse desde el poder.

13.4. *Elementos de la garantía de la defensa*

Por de pronto, conviene adelantar que la jurisprudencia y doctrinas iberoamericanas han apuntado que este trámite sustancial e inexcusable,[83] que debe practicarse *de oficio* aunque el interesado no lo solicite, o alegue,[84] no ha de transformarse

[82] WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 19.

[83] Tribunal Supremo español, Sentencias del 11-II-1915, y del 18-I-1932, 20-V-1932 y 11-VII-1932, etc.; SERRANO GUIRADO, ENRIQUE, "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo," *Revista de Administración Pública*, n° 4, Madrid, 1951, p. 129 y ss., pp. 142-143.

[84] Tribunal Supremo español, Sentencia del 8-VI-1933: SERRANO GUIRADO, *art. cit.*, p. 142.

en una "mera ritualidad," "rutinaria y externa,"[85] o en "una apariencia formal de defensa,"[86] ni en "la mera formalidad de la citación de los litigantes,"[87] sino que consiste "en la posibilidad de su efectiva participación útil"[88] en el procedimiento.

Estas advertencias señalan la existencia de una resistencia de cada funcionario al cumplimiento efectivo de la garantía, sea violando el deber de citación y audiencia, sea dando los pasos formales que se le requieren, pero prestando oídos sordos a lo alegado y probado. Es que, en última instancia, el derecho a ser oído es un derecho transitivo, que requiere alguien que quiera *escuchar* para poder ser real y efectivo: Tener presente esta última gran dificultad para la plena vigencia de esta garantía, ha de hacernos extremar el cuidado para que se cumplimenten todas y cada una de sus etapas y aspectos.

Además, podrá observarse que en cada uno de los aspectos de esta garantía, desde el tener acceso a las actuaciones, presentar sus alegaciones, producir prueba, etc., se insiste en que ellos deben ser respetados desde *antes* de tomarse la decisión que puede afectar los derechos del individuo. Esto tiene significativa importancia no sólo para una más eficaz defensa del interesado, sino también como un modo de poner mayor énfasis en los controles *preventivos* que en los *represivos*:[89] *"Melius est intacta jura servare, quam vulneratae causae remedium quaerere,"* lo cual confiere mayor eficacia y economía procesal a todo el procedimiento administrativo.[90]

Pues bien, dicha garantía comprende varios aspectos:

13.4.1. *Derecho a ser oído. Lo que a su vez presupone:*

13.4.1.1. *Publicidad del procedimiento*,[91] en un primer aspecto manifestada en el *leal conocimiento de las actuaciones administrativas*,[92] lo que se concreta en la

[85] Tribunal Supremo español, Sentencias del 26-XI-1911 y del 18-XI-1930: Serrano Guirado, *art. cit.*, p. 142.

[86] CSJN, *Fallos*, 189: 23, *Rojas Molina*, 1941; Grau, Armando Emilio, "La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino," en la *Revista de Ciencias Administrativas,* n° 27, La Plata, 1968, p. 23 y ss., p. 30.

[87] CSJN, *Fallos*, 215: 357; nuestro libro *Estudios de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 92.

[88] *Op. loc. cit.*

[89] Ver, en sentido general, Cataldi, Giuseppe, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milán, 1967, p. 4.

[90] Ver Cataldi, *op. loc. cit.*

[91] Wade, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 19 y ss.; Franks Committee de 1957; Auby, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. loc. cit.*; de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif,* t. I, *op. cit.*, p. 243; Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, p. 177.

[92] Como ya dijo la Corte Suprema "...desde luego la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe —Facos, 193, 405; 198, 83— porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio (*Fallos*, 215: 362); PTN, *Dictámenes*, 39: 271-276-278; Becker, *op. cit.*, pp. 48 y 53; Schwartz, *op. cit.*, p. 118; Serrano Guirado, *op. cit.*, p. 166 y ss.; Langrod, Georges "El procedimiento administrativo no contencioso," *LL*, 106: 1124 y ss., p. 1128.

llamada "vista" de las actuaciones; el "secreto" del procedimiento sólo se justifica en casos excepcionales y por decisión expresa de autoridad competente.[93]

13.4.1.2. *Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo*,[94] y desde luego también después.

13.4.1.3. *Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas*, en cuanto sean conducentes a la solución del caso.[95]

13.4.1.4. *Obligación de decidir expresamente las peticiones*, y como corolaria de 13.4.1.3.

13.4.1.5. *Obligación de fundar las decisiones*, analizando los puntos propuestos por las partes.

13.4.1.6. *Derecho a hacerse patrocinar por letrado*, teniendo su asistencia e intervención en todo momento: Va de suyo que el abogado también tiene necesario acceso al expediente[96] y puede efectuar todos los actos procedimentales que corresponde a la defensa de su cliente.

13.4.2. *Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo. Este segundo aspecto comprende:*

13.4.2.1. *Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida*[97] aunque deba producirla la propia administración. (Informes, etc.)[98]

13.4.2.2. *Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.*[99]

13.4.2.3. *Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración*, sea ella pericial o testimonial,[100] como otra manifestación del principio de la publicidad.

[93] Sobre este tema de interés ver el trabajo de ROWAT, DONALD C., "The Problem of Administrative Secrecy," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXII, año 1966, n° 2, p. 99 y ss. Ver también "Informatique et secret dans l'administration," de FRANÇOIS GALLOUEDEC-GENUYS, igual revista, vol. XXXVIII, n° 2, 1972, p. 141 y ss.

[94] WILLOUGHBY, *op. cit.*, pp. 1732 y 1733; SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 105 y ss.; WADE, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 142 y ss.; HAMSON, *op. cit.*, p. 17 y ss.; LANGROD, *op. cit.*, pp. 1127 y 1128; VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, 1961, p. 423; GRAU, *op. loc. cit.*; FRAGA, *op. cit.*, pp. 146 y 147; ISERZON, *op. cit.*, p. 28; Decreto-ley 19.549, art. 1°, inc. *f)*, apartado 1°.

[95] Esto se desprende del principio de la *razonabilidad* de los actos administrativos, que la Corte Suprema ha incorporado a la jurisprudencia.

[96] AUBY, J. M. y DRAGO, R., *Traité de contentieux administratif*, t. II, París, 1962, p. 616.

[97] Ver REAL, ALBERTO RAMÓN, "Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo," en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y administración*, Montevideo, 1963, t. 60, n° 2-3, p. 55 y ss. Corte Suprema de Justicia (Uruguay), *Grezzi*, 1960, en la revista citada, pp. 76 y 80; PTN, *Dictámenes*, 94: 264; GRAU, *op. loc. cit.*

[98] Mucho más evidente aún es que "el Estado no debe retener pruebas que alguien necesita para hacer valer sus derechos," como expresa WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 4.

[99] Decreto-ley 19.549, art. 1°, inc. *f)* apartados 1°, 2° y 3°.

[100] Confr. GRAU, *op. loc. cit.*; ampliar en WILKEY, p. 7 y ss.; ISERZON, *op. loc. cit.*

13.5. *Campo de aplicación del principio de la defensa*

Toda decisión susceptible de afectar los derechos o intereses de una persona debe ser dictada habiendo oído *previamente* a la persona alcanzada por el acto. Es esta una forma o procedimiento de llegar a la resolución, y por ello la regla no debe variar, cualquiera sea el tipo de decisión a adoptarse. Salvo supuestos de extrema urgencia o estado de necesidad pública, en que la precariedad del tiempo y la gravedad de la situación puedan hacer indispensable tomar alguna decisión en forma inmediata, lo cierto es que normalmente nada justifica que no se escuchen las razones y se consideren las pruebas que presenten los interesados antes de adoptarse una decisión. Es ésta, como vimos, no sólo una regla de justicia, sino también de buena administración, en la medida que implica y asegura un más acabado conocimiento y valoración de los hechos sobre los cuales se ha de resolver.

Si bien este principio se vincula con el de publicidad, de todos modos no se confunde con él, ya que es perfectamente concebible un procedimiento del que no se informe al público en general, pero en el que se dé adecuada oportunidad de defensa a la persona afectada por él. Por ello, en los asuntos reservados o incluso secretos es posible, además de deseable, cumplir con esta garantía sin desnaturalizar el procedimiento.

Por fin, quizá no esté demás señalar que la garantía de la defensa también le corresponde a la persona que ha cometido una falta grave o delito, por grave que él sea, aunque su culpabilidad esté probada o aun reconocida por el culpable. No ha de cometerse, en efecto, el clásico defecto lógico de razonar, por ejemplo, que si la venta de licor está prohibida, entonces la persona que vende licor puede ser tratada injustamente;[101] se trata de la falacia lógica del razonamiento *ad hominem*.[102]

En otras palabras, por más culpable que sea una persona, por mejor que esté acreditada su falta, ello no puede fundar que no sea escuchada para que exprese lo que quiere decir en su descargo, o la prueba que quiere ofrecer: Aun estando probado el hecho, la prueba por él ofrecida puede servir para mitigar su culpa, dar un diverso encuadre normativo de la cuestión, graduar la pena, pedir luego gracia o indulto, etc. Por ello, en ningún caso será válido prescindir del cumplimiento de este principio.

La violación de la garantía de la defensa es para nosotros uno de los principales vicios en que puede incurrirse en el procedimiento administrativo, y también uno de los vicios más importantes del acto administrativo que en su consecuencia se dicte. Por lo tanto, estimamos que a menos que la transgresión de que se trate sea de poca trascendencia, la indefensión del particular cometida por la administración debe sancionarse siempre con la nulidad del procedimiento.

[101] DAVIS, *Administrative Law Treatise*, Nueva York, 1958, § 7, 19, citado por WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 68.

[102] COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, 1962, p. 63.

Sin embargo, existe una cierta tendencia de los jueces a no anular retroactivamente los procedimientos administrativos en los cuales no se ha respetado esta garantía, en base al argumento de que de todos modos el interesado sí es oído en la instancia procesal de que se trata. Es una lástima que de esa manera se pierda el tiempo, pues frecuentemente el particular no tendría necesidad de acudir a la justicia, si hubiera sido escuchado debidamente en la administración; por lo demás, es evidente que si no se sanciona con la nulidad el trámite incorrectamente efectuado nunca aprenderá el funcionario que lo hizo mal, cuál es la forma correcta de hacerlo, y lo seguirá entonces haciendo mal, no oyendo al interesado ni recibiendo sus pruebas, etc., durante tanto tiempo como los jueces digan que eso no importa si ellos oyen al quejoso en la etapa judicial.

13.6. *Nuevos desarrollos del principio*

Los mencionados principios han tomado tanta importancia en el moderno Estado de Derecho, que muchos de ellos ya no son mencionados como parte de la garantía de la defensa en juicio o debido proceso, sino que han tomado identidad propia: Así la razonabilidad, la publicidad de los actos y procedimientos estatales, la fundamentación de los actos administrativos, el control de la producción de la prueba.

De cualquier manera, sea que se los mencione dentro de esta garantía, o como principios autónomos de derecho público, lo esencial es que ellos son de indudable aplicación en el procedimiento administrativo, constituyendo sus criterios cardinales.

14. *Principio de contradicción*

14.1. *Contenido y alcance del principio de contradicción*

A veces existen intereses *contrapuestos* de los mismos particulares interesados en un procedimiento: Concursos, licitaciones públicas o privadas; solicitudes de autorizaciones, permisos, franquicias, exenciones, etc. En estos casos el procedimiento adquiere un pleno carácter contradictorio,[103] y la administración está obligada a asegurar que este carácter se haya cumplido con la participación *igualitaria* de los interesados, so pena de ilegitimidad de la decisión[104] por afectar la imparcialidad que ella debe guardar en el trámite.[105]

[103] Bodda, *op. cit.*, p. 50. Sin perjuicio de que también hay contradicción, en sentido más lato, por la impugnación misma del acto de la administración por el particular (lo que daría a ambos, administración y administrado, carácter de *partes*, según Cammeo, Federico, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 664), y por la circunstancia misma de la controversia que el recurrente plantea y del necesario derecho de defensa que debe respetársele (de Laubadère, *op. cit.*, t. I, p. 247 y ss.), el cual, en palabras de Dyroff, es también "el derecho de ser oído *con ataque y defensa*." (Citado por Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 326.)

[104] Bodda, *op. loc. cit.*

[105] Ello, sin perjuicio de que la parcialidad o prejuicio demostrado por el funcionario interviniente son causales de recusación, según lo explicamos en *Procedimiento y recursos administrativos*, t. 4.1.

En este sentido la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que "el principio de contradicción, que es uno de los principios "formativos" del proceso, así lo impone,[106] tanto en el orden judicial como en el administrativo. No requiere especial fundamentación este aserto, pues no hace sino traducir un principio de vigencia universal."[107]

El principio de la contradicción, con todo, no siempre se cumple cabalmente en la práctica, por cuanto los funcionarios frecuentemente son reacios a favorecer la plena discusión que dicho principio supone. Cuando se tiene que otorgar una autorización, permiso, exención, radicación industrial, etc., suele ocurrir que el funcionario que debe decidir acerca de la solicitud pertinente, no es proclive a favorecer su impugnación por los "contrainteresados"[108] e incluso llega a tratar de impedir la eficaz tramitación de tales impugnaciones, pensando que así resolverá más fácilmente a su arbitrio.

Sin embargo, la contradicción en tales casos se da principalmente en el propio interés público, ya que con las observaciones y pruebas de los contrainteresados la administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad; si, en cambio, se decide sólo en vista a las argumentaciones y documentaciones del propio solicitante, su decisión tiene un margen mayor de error y de inoportunidad. Queda dicho entonces que también será ilegítima la determinación tomada en tales condiciones de parcialidad.

También se presenta la contradicción cuando un particular impugna un acto que a su vez beneficia a otro,[109] el cual debe participar entonces en el trámite del recurso: Si no se lo ha citado y se decide sin haberlo oído, él puede impugnar el acto por indefensión.

En todos estos casos, la citación oportuna de los contra-interesados en su caso es fundamental, para posibilitar su participación útil en el procedimiento;

del *Tratado*. En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 93: 264.

[106] Se refiere a la necesaria participación, en igual carácter de parte que el interesado principal, del tercero interesado contrariamente.

[107] PTN, *Dictámenes*, 57: 264.

[108] Es la terminología italiana, por ejemplo de Bodda, que habla de "recurso" y "contrarrecurso," "interesado" y "contrainteresado" en el procedimiento administrativo en el cual la contradicción se da entre particulares y no solamente del individuo contra la administración. También Lessona, Silvio, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, p. 197, utiliza la expresión "contrainteresado;" del mismo autor, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1955, p. 61. Ver también otra terminología *infra*, nota 110.

[109] Al que a su vez se lo denomina a veces "resistente" (Cammeo, *op. cit.*, p. 664), o "cointeresado" (por oposición a "contrainteresado") (Giannini, Massimo Severo, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 41); surge fácil, asimismo, el recuerdo de la expresión "coadyuvante" con la cual el derecho español designa al particular que defiende el acto impugnado, en el procedimiento "contencioso administrativo:" ver, por ejemplo, López Rodó, Laureano, *El Coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943, p. 17; igual terminología recogen los códigos provinciales de la materia en nuestro país: Argañaraz, Manuel J., *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 225 y ss. Pero quizá baste hablar de "interesado" y "contrainteresado."

en el derecho italiano se admite que esa citación, y la previa individualización de las personas afectadas por el procedimiento, puede ser hecha por el propio recurrente,[110] quien, desde luego, asume la responsabilidad de la correcta individualización y citación de aquéllos, bajo pena de declararse la nulidad del procedimiento.[111] Dado el informalismo del procedimiento, y la tendencia incluso dentro del derecho procesal a la delegación de actos procesales de tipo meramente formal (tales como traslados, notificaciones),[112] pensamos que esa solución es loable y puede ser aceptada dentro del procedimiento administrativo en general.

Por último, es de interés mencionar que incluso en Francia, donde la distinción entre el procedimiento jurisdiccional y el administrativo se efectúa denominando al primero "procedimiento administrativo contencioso" y al segundo "procedimiento administrativo no contencioso," de todos modos se admite cada vez con mayor amplitud el carácter *contradictorio* que debe darse dentro del así llamado procedimiento no contencioso[113]. También en España, después de dictada la ley de procedimiento administrativo de 1958, se introdujo en la reforma de 1963 el principio de "si hubiera terceros interesados se les dará, en todo caso, traslado del escrito de recurso para que en el propio plazo establecido en el art. 91, párrafo 1, aleguen cuanto estimen procedente en defensa de sus intereses legítimos" o, por cierto, de sus derechos subjetivos.[114] El carácter contradictorio, como se ve, tiende a afirmarse universalmente. Es que, en verdad, sería cerrar los ojos a la realidad pretender que en el procedimiento administrativo hay una sola parte cuyos derechos serán discernidos, sin conflictos ni contiendas algunos, por un órgano desinteresado del asunto; por el contrario, los recursos, reclamos y denuncias administrativas suponen casi necesariamente un conflicto de intereses entre el recurrente por un lado y el órgano autor del acto por el otro, y esto desemboca muy concretamente en una impugnación que no es otra cosa que contienda: De allí la indispensable discusión plena del asunto, con ataque y

[110] Lessona, Silvio, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, *op. cit.*, p. 197; Giannini, *La giustizia amministrativa*, *op. cit.*, p. 51. En el recurso jerárquico del derecho italiano, la administración puede hacer ella misma las citaciones, o invitar al recurrente a efectuarles él; en cambio, en el recurso extraordinario al Presidente de la República, la carga de realizar esta notificación corresponde directamente al recurrente. (Giannini, *op. cit.*, p. 72.) Por eso afirma Giannini que en este recurso el principio de la contradicción adquiere carácter perfecto, sin ser con ello jurisdiccional: "Esto no es, sin embargo, un rasgo típico de la jurisdiccionalidad, porque se observa la tendencia del derecho administrativo moderno a extender el principio de la contradicción." (*Op. cit.*, p. 72.)

[111] Giannini, *op. cit.*, p. 52, ...pero también si son (mal) individualizados por la administración pública, el procedimiento está viciado, porque la presencia de los contrainteresados en el recurso está dada en el interés público general." (*Op. loc. cit.*)

[112] Ver art. 137 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto a la firma por el letrado de las cédulas de notificación, lo que constituye sólo un modesto avance en la materia.

[113] Auby, J. M. y Drago, R., *Traité du contentieux administratif*, t. II, París, 1962, p. 608 y ss.; Auby, J. M., *La procédure administrative non contentieuse*, Dalloz, 1956, Chr. 27; de Laubadère, *op. cit.*, t. I, p. 243.

[114] Guaita, Aurelio, *La revisión de la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 36.

prueba, a través de un procedimiento imparcial, público, etc.;[115] lo mismo cabe decir de los procedimientos en que la administración contempla la imposición de sanciones al individuo.[116] Por fin, cuando el conflicto es no solamente entre el individuo y la administración, sino que aparece también otro individuo en contienda con el primero, el carácter contradictorio es ya integral.

15. *Otros principios*

15.1. *Carácter escrito del procedimiento*

El procedimiento administrativo es escrito en la generalidad de los países, aunque hay alguna tendencia a la oralidad en el procedimiento norteamericano, pero ello se debe a la preferencia general de dicho país por el procedimiento oral, sea él judicial o administrativo.[117]

La conveniencia del procedimiento escrito reside en que hace más difícil ejercer indebidas presiones morales sobre los administrados, obliga a mejor fundar y decidir las peticiones, y permite una mejor apreciación de los hechos por parte de las instancias superiores, cuando se revisa la legitimidad del acto del inferior de que se trata; pero tiene en su contra que favorece la tradicional tendencia administrativa a la reserva, en contra del fundamental principio de la publicidad del procedimiento;[118] también, sin duda, favorece la lentidad del trámite.

15.2. *La oralidad como complemento*

Ahora bien, el hecho de que caractericemos al procedimiento administrativo como escrito, en modo alguno significa que sea absolutamente tal; por el contrario, son muchos los trámites que pueden efectuarse y de hecho se efectúan verbalmente. Así, por ejemplo, la ley de procedimiento administrativo de Santiago del Estero dispone que "podrán hacerse o gestionarse verbalmente, mediante simple anotación en el expediente, bajo la firma del solicitante, la reiteración de oficio, desglose de poder o documento, entrega de edictos, corrección de un error material, pedido de diligencia e informe no proveído y otros análogos;"[119] lo mismo es de aplicación a los pedidos de producción de pruebas ya ofrecidas y en general notas, diligencias o informes no proveídos,[120] al contralor de la producción de la prueba a efecto de hacer el interesado las observaciones que crea pertinentes, de

[115] Las cuatro grandes reglas que enuncia AUBY son justamente publicidad, carácter contradictorio, imparcialidad y efectividad (*op. cit.*); también en este sentido DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 243.

[116] AUBY-DRAGO, *op. cit.*, p. 612.

[117] BECKER, *op. cit.*, pp. 44 y 45. Nos referiremos en adelante a la obra de BECKER, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960.

[118] BECKER, *op. cit.*, p. 45.

[119] Ley 2296, art. 23.

[120] En este sentido, el art. 335, inc. 1°, de nuestro "Proyecto de Código Administrativo," en *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 285.

las que se dejará constancia actuada,[121] etcétera. La reglamentación admite los desgloses en forma verbal,[122] las vistas,[123] etc.

Por ello, cabe concluir en que si bien el procedimiento es básicamente escrito, la oralidad aparece como un importante complemento de su funcionamiento;[124] sobre todo debe tenderse a través de ella a evitarle al particular la presentación de escritos innecesarios, resolviendo directamente ante sus solicitudes o reclamos verbales cuando no aparece como indispensable la constancia escrita.

15.3. *Mediación o inmediación*

En relativa relación con el principio de la oralidad o no del procedimiento, cabe considerar el de la inmediación. Cuando el procedimiento es oral, parece entonces fundamental la aplicación del principio de la inmediación;[125] o sea, que la misma autoridad que debe decidir sea la que dirija el procedimiento y reciba o controle directamente la producción de las pruebas, declaración de los testigos, etc. En cambio, siendo el procedimiento escrito, el principio de la inmediación pierde importancia en el ámbito administrativo y de allí que la regla general sea la de la mediación: La autoridad que decide, en particular tratándose de las instancias superiores, resuelve sobre la base de hechos cuya producción ha sido controlada por las autoridades inferiores, y no tiene, en consecuencia, un conocimiento directo de las partes ni de los testigos. Pero esto no significa que la autoridad superior decida totalmente de acuerdo con el principio de la mediación: En ciertas circunstancias, evidentemente pueden combinarse ambos principios, por ejemplo, cuando el administrado en un recurso jerárquico ante la autoridad superior, ofrece y produce nuevas pruebas. En otras palabras, la inmediación aparece en forma complementaria pero no principal.[126]

Con todo, es de recordar que la organización administrativa, por su naturaleza jerárquica y con tendencia a la centralización, favorece la mediación, ya que casi siempre son las autoridades superiores las que en definitiva van a decidir,[127] a pesar de que el grueso de la prueba debe recibirse en las primeras instancias administrativas.[128]

Por supuesto, el principio de la inmediación o mediación nada tiene que ver con las facultades del órgano decidente para apreciar la prueba; se entiende que

[121] En este sentido, el art. 334 de nuestro "Proyecto de Código Administrativo," *op. cit.,* p. 285.
[122] Art. 13 del decreto 1759/72.
[123] Art. 38 del decreto 1759/72.
[124] En este sentido, HELLBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248, respecto al derecho austríaco.
[125] BECKER, *op. cit.*, p. 47.
[126] HELLBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248.
[127] O pueden determinar la decisión del inferior por medio de instrucciones: BECKER, *op. cit.*, p. 47.
[128] Tal es al menos lo que indica la sana lógica, según lo hemos entendido en nuestro artículo "La apertura a prueba en el procedimiento administrativo," en la *Revista DJA*, Montevideo, citada, p. 58 y ss.; y en la *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, n° 1, p. 45 y ss. Ver *Procedimiento y recursos administrativos*, t. 4.1. y 4.2. del *Tratado.*

la *inmediación* le permite apreciar *mejor* los hechos,[129] pero ello no significa que bajo el principio de la *mediación* el órgano superior esté ligado por la apreciación efectuada por el inferior; el superior siempre puede apreciar los hechos *ex novo,* y darles eventualmente una interpretación distinta de la efectuada por los organismos dependientes.[130]

15.4. *Ausencia de costas*

Desde un punto de vista práctico y en comparación con el proceso judicial, asume gran importancia la ausencia de costas en el procedimiento administrativo, que en muchos casos se identifica casi totalmente con un principio de gratuidad.

En este aspecto se ha producido una evolución que va de *a)* una originaria negación de la procedencia de la condena en costas a la administración que resuelve favorablemente el recurso, con la imposición al recurrente triunfante del pago del sellado de actuación, *b)* siguiendo con la supresión del sellado de actuación. En esta evolución, aún no completa, faltaría quizá la etapa final *c)* en que la administración reconozca al interesado los gastos en que el mismo haya incurrido, pero sin imponerle costas en caso de perder el recurso: Esta sería la gratuidad integral, pero aún no se ha llegado a ella.

15.4.1. *Improcedencia de la condena en costas*. Según dijimos, es clásico del procedimiento administrativo que no haya en él condenación en costas, cualquiera sea el resultado del recurso. En consecuencia, si el recurrente pierde el recurso, sólo debe abonar los gastos del sellado,[131] en caso de que los haya; también corren por su cuenta los otros gastos en que él mismo hubiera incurrido, por ejemplo los honorarios que hubiere convenido con su letrado.[132]

En el caso inverso, si triunfa en el recurso, y se le reconoce en definitiva que el acto impugnado era ilegítimo, la solución no varía. Se ha establecido en tal sentido que "respecto a la solicitud de reconocimiento de honorarios, intereses y sellados, estimo que siendo el recurso jerárquico un recurso administrativo... pero no contencioso... no puede hablarse en él de parte vencida. La reclamación del reconocimiento de los honorarios profesionales por el asesoramiento jurídico, como igualmente el de los intereses y sellados, importa una pretensión de

[129] Lo cual ha llevado incluso a la Corte Suprema de Estados Unidos a sentar el principio de el mismo que decide debe oír: *Morgan v. United States*, año 1936, 298 U.S. 468. Para una evaluación de este criterio, quizá excesivo, ver WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 58 y ss., 80 y ss.

[130] No debe olvidarse, al respecto, que en el procedimiento administrativo se aplica el principio de la *verdad material* y no el de la verdad formal. En cuanto a las dificultades que este criterio puede presentar, sobre todo si el superior hace su valoración sin la participación de los interesados, ver la discusión del famoso *"Chalk Pia case"* en Inglaterra (1961), en WADE, *Towards Administrative Justice*, pp. 107 y 117; ver también sus conclusiones sobre el sistema norteamericano, *op. cit.*, p. 80.

[131] Confr. entre otros, PADILLA VELAZCO, RENÉ, "Documento de trabajo," n° 14, presentado al *Seminario de las Naciones Unidas realizado en Buenos Aires*, cit.; ley austríaca, art. 75, inc. 3°; HELLBLING, *op. cit.*, p. 505.

[132] GONZALEZ PEREZ, JESÚS, *Los recursos administrativos*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 156.

aplicar costas a la administración, lo que no cuadra ni cabe en el procedimiento administrativo."[133]

15.4.2. *Supresión del sellado de actuación.* En la Argentina la ley 16.450 suprimió, en el orden nacional, el impuesto de sello en las actuaciones administrativas.[134] Si bien la ley se fundaba en la poca rentabilidad del impuesto en relación al gasto que origina su percepción, cabe destacar que también en costo social la solución es alabable, pues la práctica ha comprobado reiteradamente que la existencia de un sellado de actuación en el procedimiento administrativo crea numerosos trastornos y pérdida de tiempo a los administrados, obliga a la utilización de papel timbrado con la consiguiente dificultad adicional para conseguirlo, fuerza a pequeñas inversiones adicionales e inútiles del recurrente aislado que adquiere más papel del que utiliza, impide rehacer escrito a último momento en caso de error en su confección, etc. También la administración se recarga inútilmente de trabajo burocrático, teniendo que decidir si el sellado es correcto de acuerdo con el asunto de que se trate, con toda la secuela de consultas, reclamos, etc. La supresión del sellado de actuación es un completo acierto de orden administrativo, a más de fiscal.

Lamentablemente, en algunas provincias o municipalidades subsisten normas que exigen el sellado de actuación, con el consiguiente entorpecimiento del trámite sin ninguna utilidad fiscal de trascendencia.

En estos casos creemos procedente la reclamación de costas a la administración o, como mínimo, la exención del pago del impuesto de sellos en caso de resultar favorable la decisión a lo peticionado, por un criterio elemental de justicia.

15.4.3. *Caso en que hay dos particulares en contradicción.* Por ello, la regla es, en definitiva, que tanto la administración como cada parte deben sufragar sus propios gastos.[135]

No obstante, habiendo dos partes en contradicción, y triunfando una, parecería lógico que sea la otra la que debe cargar con las costas que el procedimiento ocasionó a la primera. La ley austríaca autoriza a la administración a fijar costas;[136] pero entre nosotros, en ausencia de una norma expresa, dicho reclamo requeriría un juicio ordinario, y no podría la administración misma hacer una condenación en costas a una de las partes.

[133] PTN, *Dictámenes*, 67: 59; 64: 1.

[134] Ley 16.450, art. 6°, punto 25, que derogó el art. 53 de la ley de sellos, t. o. en 1961.

[135] Ley austríaca, arts. 74 y 75; Hellbling, *op. cit.*, pp. 500-5; pero es de destacar que la ley austríaca autoriza en ciertos casos especiales a imponer algunos tipos de costas al recurrente. (V. arts. 75 y ss.)

[136] Art. 74, inc. 2°; Hellbling, *op. cit.*, p. 500.

15.5. *Celeridad, economía, sencillez y eficacia*

Por último, es de indicar que otros principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal son el de la rapidez, simplicidad y economía procedimentales. Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente. Es evidente que más que un principio legal positivo, esto es una expresión de deseos del decreto-ley 19.549/72.

Es fundamental destacar que estos principios son secundarios respecto del principio del *informalismo en favor del administrado*, y que deben ser interpretados en forma congruente con él: No podrá, pues, disponerse una aceleración, simplificación o economía procesal que implique hacer riguroso el procedimiento, o perjudicar al administrado en su defensa; sólo cuando se han realizado las etapas sustanciales del procedimiento, y satisfecho plenamente la defensa del interesado, cabe a la autoridad resolver rápida y simplemente; pero si los hechos no han sido debidamente aclarados, o no ha habido suficiente oportunidad de defensa, entonces evidentemente estos principios no son de aplicación, y debe procederse cuidadosamente a producir la prueba necesaria, etc.

Capítulo XIV

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Sumario

I. *Concepto* 489
1. Concepto amplio 489
1.1. Recursos jurisdiccionales y administrativos 489
1.2. Diferencias 490
1.2.1. Autoridad que los decide 490
1.2.2. Función que ejerce el que los decide 490
1.2.3. Carácter en que actúa quien decide 490
1.2.4. Extensión del control ejercido 491
1.2.5. Derechos protegidos 491
1.2.6. Facultades procedimentales del órgano decidente 491
1.2.7. Naturaleza del acto que decide el recurso 491
1.2.8. Estabilidad de la decisión 491
1.2.9. Recurribilidad de la decisión 491
1.2.10. Unidad de acción, pluralidad de recursos 492
1.2.11. Onerosidad o gratuidad 492
1.2.12. Intervención profesional requerida 492
1.2.13. Dirección del proceso y del procedimiento 493
1.2.14. Otras diferencias de procedimiento 493
2. Recurso, reclamación y denuncia 494
2.1. En la doctrina 494
2.2. En la práctica argentina 495
3. El recurso como acto y como derecho 496
3.1. El recurso es un derecho 496
3.2. El recurso es un acto 496
3.3. El recurso es un medio de defensa 497
3.4. Conclusiones 498

II. *Requisitos formales* 499
4. Los requisitos formales 499
5. Su exigibilidad en la práctica 499
6. Requisitos mínimos exigibles 500
7. El recurso debe ser escrito 500
7.1. Papel 501
7.2. Escritura 502
7.3. Firma 503
8. Presentación por telegrama 504
9. El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente 505

III. *Requisitos sustanciales* 506
10. La clara manifestación de voluntad 506
11. Fundamentación del recurso 507

IV. *Omisión de requisitos formales o sustanciales* 507
12. Criterio a seguir 507
13. La complementación de un recurso con otro 509

V. *Efectos de la interposición del recurso* 509
14. Interrumpe el término 509
15. No interrumpe la prescripción de la acción 509
16. Suspende la prescripción de la acción 510
16.1 Suspensión por un año, una sola vez 510
16.2. Remisión. Caducidad de la instancia 510
17. No implica trabar la litis en forma inmutable 511
18. No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado 512
19. Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso 512
19.1 Recursos improcedentes 512
19.2. Recursos en subsidio 512
20. ¿Hacia el principio de la unidad del recurso administrativo? Ejercicio crítico 513

Capítulo XIV

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

I. Concepto

1. *Concepto amplio*

Recursos, en sentido amplio,[1] serían todos los remedios o medios de protección al alcance del administrado para impugnar los actos —*lato sensu*— y hechos administrativos que lo afectan, y en general para defender sus derechos respecto de la administración pública.[2]

1.1. *Recursos jurisdiccionales y administrativos*

Pero por de pronto, cabe distinguir los recursos del procedimiento administrativo, de los recursos del proceso judicial. Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen, pues, en *a)* judiciales (que a su vez cabe distinguir según sean acciones o recursos *stricto sensu* —*supra*, t. 2, cap. XIX— y que pueden ser más o menos amplios según los distintos códigos procesal administrativos o "contencioso-administrativos;") y *b)* administrativos.

Los segundos son los que se desenvuelven dentro del procedimiento administrativo y se caracterizan, pues, porque se tramitan ante las autoridades administrativas (o autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa),[3] y deben ser resueltos por éstas. Los primeros, naturalmente,

[1] Nos referimos, desde ya, sólo a los que aquí nos interesa: Recursos contra actos administrativos, no contra sentencias.

[2] En este sentido amplio se lo utilizó preferentemente en el Seminario de las Naciones Unidas realizado en Buenos Aires en 1959, en gran parte de los trabajos presentados. Pero puede darse también un concepto más amplio de "remedios," abarcando inclusive ciertos resortes administrativos de autocontrol, como lo hace CAIO TÁCITO, "Documento de Trabajo," n° 9, en el *Seminario de las Naciones* citado.

[3] Ver nuestro *Tratado*, t. 1, cap. VII, § 6-8, 19-21, y 22.2., y t. 3, cap. I, n° 11-13, donde explicamos la cuestión de los actos administrativos de personas no estatales. Ver también nuestro *Tratado*, vol. 4.2, *El recurso de alzada*.

son los que se tramitan ante un tribunal de justicia, imparcial e independiente, de acuerdo con el sistema constitucional argentino.[4]

1.2. *Diferencias*

Ambos recursos difieren entonces por los siguientes caracteres:[5]

1.2.1. *Autoridad que los decide.* En el caso del recurso jurisdiccional la autoridad que resuelve es siempre un juez; en el recurso administrativo, en principio, un funcionario administrativo, aunque esto admite excepción en el caso de las actividades administrativas de la justicia, cuyos procedimientos administrativos son en muchos casos decididos por el juez, e igualmente en el caso de las actividades administrativas del Congreso, en que son decididos por un legislador. (El secretario o el presidente de las cámaras.) También puede tratarse, según hemos explicado en su lugar, de un órgano de una persona no estatal que no sea, por lo tanto agente público.

1.2.2. *Función que ejerce el que los decide.* En el recurso o acción jurisdiccional el juez ejerce función jurisdiccional; en el recurso administrativo, su resolución implica función administrativa,[6] sea administrador, juez o legislador quien decide el recurso.

1.2.3. *Carácter en que actúa quien decide.* En un caso es tercero imparcial, ajeno a la contienda; en el segundo, trátese de un funcionario administrativo, de un legislador o de un juez que resuelve el recurso de su empleado, él actúa como parte en la controversia.

Una diferencia también fundamental, pero que no se da en todos los casos, hace al grado de autonomía que tiene quien decide: El órgano judicial actúa siempre por definición con independencia, no estando sujeto a órdenes o instrucciones; en cambio, en los recursos administrativos el órgano puede actuar con mayor o menor autonomía y en la mayoría de los casos sin ninguna independencia, puesto que está estructurado jerárquicamente.[7]

[4] Ver nuestro *Tratado*, t. 1, cap. VII, nº 7 a 19.

[5] Comp. en general, ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 88 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 35 y ss.; ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1978, 4ª ed., p. 811 y ss.

Las distinciones que a continuación formulamos ya se encontraban en las ediciones anteriores de *Procedimiento y recursos administrativos*, y han sido seguidas, entre otros, por DIEZ, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1971, pp. 233-4. En esta edición hemos ampliado los puntos.

Ver también, para la comparación general entre jurisdicción y administración, el meduloso libro de DE LA RÚA, FERNANDO, *Jurisdicción y administración*, Buenos Aires, 1979, pp. 134-143; XAVIER, ALBERTO, *Do procedimiento administrativo*, San Pablo, 1976, pp. 69-88.

[6] SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 471, y sus referencias; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963, p. 18.

[7] Ver DE LA RÚA, *Jurisdicción y administración*, *op. cit.*, p. 143. Dice DIEZ, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1971, p. 322, que "Se entiende que en el caso del recurso administrativo no se acude ante un árgano imparcial e independiente del que dicta el acto impugnado. Es la diferencia

1.2.4. *Extensión del control ejercido.* En un caso el control es sólo de legitimidad, y está destinado a restablecer el ordenamiento jurídico violado en cuanto infringe los derechos del individuo afectado, y éste los ha reclamado; en el otro caso, el control es de legitimidad que considera objetivamente la vigencia de la legalidad, incluso cuando no afecta los derechos del individuo o éste no los ha reclamado; y es también control de oportunidad.[8]

1.2.5. *Derechos protegidos.* En el primer caso a veces solamente derechos subjetivos; en el otro, tanto derechos subjetivos como intereses legítimos e incluso intereses simples.

1.2.6. *Facultades procedimentales del órgano decidente.* Durante el trámite de los remedios judiciales, el juez no puede usualmente actuar de oficio, y la impulsión del proceso pertenece a las partes, prevaleciendo además el principio de la verdad formal; en el trámite de los recursos administrativos el administrador tiene facultades para actuar de oficio, impulsar el procedimiento e instruir la prueba, y prevalece el principio de la verdad material.

1.2.7. *Naturaleza del acto que decide el recurso.* En un caso se trata de una sentencia; en el otro de un acto administrativo.[9]

1.2.8. *Estabilidad de la decisión.* En el primer caso la sentencia es vinculante también para el juez y se torna inmutable; en el segundo la administración sólo está parcialmente limitada y puede, en cierta hipótesis, modificar su acto.

1.2.9. *Recurribilidad de la decisión.* La decisión del recurso administrativo, que, como dijimos, constituye un acto administrativo, es a su vez impugnable por nuevos recursos administrativos y acciones jurisdiccionales;[10] la decisión

más notoria entre los recursos administrativos y las acciones judiciales." Ver también HAUTMANN, LUIGI, *Del ricorso gerarchico*, Firenze, 1911, p. 86 y ss.

[8] Cabe apuntar de todas maneras que algunos autores propugnan la ampliación del concepto de control de legitimidad, incluyendo la oportunidad. Así, por ejemplo, SOTO KLOSS, EDUARDO, "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República," en el libro *La Contraloría General de la República*, Universidad de Chile, Santiago, 1977, p. 165 y ss., p. 182: "Si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas, son legales;" "La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad... oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador."

[9] SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 471 y sus referencias, p. 220 y sus referencias de nota 3; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14; CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 669; BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, pp. 238 y 239.

[10] SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 471; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, p. 74. En el último caso cabe hacer la excepción de que, si la ley permite la elección alternativa de la vía judicial o administrativa, y determina expresamente que la elección de una implica la pérdida de la otra, entonces cuando el recurrente elige la vía administrativa debe entenderse que no habrá recurso judicial contra la de-

de la acción judicial, en cambio, sólo es susceptible de ser impugnada por otros recursos judiciales.

1.2.10. *Unidad de acción, pluralidad de recursos.* En el proceso administrativo argentino existen diferentes supuestos a considerar: *a)* Sólo una acción, sólo defensa del derecho subjetivo; es la situación en el orden nacional actual; *b)* dos o más acciones, defensa tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo; es la situación en la mayor parte de las provincias; *c)* una sola acción para la defensa tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo; es la situación en Formosa, La Rioja, Mendoza, etc.[11] Esta última tendencia del derecho procesal administrativo se denomina "unidad de acción, pluralidad de pretensiones," y parece la orientación correcta.

En el procedimiento administrativo siempre se ha permitido la defensa tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo, pero en cambio se ha pecado por un exceso en los medios de impugnación o defensa disponibles para los particulares.

Por ello, así como en el proceso judicial se tiende hoy en día hacia la unidad de acción con pluralidad de pretensiones, en el procedimiento administrativo debería también orientarse el régimen en cuanto sea posible hacia la unidad de recurso; pero por ahora ello no se da así, y debe entonces señalarse que existe una acusada *multiplicidad* de recursos, remedios y reclamos, a diferencia entonces de la orientación más reciente del derecho procesal administrativo hacia la *unidad de acción.*

1.2.11. *Onerosidad o gratuidad.* Otra diferencia importante en el derecho argentino es que en el orden judicial por lo general impera el principio de las costas al vencido, con sólo algunas excepciones,[12] mientras que el procedimiento administrativo es gratuito, no existiendo sellado, ni impuesto de actuación, ni costas. Hacer un recurso administrativo puede, pues, no costar nada; interponer una demanda generalmente no resultará gratuito.

1.2.12. *Intervención profesional requerida.* En las acciones judiciales se exige siempre el patrocinio letrado; en los recursos administrativos no es necesario ni

cisión administrativa, salvo el recurso extraordinario. Ver CSJN, *Fallos*, 194: 187; Cámara Federal de la Capital, *JA*, 37: 918.

[11] Es la orientación que da el derecho español a partir de la ley de 1956 de lo contencioso-administrativo en su art. 42: "La parte demandante... podrá pretender, además de lo previsto en el artículo anterior" (que es "la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos...") "el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios." Ver Gonzalez Perez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, 1966, 2ª ed., p. 407 y ss.

[12] En la Provincia de Formosa no se aplican costas al vencido en la pretensión de anulación, conforme al art. 72, para tratar de revertir la tradición argentina de no impugnar judicialmente los actos administrativos. A la inversa, en el Código de Buenos Aires las costas son por su orden incluso aunque el acto gane el juicio, lo que ayuda a explicar por qué casi nadie demanda a la Provincia ante sus propios tribunales por cuestiones administrativas.

habitual el patrocinio letrado.[13] Y lo que quizás sea más importante, la dirección del proceso está en manos de abogados, en tanto que en la administración la dirección del procedimiento no está en manos letradas. La frecuente y hasta constante consulta a los departamentos legales de cada repartición no altera esta diferencia fundamental en el poder de decisión respecto de cada acto y etapa procedimental.[14] El trámite previsible de un recurso administrativo y de una acción son así sensiblemente diferentes.

1.2.13. *Dirección del proceso y del procedimiento.* No obstante que uno de los datos teóricamente caracterizadores de la actividad administrativa es la jerarquía, lo cual supondría una gran unidad de acción[15] y una al menos clara dirección del procedimiento, no ocurre ello así: Nadie en verdad dirige centralizadamente el procedimiento, salvo quizás algunos pocos procedimientos especiales, y se plantea con ello uno de los grandes problemas de la organización administrativa: La falta de coordinación, de dirección.[16] En cambio, dado que el proceso está siempre en manos de autoridades judiciales autónomas, existe una apreciable unidad en la conducción del proceso, incluso cuando priva más agudamente el principio de la impulsión o instrucción por las partes y no por el juez: Por lo menos está claro a quién corresponde pedir cada cosa, y quién debe decidirla; ello no siempre está igualmente claro en el procedimiento administrativo, donde el problema es frecuentemente encontrar el funcionario adecuado que asuma la responsabilidad de adoptar tal o cual decisión procedimental. Ello influye, inevitablemente, en el recurrente al momento de formular su recurso, de manera diversa a como lo hace sobre el litigante al interponer una acción.

1.2.14. *Otras diferencias de procedimiento.* A las diferencias antedichas cabe agregar todas las demás relativas a la distinta regulación y principios del procedimiento administrativo en que se desenvuelven los recursos administrativos, y del proceso en que se desarrollan las acciones judiciales.[17] Ese diferente contexto

[13] Desde luego, esto implica una menor profesionalización en materia de producción y control de la prueba, mayores formalidades, etc. Para una comparación del procedimiento ante los tribunales administrativos norteamericanos, que tiene mayor intervención de abogados en todas sus etapas, y el procedimiento análogo inglés, con menor intervención, véase SCHWARTZ y WADE, *Legal control of government*, *op. cit.*, p. 108 y ss., especialmente p. 134 y ss. Ver también POLLARD, ROBER S. W., *Administrative Tribunals at Work*, Londres, 1950, p. 6, para una comparación crítica del comportamiento de los profesionales ante la administración y la justicia. Para un análisis de la actuación de legos y letrados en el procedimiento administrativo, ver BOSCH, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, *op. cit.*, pp. 134-136.

[14] Nos remitimos a SCHWARTZ y WADE, *op. cit.*, pp. 108-134.

[15] En este sentido ya el clásico trabajo de HAUTMANN, LUIGI, *Del ricorso gerarchico*, Firenze, 1911, p. 85, § 44.

[16] Ver, por ejemplo, BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, p. 123 y ss.

[17] Nos remitimos a lo expuesto en el *Tratado*, *op. cit.*, t. 2, cap. XVII, n° 9 y ss. A su vez, para ubicarse en nuestra visión del contexto práctico del procedimiento y del proceso, remitimos al t. 2,

global, teórico y práctico, se traslada enteramente al medio de impugnación o defensa analizado.[18]

2. *Recurso, reclamación y denuncia*

Pero además de ese empleo amplio del término "recurso administrativo," en cuanto medio jurídico del administrado para defender sus derechos ante la misma administración pública, existe todavía un concepto más restringido. En tal concepto restringido cabe distinguir, entre los distintos remedios administrativos para la defensa del administrado ante la propia administración, los "recursos" *stricto sensu,* las "reclamaciones" y las "denuncias." No obstante la distinción indicada, que a continuación analizaremos, no nos parece necesario suprimir el empleo genérico del término —tan cómodo y expresivo— y por ello hablaremos indistintamente de "recurso" en el sentido de "remedio administrativo" o en el sentido más específico que la palabra tiene en doctrina.

2.1. *En la doctrina*

La distinción conceptual doctrinaria entre recurso, reclamación y denuncia estriba en que:

2.1.1. En primer lugar, con el recurso se atacan sólo actos administrativos,[19] mientras que con la reclamación y la denuncia pueden impugnarse tanto actos como hechos y omisiones administrativas;

2.1.2. En segundo lugar, con el recurso y la reclamación pueden defenderse derechos subjetivos o intereses legítimos, mientras que con la denuncia pueden defenderse intereses simples;

2.1.3. Por último, si bien hay obligación de tramitar y resolver los recursos, no la hay teóricamente para la denuncia.[20]

caps. XVIII ("El procedimiento administrativo en la práctica") y XIX, § 16. ("El proceso administrativo en la práctica.")

[18] Por ejemplo, la tensión publicidad-secreto que analizan García de Enterría, Eduardo y Fernandez, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1977, p. 385 y ss.

[19] Conf. Gonzalez Perez, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 36; Villar y Romero, José María, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1948, 2ª ed., p. 124 y ss.; Garrido Falla, Fernando, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 288; Real, Alberto Ramón, "Recursos administrativos," en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, 1962, t. 3, n° 1/4, p. 19; Heredia, Horacio H., "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1945, n° 2, p. 251 y ss.; Landi, Guido y Potenza, Giuseppe, *Manuale di diritto amministrativo,* Milán, 1978, 6ª ed., p. 648.

[20] Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, p. 71; Frágola, Umberto, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 242; Guicciardi, Enrico, *La giustiza amministrativa*, Padua, 1957, reimpresión, pp. 96-97; Landi, Guino y Potenza, Giuseppe, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1967, 3ª ed., p. 610, Milán, 1978, 6ª ed., p. 638.

2.2. *En la práctica argentina*

Sin embargo, esa fórmula teórica no se adecúa exactamente al actual estado del derecho y la práctica argentina. Según dijimos, ha imperado en ella, desde hace muchos años, una fuerte tendencia a la simplificación del procedimiento, quitándole un carácter excesivamente formal y desdibujando parcialmente las diferencias conceptuales entre unos y otros medios de defensa de los derechos del administrado.

2.2.1. En lo que respecta a la primera caracterización, ella no recibe variante en la práctica administrativa: En lo que respecta a la queja, ella procede también contra los *hechos* irregulares cometidos por la administración en la tramitación del procedimiento. En este aspecto se ha seguido la orientación del derecho español, que no lo llama ya "recurso de queja," sino simplemente "queja," asimilándolo con ello a las reclamaciones y excluyéndolo de los recursos. (Sólo en cuanto a la denominación.)[21]

2.2.2. En lo referente a qué derechos o intereses cabe proteger mediante las defensas consideradas, se ha operado una modificación: La legislación argentina ha reconocido un tipo especial de denuncia, la "denuncia de ilegitimidad," mediante la cual es posible impugnar actos administrativos que afectan derechos subjetivos o intereses legítimos; por ejemplo, cuando el término para recurrir ha expirado.[22]

2.2.3. En igual sentido, tampoco se mantiene con sus caracteres conceptuales la diferenciación en lo que respecta a la obligación de tramitar y resolver el recurso. En efecto, la obligación de tramitar el recurso se ha hecho extensiva al reclamo administrativo, y lo mismo puede decirse de las meras reclamaciones y de la mencionada "denuncia de ilegitimidad."

La solución actual del derecho argentino, pues, es que la administración tiene el deber jurídico de tramitar y resolver tanto los recursos como los reclamos y denuncias. Este deber se asegura por cuatro mecanismos: *a)* La responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativa como civil o patrimonial; *b)* el efecto normativo de poder considerar producida una resolución denegatoria

[21] González Pérez, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 36; Vivancos, Eduardo, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, pp. 128-183; Boquera Oliver, José María, "Del recurso de queja a la queja," en *Revista de Administración Pública*, n° 27, Madrid, p. 181 y ss.

[22] Esto ya lo admitía la doctrina (ver por ejemplo, Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, reimpresión, p. 97), pero lo importante es que entre nosotros se la ha institucionalizado, transformándosela en un medio jurídico de defensa del administrado. El art. 1°, inc. *e)*, apartado 6, del decreto-ley 19.549/72 dice "*Interposición de recursos fuera de plazos.* Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho."

tácita, a opción del interesado, permitiéndole entonces seguir con otras etapas administrativas o judiciales de impugnación ulterior de la conducta lesiva a sus intereses; *c)* la posibilidad de instar el procedimiento mediante el amparo por mora reglado por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72, modificado por el decreto-ley 21.686/77;[23] *d)* finalmente, la responsabilidad patrimonial de la administración por el perjuicio ocasionado.

3. *El recurso como acto y como derecho*

3.1. *El recurso es un derecho*

Nos referiremos ahora a determinados usos lingüísticos acerca de cómo calificar a los recursos, lo que para algunos autores se encuadra como la llamada "naturaleza jurídica"[24] del recurso. (En sentido lato: Recurso, reclamación o denuncia.) Al respecto es de hacer notar que existen tres formas distintas de enfocar el problema, todas igualmente válidas, porque se refieren a distintas situaciones.

En un primer sentido se dice que los individuos tienen tales y cuales recursos a su disposición, y en tal caso cabe hablar de remedios o protecciones procesales a disposición del particular, es decir, de *derechos* que el individuo tiene y puede ejercer.[25] En este sentido, pues, el recurso es un derecho de los individuos, que integra su garantía constitucional de la defensa. Este enfoque no es en absoluto desdeñable, pues del derecho del particular a recurrir se desprende luego su derecho a obtener una decisión al respecto.

3.2. *El recurso es un acto*

En un segundo sentido se habla de recurso refiriéndose al ejercicio efectivo y concreto del derecho a recurrir: O sea, a la presentación de un escrito interponiendo el remedio procesal pertinente. En tal situación cabe entonces hablar de *acto.* Así lo señala González Pérez,[26] aunque este autor critica a Royo Villanova por conceptuar al recurso como "derecho;" mas es evidente sin embargo, a nuestro parecer, que ambas nociones no son antitéticas y que todo depende del sentido con que se emplea el término: Por lo que, en diferentes sentidos, es correcto decir que el recurso es un derecho (como institución o remedio procesal que se tiene

[23] Ver nuestro *Tratado*, t. 4.2.

[24] Como en verdad, desde el ángulo de la filosofía analítica que adoptamos, no existen "esencias" o "naturalezas" inmanentes y permanentes de los objetos (*Tratado*, t. 1, cap. I, nota y sus remisiones), de lo único que trataremos en verdad bajo este acápite es de las *denominaciones* con las cuales se puede querer calificar a un recurso, a modo de explicación o en todo caso de contribución terminológica a su definición. Sobre este nos remitimos al citado cap. I del t. 1, § 2-7.

[25] Royo Villanova, A. y S., *Elementos de derecho administrativo*, t. II, Valladolid, 1955, p. 888; Brewer Carías, Allan Randolph, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, pp. 231-232, y jurisprudencia venezolana que cita.

[26] González Pérez, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 35. En igual sentido Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 608; Madrid, 1979, 6ª ed., pp. 284 del t. I.

el derecho de ejercitar) o un acto. (En cuanto interposición del remedio procesal, ejercicio del derecho precitado.)

Es necesario, además, destacar que la interposición del recurso no es en absoluto un hecho,[27] ya que, en cuanto manifestación de voluntad de un particular destinada a producir una modificación, etc., de derechos, configura estricta y necesariamente un *acto jurídico*.[28]

A su vez, el acto de interposición del recurso implica un reclamo,[29] o una pretensión[30] o solicitud, etc., pero ello no significa que por naturaleza sea en sí tal cosa: El reclamo o la pretensión son tan sólo el *contenido* del acto de recurrir.[31]

3.3. *El recurso es un medio de defensa*

Por último, cabe reiterar el tercer empleo posible del término, en el sentido de institución del procedimiento, de remedio procesal considerado objetivamente. En tal sentido el recurso es un medio,[32] concretamente, un medio de defensa de los derechos del individuo ante las autoridades públicas.[33] Por ello, señala MARIENHOFF, que los recursos administrativos "se dan principalmente a favor de los administrados;"[34] en igual sentido ya había dicho PUCHETTI del recurso jerárquico

[27] Como se sostienen en la obra dirigida por CAPITANT, HENRI, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1961, p. 466, voz "recurso," y p. 463, voz "reclamación."

[28] Código Civil, art. 944. Ver DIEZ, MANUEL MARIA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 95; *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1971, p. 324.

[29] Así REDENTI, ENRICO, *Diritto processuale civile*, Milán, 1953, t. II, p. 308.

[30] Así GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, t. I, p. 1043.

[31] Comp. IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, 3ª ed., 1970, 4ª ed., p. 95. En igual sentido GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1963, p. 23, al comparar el derecho de recurrir con el derecho por el cual se recurre, dice: "Ha de afirmarse que se trata de un derecho subjetivo público y, desde luego, distinto del derecho sustantivo o material cuya protección se intenta."

[32] Conf. entre los procesalistas, ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. IV, Buenos Aires, 1961, p. 184; PODETTI, RAMIRO J., *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, p. 11; CALAMANDREI, PIERO, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 439 y otros. Entre los administrativistas SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 471; AMORTH, ANTONIO, voz "Ricorso gerarchico," *Nuovo Digesto Italiano*, t. XI, Turín, 1939, p. 669: "Medio de tutela;" ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, *op. cit.*, p. 811: "Medio de reacción;" FIORINI, BARTOLOMÉ, *Teoría de la justicia administrativa*, Buenos Aires, 1944, pp. 176-178: "Vías de defensa;" HEREDIA, "Los medios administrativos para la protección de los administrados," *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1945, n° 2, p. 251 y ss.: "Medios de protección;" CRETELLA JUNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. IV, pp. 233 y 235; BERÇAITZ, MIGUEL ANGEL, *Procedimiento administrativo municipal*, Buenos Aires, 1946, p. 13.

[33] En este sentido, BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 229: "Es un medio de impugnación... una vía abierta al administrado para atacar...:" Ver también, *op. cit.*, p. 248.

[34] MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, pp. 598 y 645. "Del mismo modo que las garantías y derechos consagrados por la Constitución no se han establecido en favor de la administración pública, sino principalmente en beneficio de los administrados, así también los beneficios de la autolimitación de potestades realizada por el Poder Ejecutivo a través de las normas que instituyen y regulan «recursos» en el procedimiento o trámite administrativo, resultan establecidas principalmente en favor de los administrados y no precisamente en favor de la propia administración. Todo esto constituye un corolario lógico del Estado de Derecho." (*Op. cit.*, p.

que es "un instituto jurídico querido y dispuesto para asegurar un remedio, *sui generis,* a favor del ciudadano contra los actos administrativos."[35]

3.4. *Conclusiones*

En esta como en tantas otras cuestiones terminológicas,[36] la elección no resuelve fundamentales problemas: A lo más, ordena la manera en que se emplearán los conceptos. Por nuestra parte, encontramos que existe uso convencional del término "recurso" en los tres sentidos indicados, y que tales significados no son opuestos entre sí; cada una de las definiciones mencionadas se refiere *a un distinto momento* en la impugnación de los actos administrativos, o sea, cada una apunta a situaciones de hecho distintas de las otras.

Desde este punto de vista, se advierte que cuando el profesor explica a sus alumnos qué es un *recurso,* les está mostrando uno de los medios de defensa que los particulares tienen contra el Estado; cuando un cliente le pregunta a su abogado qué recurso tiene, quiere saber qué derecho le asiste procedimentalmente para defender su derecho de fondo, y si tiene derecho a interponer un *recurso* jerárquico o debe en cambio interponer primero el recurso de reconsideración. Finalmente, cuando el abogado prepara el escrito del *recurso* jerárquico y el cliente lo firma por su propio derecho, o lo firma el letrado en representación del cliente, allí se está haciendo una manifestación de voluntad privada[37] en el sentido de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración, y estamos, en consecuencia, frente a un acto jurídico.

En suma, en distintas situaciones de hecho y por lo tanto en distintos sentidos, el recurso es tanto un medio de defensa ("remedio" en la usanza anglonorteamericana),[38] como un derecho de los individuos, como un acto jurídico de impugnación de un acto administrativo.

599.) El autor citado hace así referencia al principio establecido por la Corte Suprema de que "Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos." (*Salazar de Campo*, 1922, *Fallos*, 137: 254.)

[35] PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 170. Este autor agrega que por su parte la administración "tiene otros medios, ordinarios de su organización, para controlar la actividad de los propios órganos." (*Op. cit.*, p. 170, nota 1.) Con todo, no debe olvidarse que el sistema de recursos proporciona a los superiores jerárquicos una información valiosa sobre el desempleo de sus subordinados, información que, por surgir de un proceso dinámico y conflictivo, puede ser más eficaz a veces que los medios ordinarios de autocontrol administrativo.

[36] Ver al respecto lo dicho en el cap. I, t. 1 del *Tratado*.

[37] DIEZ, MANUEL M., *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 95, habla de los "actos de derecho público de los particulares," entre los cuales se encontrarían los recursos que estarían así alcanzados en cierta medida por el derecho público a pesar de ser inicialmente actos jurídicos privados. Esto no debe confundirse con el problema de si personas no estatales pueden dictar actos administrativos, lo que constituye una cuestión distinta; al respecto ver nuestro *Tratado*, t. 3, cap. I, n° 10.

[38] Tal como se lo utilizó en el *Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo*, realizado por las Naciones Unidas en Buenos

II. Requisitos formales

4. *Los requisitos formales*

Los requisitos formales exigidos por los arts. 15 y siguientes de la reglamentación nacional argentina son numerosos:

4.1. Estar escritos a máquina "o manuscritos en tinta en forma legible," "salvándose toda testadura, enmienda o palabras interlineadas."

4.2. Estar redactados en idioma nacional.

4.3. Llevar en su parte superior un resumen de lo que se peticiona.

4.4. Indicar en el encabezamiento el número de expediente a que corresponda, salvo que sea el escrito que *inicie* un expediente.

4.5. Indicación de nombre, apellido, documento de identidad, domicilio real, domicilio constituido del interesado.

4.6. Si actúa en representación, "indicación precisa" de la misma y, en su caso, acreditación de ella.

4.7. Relación de los hechos. No se *exige* como requisito formal la sustentación en derecho.

4.8. Ofrecimiento y/o acompañamiento de prueba.

4.9. Firma del interesado o su representante legal o apoderado.

5. *Su exigibilidad en la práctica*

Esta extensa enumeración de recaudos formales determinados no funciona sin embargo en la práctica con un criterio estricto en el aspecto formal. Y es por supuesto deseable que así sea, por las razones ya consideradas al referirnos al informalismo del procedimiento.

Se ha considerado así en distintos casos, expresa o implícitamente, que la ausencia de la mención de su número de documento de identidad, o la falta de alguno de los domicilios requeridos (el real o el legal) no afectaban la validez formal del recurso.[39] La solución es lógica, si se atiende a la ínfima o ninguna importancia de esos requisitos.[40]

Se ha considerado, asimismo, según ya vimos, que la falta de calificación del recurso, o su calificación errónea, no afectan tampoco su validez[41] y que tampo-

Aires, del 31 de agosto al 11 de septiembre de 1959. La terminología inglesa, en efecto, consagra la palabra genérica "remedios" para las defensas del particular contra la administración.

[39] El art. 20 del reglamento nacional, el 25 de la ley 7647 de la Provincia de Buenos Aires, el 126 de la ley 3909 de Mendoza, etc., prevén que en caso de omisión de constituirlo adecuadamente, "se intimará a la parte interesada en su domicilio real para que se constituya domicilio en debida forma," o sea, que es un defecto subsanable.

[40] Comparar al respecto el criterio de apreciación de las nulidades del acto administrativo en nuestro *Tratado*, *op. cit.*, t. 3, cap. XI, n° 17 a 19.

[41] PTN, *Dictámenes*, 59: 156; 60: 112; 67: 95; 73: 86; 83: 72, etc. Dice el art. 81 de la reglamentación nacional: "*Despacho y decisión de los recursos.* Los recursos deberán proveerse y resolverse

co la afecta el que se haya omitido mencionar, o se haya errado, respecto a cuál funcionario u organismo se dirige el recurso;[42] que, en definitiva, no es necesario "el cumplimiento estricto de formalidades para manifestar esa voluntad..."[43]

No es, por lo tanto, necesaria la exacta denominación del recurso;[44] tampoco se requiere, ni lo exige siquiera el citado decreto, la fundamentación en derecho del recurso sin perjuicio de los requisitos sustanciales de procedencia a que luego nos referiremos. En suma, rige enteramente el principio *legal* del informalismo, conforme al cual corresponde excusar "la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente."[45]

Esta solución del derecho argentino nacional ha sido igualmente consagrada en el derecho administrativo provincial, en similares términos,[46] y puede considerársela uniforme en Iberoamérica.

6. *Requisitos mínimos exigibles*

Interpretando en su conjunto la doctrina administrativa se puede concluir, a nuestro criterio, en que los recaudos formales exigibles para los diversos recursos y medios de defensa en el procedimiento administrativo son:

1°) que el recurso esté por escrito y, desde luego, firmado.

2°) que se indique el nombre, apellido y domicilio del recurrente.

En ese orden los consideraremos.

7. *El recurso debe ser escrito*

El recurso, en principio, debe ser escrito.[47] Respecto a este requisito no hay en el procedimiento administrativo normas que exijan, como en la justicia, el empleo

cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable la impugnación del acto administrativo."

[42] *Dictámenes*, 60: 34; 66: 210; 64: 176: 73: 60, etc. Estos dictámenes, anteriores a la actual reglamentación, mantienen toda su vigencia teórica y práctica, máxime que los recaudos que mencionamos en esta nota y la anterior no están siquiera mencionados por las normas vigentes como supuestas exigencias formales. Si no están exigidos por disposición alguna, no cabe por supuesto considerarlos recaudo formal del recurso.

[43] *Dictámenes*, 64: 208; 64: 176, etc. Estos precedentes siguen vigentes con la actual reglamentación, pues el decreto-ley y la jurisprudencia ya han consagrado el informalismo como un principio interpretativo básico del procedimiento.

[44] Córdoba, art. 76; Tucumán, arts. 40 y 62.

[45] Art. 1°, inc. *c)* del decreto-ley 19.549/72; art. 3°, inc. *b)* de la ley 4537 de Tucumán.

[46] Así Salta, art. 143; Chaco, art. 60; La Pampa, arts. 8 y 9; Chubut, art. 99 inc. *f)* y art. 26 inc. 12.

[47] Conf. Bielsa, Rafael, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1958, p. 114; Garrido Falla, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 293; doctrina uniforme.

Sin embargo, en ciertas hipótesis excepcionales (por ejemplo, absoluta imposibilidad material), se podría admitir un recurso verbal interpuesto personalmente (así Villar y Romero, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1948, 2ª ed., p. 128, nota 3; Hellbling, Ernst C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 384; Adamovich, Ludwig, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed., p. 223); en tales casos quedaría bajo la responsabilidad administrativa registrarlo en forma actuada, en el mismo acto si es posible, o

de tinta de determinado color, ni papel de determinado tipo; ni cabe exigir, en ausencia de norma expresa, formalismo alguno en tal sentido.

Como regla general, pues, es libre la elección de los medios físicos de interposición escrita del recurso, siempre que se respete, a nuestro criterio, un requisito fundamental: El medio elegido debe reunir condiciones elementales de seriedad. Ello deberá apreciarse de acuerdo con las condiciones personales del recurrente, según que ellas (posibilidades materiales e intelectuales) hagan o no plausible y serio el medio empleado.

Con ese criterio básico, mencionaremos rápidamente las principales hipótesis:

7.1. *Papel*

Cualquier tipo de papel es admisible para la presentación del recurso,[48] e incluso cualquier color de papel; también es admisible el empleo de papel con membrete. No habría tampoco objeción, en principio, contra el empleo de materiales similares; todo ello sujeto al principio común de que el medio elegido reúna condiciones mínimas de seriedad, de acuerdo con la persona del recurrente.

Así, por ejemplo, el empleo de un pedazo roto de papel, o demasiado pequeño (una hoja de agenda de bolsillo); o de un papel de ínfima calidad (por ejemplo, papel de empaquetar, o el tipo común de papel de diario); o manifiestamente inapropiado para la finalidad que se lo emplea (papel acartonado, papel de calcar, celofán, etc.), sería en principio improcedente, y sólo podría llegar a ser aceptado en caso de que las condiciones personales del recurrente y de la interposición del recurso puedan ofrecer alguna justificación plausible para tal hecho. De no haber tal especial y plausible justificación, tales medios carecerían de seriedad y serían inadmisibles.

de lo contrario posteriormente. En España, un anterior Reglamento de Reclamaciones Económico-administrativas (de 1924), admitía que el recurso de reposición se interpusiera en forma verbal, aunque de ello debía dejarse constancia escrita, según lo indica GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1963, p. 124, nota 1.

[48] En el derecho uruguayo, en cambio, se exige que el particular utilice papel "formato oficio que no podrá contener más de 27 líneas por página y no más de 55 letras en cada línea" (art. 152), exigencias que no parecen adecuadas al informalismo del procedimiento.

7.2. *Escritura*

El recurso, que debe ser redactado en idioma nacional,[49] puede presentarse tanto a máquina como manuscrito.[50] El color de la cinta de máquina, o de la tinta, puede ser cualquiera; en cuanto a la escritura a mano, si bien la norma se refiere como giro de lenguaje al empleo de "tinta," pensamos que ello es una formalidad totalmente prescindible: Entendemos que ha de interpretarse, por el principio de informalismo, que puede emplearse también cualquier medio plausible de escritura: Lapicera, bolígrafo, marcador fino, etc. El empleo de otros materiales de escritura (lápiz, carbonilla, etc.) haría ya perder seriedad al escrito, y entendemos que salvo casos excepcionales en que las circunstancias lo justifiquen (urgencia, estado de necesidad, guerra, catástrofe, etc.) el recurso sería improcedente. Cabe aquí reproducir las consideraciones hechas respecto al papel, en el sentido de admitir mayor flexibilidad a menor cultura o educación del recurrente.

Cuando el escrito consta de más de una página, es suficiente con firmar la última, no exigiéndose unión especial entre las diferentes fojas ni tampoco identificación especial: Al igual que en el proceso, la foliación que acto seguido procede a efectuar la administración es suficiente garantía para ella de que el escrito presentado es efectivamente ése.[51]

[49] Esta es una solución común de muchas legislaciones, aunque cabe señalar como excepción el art. 12 de la ley húngara, conforme al cual "La falta de conocimiento de la lengua húngara no podrá perjudicar a nadie en las actuaciones administrativas del Estado. En el curso de las actuaciones, todo el mundo podrá servirse, sea por escrito, sea de viva voz, de su lengua materna." González Navarro, en el libro del ENAP, *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, 1969, pp. 66 y 67. Desde luego, en caso de utilizarse una lengua extranjera y a menos que el funcionario encargado del procedimiento la comprenda, corresponderá la designación de un intérprete oficial. La misma solución encontramos en el derecho yugoslavo, art. 157 de la Constitución y 14 de la ley de procedimiento administrativo: Stjepanovic, Nicola, "Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia," en el libro de Homenaje a Enrique Sayagués Laso, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, 1969, t. V, p. 621 y ss., pp. 636-7. Estos principios de la legislación húngara y yugoslava los encontramos también en la Constitución del Perú de 1979, cuyo art. 233 inc. 15, garantiza "El derecho de toda persona para hacer uso de su propio idioma. Si es necesario el Juez o Tribunal asegura la presencia de intérprete." También Chubut, art. 26 inc. 11. En nuestro derecho, en las actuaciones verbales, no vemos inconveniente alguno a que el extranjero se manifieste en su propia lengua, asistido por un intérprete; por extensión, pensamos que podría también admitirse el escrito presentado en otro idioma si va acompañado de traducción al idioma nacional.

[50] "Manuscrito en tinta en forma legible," dice la misma disposición; igual criterio en el art. 29 de la ley 7647 de la Provincia de Buenos Aires; el 128 de la ley 3909 de Mendoza; Tucumán, art. 26. En el decreto uruguayo, que parece admitir cualquier "clase o forma de escritura," se limita en cambio el número de renglones por p. y letras por línea, art. 152. Tal norma no existe en el derecho argentino. El art. 154 del régimen uruguayo exige, para la aclaración de firma cuando se lo hace en forma manuscrita, que sea en letras tipo imprenta." Tampoco este principio rige entre nosotros.

[51] En cambio, el derecho uruguayo exige que los particulares que presenten escritos en las oficinas públicas "deberán hacerlo estableciendo la correspondiente ligazón en todas las hojas de su respectivo escrito, así como también con los documentos que acompañen." (Art. 155.) Además exige al presentante que firme al margen de cada hoja, y al funcionario que estampe el sello de la repartición también en cada hoja. Consideramos que son formalismos enteramente prescindibles, y en nuestra práctica no ha habido problemas por el sistema, totalmente informal, utilizado.

En materia de raspaduras, enmiendas, interlineas, testaciones, etc., debe adoptarse un criterio razonable, conforme a la práctica cotidiana; las meras correcciones de errores de máquina, por ejemplo, no requieren, por supuesto, ser salvadas; tampoco las correcciones efectuadas utilizando materiales que implican tapar con pintura blanca el texto original y escribir encima un texto nuevo, a menos que se trate de una parte sustancial en grado sumo del escrito. El mismo criterio ha de aplicarse para las interlíneas, únicas en verdad que pueden requerir salvedad, sobre todo cuando son efectuadas en distinta máquina y modifican de manera importante el texto de lo escrito originalmente. Esto se refiere a la actitud que el propio recurrente puede adoptar en la preparación de su escrito, sin perjuicio de que el funcionario que lo recibe puede, si lo desea y las circunstancias del caso lo justifican, requerir al presentante que salve las correcciones al pie del escrito.[52]

En cualquier caso, en la medida que los escritos administrativos, a diferencia de una escritura pública, no contienen usualmente minuciosas declaraciones productoras de derechos o deberes, no parece necesario exigirles el ritualismo que caracteriza a un protocolo notarial: La custodia del expediente por la administración pública ha probado ser, hasta el presente, suficiente garantía de que su contenido documental no ha sido adulterado. Esta es la norma general, que sólo puede sufrir excepciones en casos en que la entidad del escrito lo justifique como ocurre con el precio consignado en una oferta presentada a una licitación pública: Pero en tal hipótesis no estamos ya, obviamente, hablando de recursos administrativos.

7.3. *Firma*

La firma es un elemento natural en el recurso, ya que sin ella no habría en verdad manifestación de voluntad del interesado. En los escritos presentados por carta o personalmente la firma va consignada en el propio papel presentado, y no requiere autenticación alguna a menos que se trate de un poder, como dijimos ya al tratar de la representación en el procedimiento.[53] La interposición misma del recurso, pues, no necesita de certificación de la firma del interesado.[54]

[52] Más severo, el reglamento uruguayo dice que "No se admitirán" si no están salvadas, art. 177: Sin embargo, el art. 179 prevé que si el interesado no aceptase las observaciones formuladas por el funcionario receptor, o se tratare de recursos administrativos o actos sometidos a término perentorio, serán de todos modos recibidos, dejando el funcionario constancia al pie del escrito de las observaciones que le merezcan.

[53] *Tratado*, t. 4.1., cap. I, n° 10.3.

[54] Claro está, y como dice el art. 18 del reglamento: "En caso de duda sobre la autenticidad de una firma, podrá la autoridad administrativa llamar al interesado para que en su presencia y previa justificación de su identidad, ratifique la firma o el contenido del escrito."

"Si el citado negare la firma o el escrito, se rehusare a contestar o citado personalmente por segunda vez no compareciere, se tendrá al escrito por no presentado." En igual sentido Mendoza, art. 131; Córdoba, art. 27.

A lo expuesto cabe añadir que si el interesado no sabe o no puede firmar, se admitirán las soluciones comunes en este tipo de casos: Firma a ruego,[55] etc.

Finalmente, debe recordarse la interesante y acertada solución del Tribunal Supremo español, en caso que se encuentre una omisión involuntaria de firmar el escrito: Esa omisión no determina la improcedencia del recurso si la personalidad del recurrente se desprende de otras actuaciones.[56]

La aclaración de la firma no es necesaria si del escrito surge quién es el que lo suscribe.[57]

8. *Presentación par telegrama*

Las consideraciones precedentes son aplicables a los medios de presentación escrita del recurso, pero cabe señalar que ellos no son los únicos admisibles.

En efecto, las posibilidades corrientes son:

8.1. Presentación personal del escrito, si es el que inicia el trámite o interpone un recurso, en la mesa de entradas u oficina o funcionario equivalente.

8.2. Si es un escrito posterior, puede presentarse o remitirse igualmente a la oficina donde se encuentra el expediente.

8.3. Envío del escrito por carta (simple, certificada, etc.) igualmente a la mesa de entradas o a la oficina en que se encuentra el expediente, si no es el escrito inicial.

8.4. Envío de telegrama. (Simple, con o sin copia, colacionado, recomendado, con o sin aviso de entrega, todo ello indistintamente.)

El sentido de estas disposiciones cabe integrarlo con lo que acertadamente aclara la ley de Costa Rica en su art. 286: La posibilidad de requerir la ratificación de la firma se refiere a los escritos que no fueron presentados personalmente, pues como dice el inc. 2 de dicho artículo, "Se tendrán por auténticas las presentaciones hechas personalmente." El inc. 1, por su parte, expresa que "La petición será válida sin autenticaciones aunque no la presente la parte, salvo facultad de la administración de exigir la verificación de la autenticidad por los medios que estime pertinentes."

[55] Dice así el art. 17 del reglamento: "Cuando un escrito fuere suscripto a ruego por no poder o no saber hacerlo el interesado, la autoridad administrativa lo hará constar, así como el nombre del firmante y también que fue autorizado en su presencia o se ratificó ante él la autorización, exigiéndole la acreditación de la identidad personal de los que intervinieren."

"Si no hubiere quien pueda firmar a ruego del interesado, el funcionario procederá a darle lectura y certificará que éste conoce el texto del escrito y ha estampado la impresión digital en su presencia." En igual sentido el art. 130 de la ley 3909 de Mendoza; Tucumán, art. 28.

[56] En este sentido, Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1963, p. 125.

[57] Reglamento uruguayo, art. 154. Por supuesto que la aclaración de la firma puede efectuarse de cualquier modo idóneo al efecto: Aclaración manuscrita, a máquina, con sello, etc. Ver Delpiazzo y Guariglia, *Los recursos administrativos...*, *op. cit.*, p. 46.

Esta última posibilidad ha sido expresamente admitida en la práctica administrativa argentina[58] y en las normas positivas,[59] y en esa hipótesis, obviamente, no son aplicables los requisitos mencionados. Por extensión, creemos también admisible el cablegrama, télex y formas similares que el progreso científico pueda originar, siempre que haya *certeza* en cuanto a la identidad del recurrente; por ello, si bien dijimos que en hipótesis excepcionales podía admitirse un recurso verbal,[60] pero personal, es evidente que no es admisible normalmente un recurso interpuesto telefónicamente.[61]

En lo que respecta a la firma, ella existe también en el caso de los telegramas y cablegramas, sólo que queda acreditada en el formulario presentado ante la oficina de correos respectiva, o ante la agencia de telecomunicaciones. Desde luego, el telegrama o cable recibido por la repartición que dictó el acto o por las autoridades superiores no contiene ya firma, pero a pesar de ello constituye, por la circunstancia indicada, válida interposición del recurso administrativo.[62]

9. *El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente*

En lo que hace a los requisitos de nombre y domicilio, su exigencia es lógica, al efecto de identificar debidamente al recurrente. Pero cabe tener presente que su finalidad única es ésa, identificar el recurrente a los efectos del recurso, por lo que si existen defectos formales en su enunciación, ellos afectarán al recurso sólo en la medida en que impidan dicha identificación. Así, entonces, si el domicilio del recurrente no ha sido especificado, pero la administración lo tiene en

[58] *Dictámenes*, *op. cit.*, 68: 257; en igual sentido ley austríaca, art. 63, inc. 5°; HELLBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 367 y ss.; ADAMOVICH, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrecht*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed., p. 222.

[59] Así lo admite el último párrafo del art. 25 que dice: "Cuando se empleare el medio telegráfico para contestar traslados o vistas o interponer recursos, se entenderá presentado en la fecha de su imposición en la oficina postal." En igual sentido el art. 29 *in fine* de Mendoza; art. 26 de Córdoba; Tucumán, art. 26. Lo mismo dispone Costa Rica, art. 288, inc. 2°.

[60] En Francia el recurso administrativo puede ser interpuesto bajo "forma verbal:" AUBY, JEAN MARIE y FROMONT, MICHEL, *Les récours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne*, París, 1971, p. 217.

Ver también GUAITA, AURELIO, "Evolución del procedimiento económico-administrativo en España," en *Revista de Derecho Financiero y de la Hacienda Pública*, vol. XXVII, n° 128, Madrid, 1977, p. 599 y ss., p. 616.

[61] Conf. HELLBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfdhrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 384; FORSTHOFF, ERNEST, *Tratado de derecho administrativo,* Madrid, 1958, p. 707. Estos autores hacen excepción, a su vez, en el caso de telegrama encargado al telégrafo por teléfono, al cual admiten: Ver FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 707. Ello encuentra explicación en la circunstancia de que el número telefónico del abonado permite por lo general constatar la identidad de la persona que interpone el recurso, con lo cual se suple entonces el requisito de la firma. Lo mismo ocurre con el télex.

[62] Ver la nota precedente, respecto a la firma de los telegramas interpuestos por teléfono: Dado que la empresa telefónica al admitir el telefonograma efectúa el control de que el mismo sea impuesto desde la línea telefónica registrada a nombre del emisor, consideramos que corresponde admitirlo como manifestación válida de la voluntad de recurrir. Lo mismo es aplicable al télex.

sus registros por alguna circunstancia relacionada con la cuestión que motiva el recurso, mal puede esa omisión afectar al recurso, ya que la administración puede fácilmente suplir esa deficiencia. Así ocurre en el caso de los funcionarios públicos, que recurran con motivo de su función; de los contratistas y proveedores del Estado, que figuran en registros especiales, por cualquier cuestión referente a sus contrataciones con el Estado; de los usuarios de ciertos servicios públicos, que están ya registrados y fichados por las respectivas administraciones (gas, electricidad, teléfono, etc.), por todo lo referente a tales servicios, etc.

III. Requisitos sustanciales

10. *La clara manifestación de voluntad*

En cuanto a los requisitos sustanciales, de acuerdo a una reiterada doctrina y práctica administrativa, ellos se reducen a que exista una *clara manifestación de voluntad* del interesado de *obtener un nuevo pronunciamiento* de la administración,[63] en el caso de que se impugne un acto administrativo preexistente o una expresión concreta de lo que se solicita, no habiendo impugnación de acto: "la petición concreta en términos claros y precisos."[64]

Sin embargo, como señala con acierto FORSTHOFF: "Pero no podrá exigir una claridad absoluta, sin lugar a duda alguna, en la expresión de voluntad del autor, sin situar en una condición de inferioridad sensible a ciudadanos que no escriban con soltura o que no estén acostumbrados al trato con las autoridades. Tiene que bastar, pues, que el recurrente exprese que no está conforme con el acto administrativo y que insiste en su derecho."[65]

La manifestación de voluntad, desde luego, debe ser expresa o razonablemente implícita. Creemos inadecuado sostener que "No es necesario que el recurso sea planteado por el administrado. La administración activa, por sí misma, puede, de oficio darlo por planteado y modificar las resoluciones de sus organismos dependientes;"[66] ello implica confundir *control de oficio* con *recurso:* En la hipótesis que se señala hay control de oficio, pero no recurso administrativo.

[63] *Dictámenes*, *op. cit.*, 39: 115; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 68: 22; 70: 210, etc.

[64] Reglamento nacional, art. 16, inc. *e)*; Provincia de Buenos Aires, art. 33, inc. *d)*; Mendoza, art. 129, inc. *d);* Córdoba, art. 25, inc. *c),* de la ley 5350.

[65] FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 708.

[66] ANDREOZZI, MANUEL, *La materia contencioso-administrativa*, Tucumán, 1947, p. 153. Distinto es el caso del recurso llamado *ex officio,* en que el funcionario está obligado a recurrir contra un acto, en determinadas situaciones que indica la ley, como ocurre en Brasil. CRETELLA JUNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. IV, pp. 142 y 143; LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito administrativo brasileiro*, San Pablo, 1966, 2ª ed., p. 81.

No existen, en suma, fórmulas sacramentales para interponer el recurso, siendo suficiente, por ejemplo, una notificación en disconformidad,[67] o un escrito en el cual el interesado insista en su derecho luego de emitido el acto.[68]

11. *Fundamentación del recurso*

No se requiere que el recurso esté fundado en derecho[69] ni tampoco que tenga una fundamentación de hecho, siempre que esa ausencia de explicitación de los hechos no atente contra la claridad de la pretensión: Tendrá que tener, entonces, solamente una descripción o "relación de los hechos."[70] Así, por ejemplo, un escrito pidiendo el pago del sueldo o la jubilación parecería no requerir aclaración alguna, ya que está implícito que se trata del sueldo o la jubilación del recurrente y que le sea adeudado; en cambio, un reclamo por daños y perjuicios producidos por un accidente, exige, desde luego, precisar de qué accidente se trata.

En consecuencia, lo único exigible es la claridad y concreción de la petición formulada.

Por excepción, en algunos recursos se exige expresamente la "fundamentación."[71]

IV. Omisión de requisitos formales o sustanciales

12. *Criterio a seguir*

La omisión de cumplir con alguno de los requisitos formales o sustanciales indicados no implica que deba rechazarse el recurso.

A nuestro juicio, siempre que surja en forma clara la voluntad de recurrir o reclamar, debe considerarse interrumpido el término, e intimarse al recurrente a subsanar los defectos encontrados. De igual manera, si la oscuridad del escrito ofrece dudas respecto a qué es lo que reclama o recurre el interesado (pero no hay controversia acerca de que su voluntad es reclamar o recurrir), la solución

[67] Tal como fue resuelto por decreto 7523/68, B.O., 27-II-1969, haciendo lugar a un recurso jerárquico interpuesto por tal medio: PTN, dictamen del 5-IX-68. Ver nuestro *Tratado*, t. 2, cap. XVII, puntos 12.4 y 12.5.

En el mismo sentido, el art. 348 de la ley de Costa Rica expresa que: "Los recursos no requieren una redacción ni una pretensión especiales y bastará para su correcta formulación que de su texto se infiera claramente la petición de revisión."

[68] Como señala Forsthoff, *op. loc. cit.*

[69] Art. 16, inc. *b)* del reglamento nacional; art. 33, inc. *c)* de la ley 7647 de Buenos Aires; art. 129, inc. *b)* de la ley 3909 de Mendoza; Córdoba, art. 25, inc. *c)*.

[70] Art. 15, inc. *b)* del reglamento nacional; art. 33, inc. *c)* de la ley 7647 de Buenos Aires; art. 129, inc. *b)* de Mendoza; art. 25, inc. *c)* de Córdoba.

[71] Buenos Aires, arts. 89 y 90, para la revocatoria y 92 para el jerárquico; Córdoba, arts. 77 y 79 para la reconsideración y jerárquico.

En sentido similar Costa Rica, art. 285, inc. 1, apartado *d)*, requiere que se indiquen "Los motivos o fundamentos de hecho," pero aclara que su omisión no es un vicio formal. (Inc. 2, *a contrario sensu*.)

pertinente no es que la administración pueda dar cualquier interpretación al escrito, sino que debe también pedir al recurrente la aclaración de su voluntad.[72]

Otro criterio, más riguroso que el de considerar interrumpido el término, es el de intimar al peticionante a subsanar el defecto en un término perentorio, bajo apercibimiento de darle por decaído el derecho;[73] pero no lo creemos aconsejable ni admisible en ausencia de norma expresa.

En el derecho positivo argentino actual es frecuente encontrar normas que facultan, en caso de falencias formales o sustanciales del escrito, a intimar al presentante a subsanarlas bajo apercibimiento de *archivar* las actuaciones.[74] Esto no es lo mismo que dar por decaído el derecho ni el recurso, sino que es simplemente *paralizar* su trámite hasta que el impulso procesal de la parte supla las deficiencias de su escrito y obtenga el desarchivo de las actuaciones. El riesgo, claro está, es que una no muy eficiente organización del archivo pueda luego dificultar o imposibilitar su recuperación en tiempo útil.

Por lo expuesto, que se refuerza sustancialmente con el principio de la impulsión e instrucción de oficio, no somos partidarios de este tipo de procedimiento; tampoco parece adecuado lo previsto en la ley 3.909 de Mendoza en su art. 126, de que el apercibimiento puede serlo de continuar el trámite "sin su intervención," pues nada perjudica a la administración hacer las comunicaciones postales al interesado en su domicilio real si no lo constituyó legal en el radio urbano exigido. En la práctica y con muy buen criterio, la administración efectúa las notificaciones en *cualquier* domicilio que el interesado indique, si indica sólo uno, sea éste real o legal, dentro o fuera del radio urbano, etc. En verdad, existiendo un sistema real de notificaciones por *correo* y no por cédula, este comportamiento es el más sensato y ajustado a los principios básicos del procedimiento administrativo. La exigencia del domicilio legal en el radio urbano sólo tiene sentido cuando se trata de notificaciones por cédula: Existiendo, en cambio, servicio de correos y siendo admisible la notificación postal, es obvio que cualquier domicilio es exactamente igual a los demás a estos efectos.[75]

[72] ADAMOVICH, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1964, 5ª ed., p. 223.

[73] ADAMOVICH, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed., p. 223.

[74] Reglamento nacional, art. 20, respecto al domicilio y ley 7647 de la Provincia de Buenos Aires, art. 26; Mendoza, art. 126; Tucumán, art. 23. La falta de presentación a ratificar la firma, en cambio, cuando hubiere duda sobre su autenticidad y se lo haya intimado fehacientemente al efecto, hace que el escrito se tenga "por no presentado:" Art. 18 del reglamento nacional, 32 de la Provincia de Buenos Aires, 431 de Mendoza, 259 de Corrientes, 25 de La Pampa.

[75] La única excepción que podría concebirse a este criterio sería en aquellos supuestos excepcionales en que se trata de una comunidad a la cual no llega el servicio de correos: Pero aun en tales casos un sano principio de igualdad ante la ley e instrucción de oficio justifica que se practique la notificación por cédula por intermedio de la policía local. En tal sentido, la ley 5350 de Córdoba dispone en su art. 53 *in fine* que "Cuando en la localidad donde se domicilia la persona a notificarse no hubiera oficina de correos, la diligencia respectiva se encomendará a la autoridad policial que corresponda." Es la solución que estimamos correcta.

13. *La complementación de un recurso con otro*

Como caso particular puede recordarse que se ha considerado que si un escrito no llena por sí mismo los requisitos de un recurso válido, pero sus deficiencias pueden ser salvadas apreciando como complemento de éste a otro escrito que tampoco independientemente fuera válido, puede no obstante considerarse al conjunto de los dos como un recurso formalmente válido: "Aunque la solicitud de fs. ... no llena los requisitos de un recurso jerárquico independiente, ni tampoco la de fs. ... representa un recurso jerárquico válido, ambas, en conjunto, forman un solo cuerpo de recurso conforme a los requisitos legales. Procede, por lo tanto, entrar al examen del fondo de la causa."[76]

V. Efectos de la interposición del recurso

14. *Interrumpe el término*

El primer efecto de la interposición del recurso es, obviamente, la interrupción del término.[77] Ello significa que, no obstante los defectos que el recurso tenga, ellos pueden ser salvados con posterioridad, y que no afectan la posibilidad de continuar la controversia administrativa. De igual modo, puede posteriormente ampliarse la fundamentación de hecho o de derecho del recurso.[78]

15. *No interrumpe la prescripción de la acción*

Tratándose de remedios o acciones judiciales, es lógico que su interposición interrumpe la prescripción de la acción,[79] pero en materia de recursos administrativos la solución no ha sido siempre igualmente clara.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, por ejemplo, se negó tradicionalmente a reconocer carácter interruptivo de la prescripción a las tramitaciones administrativas iniciadas por el particular, incluso tratándose de la llamada "reclamación administrativa previa," cuya presentación constituye un requisito legalmente exigido para poder luego acudir a la instancia judicial.[80] La solución era muy criticable, y obligaba al interesado a presentar la demanda de todos modos, al

En suma, el requerimiento normativo de constituir domicilio en el radio urbano de la autoridad sólo tiene razón de ser en el ámbito judicial y no debería haber sido trasladado desde allí al procedimiento administrativo.

[76] *Dictámenes*, *op. cit.*, 56: 69 y 73; 70: 210.

[77] Ampliar en el t. 4.1 de nuestro *Tratado*, cap. VIII, § 10. Dice así, por ejemplo, el art. 40 de la ley 4537 de Tucumán, que "la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquéllos hubieren sido mal calificados, adolecieren de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órganos incompetentes." Conf. Buenos Aires, art. 75; Mendoza, art. 186, inc. *a)*.

[78] Ampliar *infra*, en este mismo cap., n° 17.

[79] Bodda, Pietro, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 87; Código Civil, art. 3986.

[80] CSJN, *Fallos*, 103: 155, *Banco Constructor de La Plata*, 1905, 111: 665; 113: 194; 115: 395, y otros.

solo efecto de interrumpir dicha prescripción, para continuar entonces con la tramitación administrativa hasta su terminación o hasta el transcurso del término de denegación tácita, para recién entonces continuar con la acción judicial.

El problema ha quedado salvado de dos maneras: Primero, con la modificación al art. 3.986 del Código Civil, que admite desde 1968 la suspensión de la prescripción; segundo, con el decreto-ley 19.549 en el orden nacional, que consagra expresamente la *remisión* de la prescripción.

16. *Suspende la prescripción de la acción*

16.1. *Suspensión por un año, una sola vez*

El art. 3986 del Código Civil dice que "La prescripción liberatoria se suspende por una sola vez por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la nación." En virtud de esta norma, un recurso o reclamación que solicite concretamente un derecho sujeto a prescripción liberatoria, o que impugne un acto que lo denegara, produce el efecto de suspender el curso de la prescripción durante un año. No se requiere formalidad alguna expresa ya que la "constitución en mora del deudor" resulta tácita e inequívocamente de la reclamación o recurso. En cuanto al requisito de que ella se efectúe "en forma auténtica," es suficiente autenticidad su recepción administrativa, a los fines de esta norma;[81] a los efectos probatorios será suficiente acompañar copia del escrito, firmada o sellada por la oficina respectiva, o el expediente administrativo mismo en el cual el escrito esté incluido, o copia certificada del telegrama enviado. Claro está, la intimación efectuada mediante escribano público reúne siempre las máximas garantías de certeza en cuanto a la prueba y suficiencia de la suspensión así producida.

16.2. *Remisión. Caducidad de la instancia*

Otro efecto importante que produce la interposición de un recurso administrativo es que "Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales... inclusive los relativos a la prescripción," en tanto el procedimiento no sea declarado en caducidad imputable al recurrente y, en todo caso, por lo menos, hasta la fecha en que quede firme el acto administrativo que declare tal caducidad.[82]

La diferencia entre esta norma y la explicada en el punto 16.1. reside en el ámbito de aplicación: La ley de procedimiento administrativo nacional permite tener por suspendidos, de la manera indicada, los plazos de prescripción contra la

[81] No estimamos, pues, que sea necesario invocar para esto un supuesto carácter de instrumentos públicos de los expedientes administrativos. En relación a este tema, ver nuestro *Tratado*, t. 3, cap. VII.

[82] Decreto-ley 19.549/72, art. 1°, inc. *e)*, apartado 9.

Nación y entes descentralizados nacionales. En las provincias, a falta de normas similares, sólo cabe tener presente la suspensión por un año que autoriza el art. 3.986 del Código Civil, y ello siempre que no haya, lo que es frecuente, algún plazo de caducidad más breve para la iniciación de acciones procesales administrativas.

Veremos más adelante, al explicar los términos en el procedimiento, que se ha interpretado incluso que los términos quedan remitidos por virtud de esta norma, y que en caso de producirse la caducidad de la instancia no sigue corriendo el término ya empezado, sino que empieza a correr de nuevo.[83]

17. *No implica trabar la litis en forma inmutable*

En el procedimiento administrativo no se aplica el principio procesal que impide a las partes modificar los términos de una contienda una vez trabada la *litiscontestatio*.[84] Ello se explica por el carácter objetivo de estos recursos, que persiguen la defensa de la legalidad de la marcha administrativa[85] y también por la vigencia en el procedimiento administrativo del principio de la instrucción de oficio y de la verdad material, de acuerdo con los cuales la administración no está ligada exclusivamente a los hechos aducidos por las partes, sino que debe investigar independientemente la verdad real de la situación en que debe decidir.

También contribuye a fundar esta solución el hecho de que la ampliación del recurso no hace sino suscitar el poder general que tiene el superior para controlar la legitimidad de los actos impugnados,[86] y que la administración puede de todos modos decidir puntos no propuestos por las partes,[87] todo lo cual indica que la alteración de los términos originales en que se planteara el recurso no atenta contra los principios básicos del procedimiento administrativo, sino que, por el contrario, los complementa.

[83] Nuestro *Tratado*, t. 4.1, cap. VIII, n° 11.

[84] González Perez, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 129. Bielsa, Rafael, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1958, pp. 130-131; Heredia, "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1945, n° 2, p. 276; Pearson, Marcelo Mario, *Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1954, p. 30. En igual sentido la doctrina extranjera, por ejemplo, Giannini, Massimo Severo, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 53; Fleiner, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allémand*, París, 1933, p. 147; González Pérez, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 152.

[85] Heredia, "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1945, n° 2, p. 254.

[86] Fleiner, *Les principes généraux du droit administratif allémand*, Paris, 1933, p. 147.

[87] Ver *supra*, cap. II, n° 15. Por lo demás, como dice Puchetti, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, pp. 188-189, "una vez presentado el recurso jerárquico, el acto administrativo al cual se refiere, está impugnado en toda su extensión," por lo que no podría admitirse "para los motivos no aducidos y adjuntados dentro del término, una presunción absoluta de legitimidad." Va de suyo, en nuestro derecho, que estos fundamentos acerca de la amplitud de la potestad administrativa para decidir, y de la consecuente amplitud de posibilidad del recurrente de extender o modificar el recurso, tiene siempre como límites generales, el principio de la estabilidad de los actos administrativos y el de la inadmisibilidad de la *reformatio in perjus*. (*Tratado*, t. 4, cap. II, §15.)

Finalmente, se señala también que el individuo tiene un derecho al recurso, y que si la ley no pone límites acerca de su contenido, no puede negarse al recurrente la posibilidad de aducir nuevos motivos, mientras el recurso no haya sido decidido.[88]

18. *No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado*

Si bien el punto a considerar ahora no es resuelto uniformemente por la doctrina, la orientación administrativa argentina se ha inclinado por considerar que "... interpuesto un recurso jerárquico, y mientras se halla pendiente de decisión, él no suspende, restringe ni limita, las atribuciones ordinarias del órgano que ha emanado el acto administrativo impugnado, para revocarlo o reformarlo de la misma manera que podría hacerlo con relación a un acto administrativo no recurrido."[89] Tratamos el tema al referirnos a las facultades del administrador.[90]

19. *Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso*

19.1. *Recursos improcedentes*

Cuando en un mismo escrito se plantea más de un recurso, se ha interpretado que debe tomarse en cuenta sólo el que resulte ser el principal procedente, dejando de lado los improcedentes y aclarándose que el interponer recursos innecesarios, previa o conjuntamente con el principal y procedente, no afecta el normal ejercicio de éste.[91]

19.2. *Recursos en subsidio*

En la práctica argentina nacional se había rechazado antiguamente la posibilidad de interponer un recurso —por ejemplo, el jerárquico—, en subsidio de otro para el caso de que lo denegaran. La interpretación se basaba en que no habría un interés actual para recurrir.[92]

En cambio, la legislación actual permite expresamente interponer recursos en subsidio de otros[93] y hasta en varios casos los considera como norma general interpuestos *de pleno derecho,* sin necesidad de manifestación expresa de volun-

[88] GIANNINI, *La guistizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 53. El art. 77 del reglamento nacional dice que "Podrá ampliarse la fundamentación de los recursos... en cualquier momento antes de la resolución."

Con mayor claridad, el art. 290 de la ley de Costa Rica determina que "La parte promotora podrá cambiar o sustituir la petición en el curso del procedimiento sin necesidad de instaurar otro, siempre que lo haga invocando la misma causa, por la que se entenderá el interés legítimo o el derecho subjetivo y los hechos invocados."

[89] En esta solución *Dictámenes*, *op. cit.*, 36: 317; 53: 257 y 280, y otros.

[90] *Tratado*, t. 4.1, cap. II, n° 12 y ss.

[91] *Dictámenes*, 71: 89; solución uniforme.

[92] Para una crítica del punto, ver nuestro *Tratado*, t. 2, cap. XVI, n° 14.

[93] Reglamento nacional, art. 88; Buenos Aires, art. 91, Córdoba, art. 79.

tad del particular en tal sentido.[94] Si bien no se da el caso, que recordamos más arriba; de que un recurso pudiera ser interpuesto de oficio por la administración, sí tenemos de este modo recursos interpuestos ex lege: Con esta solución, basta la presentación por el particular de un escrito en el cual recurre de determinado acto, para que el orden jurídico estime que está suficientemente manifestada su voluntad de impugnar administrativamente el acto por las subsiguientes vías de recurso.

20. *Hacia el principio de la unidad del recurso administrativo*

De lo expuesto precedentemente se sigue que están dadas las condiciones para avanzar un paso en la regulación y práctica del procedimiento administrativo, eliminando la exagerada e inútil multiplicidad de medios recursivos que las normas instituyen y que denunciaran magistralmente García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Así como se admite ya hoy en día, a texto expreso, que basta con que el particular interponga un recurso de reconsideración para que se considere automáticamente y de pleno derecho también recurrida jerárquicamente la eventual decisión denegatoria de ese pedido de reconsideración, así también parece que podría avanzarse en el sentido de permitir considerar igualmente impugnado de pleno derecho cualquier otro pronunciamiento adverso que se produzca en instancias superiores.

Así, por ejemplo, si un particular recurre en recurso de reconsideración ante una autoridad intermedia de un ente descentralizado, podría considerarse que dicho recurso lleva en subsidio el recurso jerárquico menor para ante las autoridades superiores del ente, y que a su vez el segundo lleva en subsidio el recurso de alzada para ante la administración central en caso de resolución denegatoria del ente descentralizado.

Desde luego, la unicidad del sistema recursivo no habría de consistir sólo en la admisión del efecto subsidiario de toda impugnación, sino también en la unificación de los términos de impugnación, tipo de actos impugnables, legitimación que se requiere en cada caso, etc. Teóricamente, podría llegarse a una situación en la cual sólo cupiera distinguir qué autoridad resuelve en cada instancia, y nada más.

De poder obtenerse el progreso del orden jurídico administrativo en el sentido indicado se lo aproximaría también, según adelantamos, a los principios modernos en materia de unidad de la acción procesal administrativa y pluralidad de pretensiones. Aunque no se llegue a la unidad total del recurso administrativo, es mucho lo que se puede avanzar a partir del estado actual de la legislación. Proponemos al lector realizar como ejercicio crítico el análisis de cuántos diversos

[94] Reglamento nacional, art. 88, con la modificación del decreto 3700/77: "El recurso de reconsideración contra actos definitivos o asimilables a ellos y el de apelación previsto en el artículo anterior, inc. *b)*, llevan implícito el recurso jerárquico —y en su caso el de alzada— en subsidio." Conf. Buenos Aires, art. 91; Tucumán, art. 65 *in fine*.

medios de impugnación podrían convenientemente subsumirse en uno solo, y qué normas habría que modificar al efecto.

Capítulo XV

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Sumario

1. Dificultades del tema 517
2. Confusión entre "lo contencioso-administrativo" y el derecho procesal administrativo 518
3. El "contencioso-administrativo" clásico y el derecho procesal administrativo actual 520
4. La cuestión en las provincias 521
5. En el ámbito nacional 522
6. Estado actual del problema 523
7. Diferencias entre "plena jurisdicción" y "anulación" 524
   7.1. Derechos protegidos 524
   7.2. Naturaleza del procedimiento 524
   7.3. Facultades del juez en la sentencia 525
8. "Plena jurisdicción" y "anulación" en el orden nacional 525
9. Confusión entre el sistema norteamericano y el francés 527
10. Confusión entre "acción" y "recurso de apelación" 529
11. El proceso administrativo en la práctica 532
   11.1. Tiempo, costo, eficacia 532
   11.2. Perspectivas 533

Capítulo XV

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Dificultades del tema*

El tema de "lo contencioso-administrativo" en Latinoamérica se halla plagado de confusiones y oscuridades, por una serie de causas, y no es posible señalar un sistema uniforme; como dice un autor, "se ha producido en determinados períodos de la evolución de nuestra ciencia del derecho administrativo tan tremenda confusión a este respecto, que todavía las oscuridades, desprendidas de todos los errores (y horrores) que se han difundido, desorientan y pierden no sólo a los estudiantes y profesionales poco ilustrados sobre el punto, sino a jueces y profesores..."[1]

La doctrina argentina más tradicional, cuando trata del tema, suele referirse en forma general a los caracteres que "lo contencioso-administrativo" tiene *en teoría*, tomando como base para ello en parte la doctrina francesa y española pertinente, y en parte la legislación de los códigos "contencioso-administrativos" provinciales; poco lugar hay en esa doctrina para explicar la situación real, positiva, en el ámbito nacional, y no pocas veces da la impresión de que aquella teoría general sea realmente la aplicable entre nosotros.

La doctrina intermedia[2] ha hecho numerosos aportes al tema, los que son en general esclarecedores acerca de la realidad del problema en el orden nacional, prescindiendo de la doctrina franco-española clásica y de los códigos o las viejas doctrinas argentinas construidas sobre todos ellos. Pero la lectura de estos

[1] Bosch, Jorge Tristán, "Lo contencioso-administrativo y la Constitución nacional," *LL*, 81: 830, 832.

[2] De entre la cual se distinguen por sus aportes al tema Juan Francisco Linares, especialmente en su artículo "Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal," *LL*, 94: 99; Jorge Tristán Bosch, particularmente en su artículo citado en la nota anterior, y Bartolomé A. Fiorini, en su libro *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, 1965. Más recientemente debe agregarse Diez, Manuel Maria, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, 1972, p. 27 y ss.; Grau, Armando Emilio, *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa*, La Plata, 1971, pp. 6, 11 y ss., 29 y ss.; Petra Recabarren, Guillermo M., "El contencioso-administrativo federal," *LL,* t. 148, año 1972.

trabajos no aclara automáticamente las cosas para el que se inicia por primera vez en el tema, porque entre ellos mismos existen ciertas discrepancias, que no permiten, sin embargo, situarlos en concepciones totalmente opuestas.

Por su parte, la jurisprudencia en cierto modo oscila entre ambos extremos: Alguna vez, se ha remitido a la doctrina más antigua; otra se ha acercado a soluciones más acertadas, pero sin definirse claramente por ellas; otras, ha dado principios propios. Por lo demás, los distintos tribunales no siempre encaran el tema con el mismo criterio, y aun sin cambiar su composición hay tribunales que han evolucionado en los últimos años en cuanto al criterio aplicado. En lo que se refiere a la legislación, fue poco a poco usando términos por lo menos imprecisos y casi seguramente incorrectos, con lo que arroja mayores dificultades a un tema de por sí oscuro.

2. *Confusión entre "lo contencioso-administrativo" y el derecho procesal administrativo*

Por de pronto, debe cortarse de raíz y de una buena vez la confusión terminológica que significa hablar de "lo contencioso-administrativo," ya denunciada suficientemente,[3] y sustituirla por la denominación correcta, que es "derecho procesal administrativo."[4] Ambas expresiones significan, en principio, lo mismo, en cuanto se refieren a contiendas sobre derecho administrativo que se ventilan ante los estrados judiciales,[5] pero existen múltiples razones para reemplazar los términos.

El vocablo "contencioso-administrativo" tuvo su origen en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser *órganos de la propia administración* que resuelven los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial posterior. Es de destacar que en el concepto francés de la división de los poderes, la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración pública, siendo ésta la que debe decidirlos en última instancia y por sí sola. En cambio, en nuestro sistema y en nuestra interpretación de la división de los poderes no puede negarse a los habitantes el acceso a una

[3] Entre otros, Bosch, *art. cit.*, p. 842; Fiorini, "La crisis del contencioso-administrativo," *LL*, 107: 1168 y ss., 1173.

[4] La doctrina moderna se inclina cada vez con mayor fuerza por esta terminología. Así Gonzalez Perez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1963, p. 347 y ss.; Ule, Carl Hermann, *Verwaltungsprozesscrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.; Diez, *loc. cit.*; Marienhoff, t. I, *op. cit.*, p. 142, utiliza, en cambio, la expresión "contencioso-administrativo;" Petra Recabarren, por su parte, si bien admite la mayor corrección de la expresión "derecho procesal administrativo," entiende que por ser más usual es preferible atenerse a la denominación tradicional. Algo parecido han hecho los Códigos de Corrientes y Mendoza, que si bien han superado los errores del viejo sistema contencioso-administrativo, utilizan por aquel tipo de motivo la expresión que criticamos.

[5] Esto es así en nuestro país, con sistema "judicialista."

instancia judicial propiamente dicha, siendo inconstitucional precisamente el que la administración pretenda ejercer funciones propias de los jueces.[6]

A pesar de esta diferencia estructural entre el sistema francés y el nuestro, el término "contencioso-administrativo" pasó a usarse también entre nosotros con referencia a los litigios *judiciales* en materia administrativa. Ello es impropio, atento a que los litigios entre los particulares y la administración no se resuelven ni podrían resolverse en forma definitiva por tribunales de la propia administración,[7] por lo que la terminología francesa, que evoca el sistema opuesto, resulta manifiestamente inapropiada para referirse a éste.

Por lo demás, y como señala Bosch, el empleo de la expresión "lo contencioso-administrativo" es errado si con ello se pretende "hablar de jurisdicción o de proceso, porque ambos vocablos ya indican, de por sí, que estamos en presencia de una actividad de naturaleza jurisdiccional. Sería por lo menos superfluo interponer la palabra "contencioso" entre las de "jurisdicción administrativa" o "proceso administrativo." A nadie se le ocurriría decir jurisdicción contencioso civil o jurisdicción contencioso penal, proceso contencioso civil o proceso contencioso penal. (O laboral, o lo que fuere.) "Pareciera que tampoco para denominar al órgano especial que ejerce jurisdicción administrativa. Con decir juzgado o cámara o sala "en lo administrativo" es suficiente; como lo es también decir juzgado "en lo civil," cámara "en lo penal," etc. No quiero creer que a alguien podría ocurrírsele por ello que en aquel juzgado o tribunal puede hacerse administración y no justicia."[8]

A nuestro juicio, debe hablarse de "derecho procesal administrativo" y "proceso administrativo;" y para diferenciarlo del trámite ante la administración pública, llamaremos a este último "procedimiento administrativo," eliminando con referencia al mismo la aplicación tanto del término "proceso" como "derecho procesal." El "procedimiento administrativo" será así una parte del *derecho administrativo* que estudiará las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa;[9] el "derecho procesal administrativo," como su nombre lo indica, se referirá entonces exclusivamente a los litigios judiciales sobre cuestiones de derecho administrativo: Es una parte del *derecho procesal,* no del derecho administrativo, del mismo modo que el derecho

[6] Sobre este aspecto de la división de los poderes en Francia y en otros países, ver Bosch, "El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes," en *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1945-I-91 y ss.; Linares, *art. cit.*, p. 919; Fiorini, p. 1171 y ss.

[7] Ello se funda en los arts. 18, 95 y 100 de la Constitución, como lo señalan los autores citados.

[8] Bosch, *art. cit.*, *LL*, 81: 841.

[9] Para otros conceptos ver Gonzalez Perez, Jesús, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 57 y ss.; Bettermann, Karl August, "Das Verwaltungsverfahren," *Veroffentlichungen der Vereinigung der Deutsohen Staasrechtslehrer,* t. 17, Berlín, 1959, pp. 121-2.

procesal civil es parte del derecho procesal y no del derecho civil.[10] La expresión "lo contencioso-administrativo," por su parte, quedará eliminada y sustituida por la denominación "derecho procesal administrativo," más técnica y ajustada a nuestra realidad positiva.

3. *El "contencioso-administrativo" clásico y el derecho procesal administrativo actual*

Sin embargo, un cambio de denominación no siempre produce el cambio de la ideología subyacente en la denominación anterior. Toda la doctrina del "contencioso-administrativo" tradicional ha sido estructurada como parte del derecho administrativo tradicional, y como tal adolece de sus mismos vicios clásicos: Desmedida atribución de facultades a la administración, limitación extrema de la revisión jurisdiccional de sus actos, autoritarismo, etc. Esa ideología tradicional se manifiesta en una larga serie de "principios," "teorías," etc., de la más diversa naturaleza pero de igual filiación: Teoría de los actos de gobierno, de los actos o facultades discrecionales, de la discrecionalidad técnica, de las facultades reservadas de la administración, etc.[11]

Todos estos conceptos teñidos de autoritarismo y de negación de la división de los poderes y, por lo tanto, en último análisis de negación de la libertad humana, están hoy en día para una gran parte de la doctrina consciente del trasfondo político del tema, en crisis. Así como se habla, en los temas particulares, de crisis de la noción de poder de policía,[12] de la supresión de la teoría de los actos de gobierno,[13] de la eliminación de la discrecionalidad técnica,[14] de la negación de las facultades jurisdiccionales de la administración,[15] todo en frontal oposición

[10] Para dar una idea de lo variada que es la terminología, y los desentendimientos a que puede dar lugar, podemos recordar aquí que SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 463, y BERÇAITZ, MIGUEL ANGEL, "Proceso y procedimiento contencioso-administrativo," *Revista de administración Pública*, n° 44, Madrid, 1964, p. 121 y ss., hablan de "derecho procesal administrativo" no para referirse a la rama del derecho procesal que se refiere a los litigios judiciales en materia administrativa, sino precisamente a la inversa, para denominar a la rama del derecho administrativo que estudia el procedimiento a seguirse ante la propia administración pública.

[11] Sobre la filiación política e histórica de estas teorías, ver GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, "La lucha contra tas inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)," *Revista de Administración Pública*, n° 38, Madrid, 1962, p. 159 y ss., y Civitas, Madrid, 1979.

[12] *Supra*, cap. X.

[13] *Supra*, cap. XII; FIORINI, *op. cit*., p. 245.

[14] Ver LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 275; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 113; ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145; *supra*, cap. VII, n° 12.4.

[15] Ver FIORINI, BARTOLOMÉ, "Inexistencia del acto jurisdiccional de la administración," *LL*, 101: 1027; *supra*, cap. V, n° 8.

a las doctrinas antiguas,[16] también ha llegado a plantearse, como era necesario, la "crisis del contencioso-administrativo."[17]

Sin embargo, siempre ha sido más lenta y difícil la lucha por conseguir las libertades que el proceso de perderlas, y así es como el que la doctrina señale la crisis actual del "contencioso-administrativo" y destaque que ni siquiera cabe emplear tal denominación (que pudiera sugerir a espíritus desprevenidos la admisibilidad de soluciones extrañas), sino de derecho procesal administrativo (lo que sugiere ser parte del proceso, del *Rechtsprozess* o *due process of law:* Lo ordenado, lo justo, lo razonable), no ha sido suficiente para que se abandone completamente la orientación antigua y se tome la presente.

Por eso, lamentablemente, esto que ahora reconocemos como "derecho procesal administrativo," parte del derecho procesal que se refiere a contiendas de derecho administrativo, pero derecho procesal al fin, no alcanza a tener la fuerza de principios y convicciones propias. Tributario mental del antiguo derecho administrativo antes que del derecho procesal, busca las soluciones a sus dudas en el viejo "contencioso-administrativo" y no en el derecho procesal, y por ello se va estructurando insensiblemente sobre los mismos moldes clásicos de aquél.[18] Se impone necesariamente una profunda revisión, cuyo contenido ya ha adelantado la doctrina española.[19]

4. *La cuestión en las provincias*

Algo de culpa y algo de justificación tienen en este proceso desviatorio las normas más antiguas: Aquellas provincias argentinas que han dictado, antaño u hogaño, "códigos de lo Contencioso-administrativo," tienen la culpa de haber puesto en esos códigos preferentemente los aspectos negativos del "contencioso-administrativo" clásico (exclusión del recurso respecto de: La discrecionalidad técnica, los actos de gobierno, las facultades discrecionales en general, etc.), olvidando incorporar

[16] De las cuales el exponente clásico es BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1966, 6ª ed., p. 99 y ss.

[17] Así FIORINI, BARTOLOMÉ, "La crisis del contencioso administrativo," *LL,* 107, p. 1168; también BOSCH, *art. cit*. Modernamente, ver GONZALEZ PEREZ, JESÚS, "Nuevos sistemas de control de la administración pública," *REDA,* n° 22, p. 399 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, "Veinticinco años de aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa," *RAP,* n° 95, p. 125 y ss.; FERNANDEZ, T. R., "El difícil acceso al enjuiciamiento de fondo de los actos administrativos," *REDA,* n° 1, p. 141; "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa," *REDA,* n° 11, p. 728.

[18] Comp. FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit*., p. 11 y ss., quien hace una reseña de algunos de los clásicos errores del derecho administrativo del siglo pasado y comienzos del presente, que se han trasladado por inercia al contencioso-administrativo, y de allí a algunos autores que los aplican a la revisión judicial nacional de los actos administrativos. Según lo veremos más adelante, gran parte de las confusiones actuales tiene esta fuente común, por la influencia que tales autores han tenido sobre la jurisprudencia.

[19] Nos remitimos a GONZALEZ PEREZ, "Nuevos sistemas de control de la administración pública," *RENA,* n° 22, 1979, p. 399 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, "Veinticinco años de aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: Balance y perspectivas," *RAP*, n° 95, 1981, p. 125 y ss., especialmente 135-150.

sus aspectos positivos: Celeridad y gratuidad del proceso, efectivo control de la desviación y el exceso de poder, protección efectiva del interés legítimo, etcétera.[20] Tienen, luego, la justificación endeble de que por tener tales códigos, mal podían hacer funcionar en la práctica un auténtico derecho procesal administrativo, y así es como la protección judicial es claramente insuficiente.[21]

Sólo una profunda revisión de los supuestos constitucionales de la división de los poderes y, por cierto, una total renovación de tales códigos, puede ahora poner las cosas en su punto.

Los códigos Procesal Administrativos de las provincias de Corrientes, Mendoza, Formosa y La Rioja se inscriben ya en la corriente moderna: Es de esperar que las demás provincias sigan el ejemplo y dicten o reactualicen, según el caso, sus antiguos códigos contencioso-administrativos. También sería de desear que la propia jurisprudencia vigorice el control, aplicando la Constitución por encima de caducas limitaciones legales, cuando las hay.[22]

5. *En el ámbito nacional*

En el ámbito nacional ninguna justificación puede encontrarse para incurrir en similares defectos y desviaciones: Sin la rémora de un código "contencioso-administrativo" cargado de principios superados, los tribunales nacionales y el legislador nacional han tenido la oportunidad de estructurar un derecho procesal administrativo justo y equilibrado. Sin embargo, ha sido un factor muy negativo para que ello se lograra, la oscuridad que siempre ha rodeado al tema: Oscuridad que es fruto, en gran parte, de la excesiva influencia que ha tenido entre nosotros la doctrina francesa del "contencioso-administrativo," a pesar de las diferencias estructurales que separan a nuestro sistema del francés en cuanto a la división de los poderes. Señala FIORINI, con acierto, que "...la doctrina de los juristas franceses, adquirió señorío en la cátedra universitaria provocando el conflicto de un estancamiento en el desarrollo legislativo sobre la materia. Lo que la cátedra impartía no encontraba eco ajustado, ni en la realidad vernácula, ni en la legislación positiva."[23]

Lo grave, con todo, no ha sido exclusivamente seguir a la doctrina francesa, sino:

[20] Puede verse sobre este punto FIORINI, *Qué es el contencioso, op. cit.*, p. 11 y ss.; 211 y ss., también ARGAÑARAS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 43 y ss.

[21] Por si ello fuera poco, la jurisprudencia a veces ha deformado más de hecho los principios de tales códigos, como lo señala con acierto LINARES, JUAN FRANCISCO, "Lo contencioso-administrativo en la Provincia de Buenos Aires: La deformación jurisprudencial de un código," *LL*, 96: 852 y ss.

[22] Es el problema interpretativo que en otra materia explica PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "La Constitución y las leyes pre-constitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida," en *RAP*, nº 94, 1981, p. 201 y ss.

[23] FIORINI, *op. cit.*, p. 113. Para una detallada revisión de esas influencias doctrinarias sobre autores argentinos, ver BOSCH, *art. cit.*

5.1. Tomar de ella sólo las *limitaciones* a la revisión jurisdiccional, y no lo que tiene de efectivo control y protección para los administrados, *que es lo principal del sistema*,[24] tornando de ese modo incongruente el conjunto de principios aplicados.

5.2. No hacer de todos modos una clara distinción entre nuestro derecho positivo y el derecho comparado: Así es como todavía hoy pueden encontrarse libros argentinos que sin mayores aclaraciones respecto al derecho nacional, hablan de los "recursos de plena jurisdicción," "recurso de anulación," etc., dando implícitamente a entender que están refiriéndose, siquiera en alguna medida, al ámbito nacional, cuando en realidad de verdad nada de ello existe institucionalizado, sea legislativa o jurisprudencialmente.[25]

El abogado no especializado que, desprevenido, quiera adentrarse en el tema, encontrará seguramente gran dificultad en ubicar estos "recursos" dotados de supuesta vigencia y autonomía, cuando nada en la legislación o en la jurisprudencia le demuestra que funcionen. La falta de concatenación libro-realidad la atribuye entonces, seguramente, a lo esotérico de la "materia," que supone ya tan especializada o compleja como para escapar a su comprensión normal. En alguna medida esto puede ocurrirle también a un juez, que inconscientemente pague tributo mental a su formación universitaria y pretenda encajar al derecho procesal, que el orden jurídico le ha encargado aplicar también a la administración, en un hecho de Procusto que supone su correcta ubicación: "Lo contencioso-administrativo."

6. *Estado actual del problema*

Punto indispensable de partida para toda posible solución es, sin duda, aclarar cuál es el estado actual de la materia: ¿El control judicial de los actos administrativos en el orden nacional, pertenece al "contencioso-administrativo" clásico, al derecho procesal administrativo, o al derecho procesal común? ¿Dónde corresponde realmente ubicarlo en la realidad?

La respuesta más simplificada podría ser la siguiente:

6.1. Salvo los procedimientos especiales, la impugnación de los actos administrativos en sede judicial se efectúa a través de los *medios procesales comunes*: Trátase, pues, *de una acción que se instaura contra la Nación, de una demanda ordinaria, y no de un "recurso" "contencioso-administrativo;"*

6.2. El tribunal que conoce de tales acciones se llama "de lo contencioso-administrativo,"[26] pero esta denominación, si bien deriva de la ley, es superficial

[24] Comparar BOSCH, *art. cit.*

[25] Así, BIELSA, luego de explicar prolijamente los dos recursos, olvida señalar *expresamente* que el de anulación no existe... (BIELSA, *op. cit.*, p. 248 y ss., 251-256.)

[26] Desde luego, no se trata del único, pues la competencia respecto a la revisión judicial de los actos administrativos se distribuye irregularmente entre distintos tribunales, por obra de la legislación.

y se presta a equívocos, ya que *tales jueces integran el poder judicial con las mismas condiciones y atribuciones que los demás jueces,* y están organizados de igual forma,[27] sólo que con competencia distinta;

6.3. El procedimiento es, en esencia, el del *derecho procesal común;* existen, con todo, algunas modificaciones surgidas de leyes especiales o de interpretaciones jurisprudenciales: Estas modificaciones le dan un carácter peculiar *sin confundirlo,* sin embargo, *con el "contencioso-administrativo" provincial o extranjero;*

6.4. Existen algunos "recursos" especiales (típicamente "recursos de apelación"), con algunas particularidades propias, pero que no se apartan demasiado del sistema salvo en lo que respecta a la revisión judicial, que es en algunos casos más limitada.

Esta aparente simplicidad, sin embargo, se complica en gran medida al ir analizando los aspectos parciales del sistema y al tratar de ubicarlo en su conjunto; no debe por ello tomársela más que como una introducción al estudio del tema. En lo que sigue trataremos de explicar la fundamentación de la primera conclusión, y las confusiones que al respecto pueden producirse y de hecho se han producido en algunos casos concretos.

7. *Diferencias entre "plena jurisdicción" y "anulación"*

Las diferencias tradicionales entre ambos "recursos" o acciones del derecho comparado, en tanto no se incorpora la unidad de la acción, se estructuran en tres aspectos fundamentales,[28] a saber:

7.1. *Derechos protegidos*

7.1.1. El recurso de plena jurisdicción procede para la defensa del derecho subjetivo, o sea, una pretensión exclusiva a un individuo;

7.1.2. En cambio, el recurso de anulación, o por exceso de poder, etc., procede para la defensa del interés legítimo, no del derecho subjetivo.

7.2. *Naturaleza del procedimiento*

7.2.1. El procedimiento en el recurso de plena jurisdicción es similar al del proceso ordinario: Demanda, contestación, apertura a prueba, etc.; el administrado y la administración tienen ambos el carácter de partes en el proceso, y las facultades del juez son las usuales: No puede actuar de oficio, primando entonces el principio de la impulsión por las partes, el principio de la verdad formal, etc.

[27] O sea, con juzgados federales de primera instancia con competencia en lo "contencioso-administrativo," iguales a los otros con competencia en lo civil y comercial o penal; y con una Cámara Federal que, además de las otras salas con competencia diversa, tiene una Sala en lo Contencioso-administrativo. No existe, pues, diferencia alguna en este punto.

[28] Ver sobre estas diferencias, con ligeras variantes, BIELSA, *op. cit.*, pp. 175-8.

7.2.2. En cambio, el procedimiento en el recurso de anulación es muy distinto: La administración no tiene el carácter de parte, el procedimiento es sumario, no hay normalmente apertura a prueba, y las facultades del juez durante el proceso son más amplias, en la medida en que no haya partes en estricto sentido. El juez actúa, pues, de oficio, primando el principio de la impulsión e instrucción de oficio, en lugar de la impulsión de las partes, y el principio de la verdad material en lugar del de la verdad formal, etc.

7.3. *Facultades del juez en la sentencia*

7.3.1. En el procedimiento de plena jurisdicción, como lógica consecuencia de haber dos partes en el proceso, las cuales pueden ofrecer y producir prueba, etc., con una discusión amplia de los hechos y el derecho, las facultades del juez en la sentencia son amplias: Puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa en su lugar, otorgar indemnizaciones, etc. El nombre de procedimiento de "plena jurisdicción," justamente, se ha dado en atención a que el juez resuelve estas causas con jurisdicción "plena" o normal, o sea con sus atribuciones ordinarias. (Comparables entonces a las de cualquier juez en un procedimiento civil o comercial.)

7.3.2. En el procedimiento de anulación, por el contrario, debe tomarse en cuenta que la administración no ha sido parte en el proceso, que en él no ha existido apertura a prueba y por lo tanto no se ha podido hacer una normal producción de pruebas, que el propio recurrente no ha tenido suficiente intervención en el proceso, etc.; por todo ello, las atribuciones del juez en la sentencia son en un aspecto más limitadas; sólo puede disponer la ilegitimidad del acto, sin otorgar indemnizaciones y sin pronunciarse en principio sobre los hechos. El juez juzga sólo de la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas: Por ello, es que el recurso se llama "de anulación" o "de ilegitimidad," porque sólo esto puede tender a lograr.

8. *"Plena jurisdicción" y "anulación" en el orden nacional*

La legislación nacional argentina no creó aún la acción de anulación para la defensa, aunque limitada, del interés legítimo, ni la jurisprudencia extendió la legitimación al interés legítimo o al interés difuso. La situación de tutela judicial de los derechos es, pues, harto restringida.

En cuanto a la jurisprudencia, su orientación ha sido a veces más criticable aún: Casi diríamos que en algunos casos ha querido transformar la acción de plena jurisdicción, que no existe con ese nombre pero está sustituido con las acciones ordinarias del derecho procesal federal u otras acciones o recursos de leyes especiales, en un mero recurso de anulación, aun tratándose de la defensa de un derecho subjetivo.

En efecto, a pesar de que nuestro procedimiento federal *a)* es para la defensa del derecho subjetivo (no protege el interés legítimo); *b)* es un procedimiento común en que la administración tiene el carácter de parte y la causa se puede abrir entonces a prueba, a pesar de eso, pues, los jueces a veces han caído en la creencia de que por tratarse de "lo contencioso-administrativo" tienen limitadas atribuciones en la sentencia: Que no pueden apreciar ampliamente los hechos, o que sólo están facultados para declarar la ilegitimidad del acto en su confrontación con las normas regladas, etc.

Así ha podido decir alguna vez la Cámara Federal "que *carece de jurisdicción plena* en la sustanciación de estos recursos, limitándose su potestad a juzgar la legitimidad del procedimiento y del acto administrativo, razón por la cual, en principio, *no puede revisar las cuestiones de hecho* ni la apreciación que de ellas haga el órgano de la administración, salvo casos de manifiesta arbitrariedad."[29]

Según lo indicamos, la naturaleza de los derechos debatidos (derechos subjetivos) indica a todo evento que se trata de un procedimiento de "plena jurisdicción," por lo que mal puede decir el tribunal que no tiene "jurisdicción plena;" la confusión con el "recurso de anulación" es clara, ya que sólo allí hubiera podido decirse que el tribunal carecía de jurisdicción plena. El error es más evidente si se tiene en cuenta que en este "recurso" a la administración no le fue negado el carácter de parte, lo que refuerza la idea de que el procedimiento es una contienda ordinaria y no un "recurso de ilegitimidad" en que "se ataque un acto pero no la administración."

Más criticable aún ha sido lo sostenido por la Corte Suprema en un caso relativamente aislado, en que dijo que cuando se impugnan ante la justicia actos del Instituto Nacional de Previsión Social, éste *no tiene el carácter de parte* ni corresponde que se le apliquen costas[30] y "Que, en principio, debe admitirse que cuando la administración pública es traída ante la justicia por recurso mediante el cual sólo se puede impugnar la legalidad de un acto de aplicación del ordenamiento jurídico... librado a su competencia, no defiende derechos particulares, sino que actúa, como poder público, en defensa de la legalidad de un acto administrativo de interés general," "por lo que no cabe equipararla a las partes en las contiendas judiciales comunes ni someterla a los requisitos ni a las responsabilidades procesales impuestos ordinariamente a aquéllas."[31]

[29] *Barraza*, *LL*, 107: 708, 709. La jurisprudencia ha evolucionado un poco en este punto, aumentando el control de los hechos, y finalmente la Corte Suprema ha dado una interpretación amplia y plena a las atribuciones de la Cámara al respecto (*Nassif*, *Doctrina Judicial*, 1964, p. 933); pero, lamentablemente, el punto de partida se mantiene, y todavía se afirma en los fallos que, en principio, sus atribuciones son limitadas, p. ej., CNFed. CA, *Compañías de Construcciones de Acero Limitada*, *Doctrina Judicial*, 1964, p. 1065.

[30] Corte Suprema, *Muscari*, 1958, *Fallos*, 240: 297.

[31] Corte Suprema, *Domínguez*, *José F. c/Instituto Nacional de Previsión Social*, *LL*, 96: 111 y 113, 1959.

Acá se confunde, obviamente, la acción procesal administrativa con el recurso de ilegitimidad: La acción que el interesado plantea cuando reclama una jubilación, etc., está típicamente basado en un derecho subjetivo, y por lo tanto debiera ventilarse por un procedimiento normal en que la administración sea parte y pueda ser condenada en costas. La solución que estos fallos dan (al decir que la administración no es parte, que no se la condenará en costas, y que sólo defiende la legitimidad de su acto) sería aplicable si el interesado estuviera defendiendo nada más que un interés legítimo, pero no lo es si defiende su exclusivo y excluyente derecho subjetivo, al amparo de los arts. 14 y 18 de la Constitución. La Corte ha seguido en este fallo, aparentemente, a BIELSA, quien dice exactamente lo que el fallo,[32] pero no advierte el tribunal que dicho autor, al aclarar, como él lo hace, que la administración no defiende en este caso un derecho subjetivo, sino que actúa como poder público, etcétera, se está remitiendo al recurso de anulación o ilegitimidad, que, como él mismo aclara,[33] es el único que no se refiere a tales derechos.

Por otra parte, tampoco se puede salvar el error del fallo afirmando que la Corte ha entendido que el Instituto actuaba en el caso como tribunal de primera instancia, de cuya resolución se "apelaba" en sentido procesal ante la Cámara, porque en tal caso sería absurdo que el "tribunal de primera instancia" se presentara ante la Cámara a defender su acto apelado; ello equivaldría tanto como a que un juez presentara un memorial ante la Cámara de Apelaciones para defender su sentencia.

9. *Confusión entre el sistema norteamericano y el francés*

Hemos visto cómo, tomando en parte como modelo al sistema francés, se lo ha apreciado equivocadamente, y se lo ha aplicado apartándose de propios y verdaderos principios; pero el desvío existe también en otros aspectos más profundos.

En efecto, nuestro sistema constitucional está estructurado a semejanza del estadounidense y en diametral diferencia al francés clásico que cobijó al "contencioso-administrativo." Como señala LINARES,[34] entre nosotros: "En la justicia federal —según se organizó y subsistió por casi un siglo— rigió un sistema que era adaptación del estadounidense vigente en 1863. En las provincias el sistema en vigor es el francés, a través de la versión española. Mientras aquél estaba organizado, en su país de origen, sobre la base de un Estado con constitución rígida, control judicial de constitucionalidad... el segundo estaba organizado

[32] *Op. cit.*, t. V, pp. 214-15 de la 5ª ed., Buenos Aires, 1957, p. 288 de la 6ª ed.

[33] *Op. cit.*, p. 175 de la 5ª edición, p. 249 de la 6ª edición.

[34] LINARES, JUAN FRANCISCO, "Lo contencioso-administrativo en la justicia nacional federal," *LL*, 94: 919. Ver también BOSCH, JORGE TRISTÁN, *arts. cits.*, y *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951, pp. 38-42 y 220; también WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1971, pp. 46-7, quien hace similar comparación entre el sistema francés y el inglés.

sobre la base de un Estado de constitución flexible, sin control judicial de constitucionalidad... Mientras los Estados Unidos ostentaban un sistema judicialista de gran confianza hacia los jueces, Francia y España ostentaban un sistema de justicia contencioso-administrativa cuyo origen histórico finca precisamente en la desconfianza hacia los jueces. Por último, mientras el régimen norteamericano federal ponía a la administración en un pie de igualdad con el particular dentro de las causas judiciales, el europeo la ponía en situación de ventaja a través de la "ejecución de oficio" de los actos administrativos impugnados, los términos de caducidad de las acciones y recursos del particular, etc."

"El sistema norteamericano venía impuesto, en el orden nacional argentino, por la similitud del art. 100 de nuestra Constitución, con el art. III, secc. 2, de la Constitución de Filadelfia. Ninguno de ellos distingue, dentro de las *causas* que nacen de la Constitución, leyes y tratados, entre las contencioso-administrativas y las civiles."[35]

Ello demuestra una vez más, si cabe, la prudencia con que debe obrarse al considerar la posible aplicación de una solución *restrictiva* acerca del control; en cambio, nuestra jurisprudencia en algunos casos ha usado de la prudencia a la inversa: Prudencia suma para efectuar el control, demasiada seguridad para limitarlo, en una manifiesta claudicación ante el poder.

Este criterio se advierte, por ejemplo, en un caso en que se dijo que "...no hay en el orden nacional una organización genérica del contencioso-administrativo, es decir, ninguna norma determina que contra todos los actos administrativos, que adolezcan de algún vicio de ilegitimidad, con excepción de los que la misma exceptúa, procede el recurso de esta índole. Por el contrario, y antes bien, la regla en este aspecto se invierte: Ningún acto administrativo puede ser materia de recurso contencioso-administrativo, sino aquellos respecto de los cuales alguna ley, a título de excepción, lo confiere."[36] El concepto es nuevamente equivocado y constituye de todos modos una expresión de lo que pareciera haber sido idea dominante.

Se ha dicho también, en esta orientación, que "no cabe duda que los jueces tienen que extremar la prudencia para suspender la ejecutoriedad de un decreto del Poder público, por ser éste una consecuencia propia de los actos administrativos y gozar de una presunción de legitimidad."[37]

Es que, como dice LINARES, "los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo, contra el Estado." "De allí que la mentalidad de la

[35] LINARES, *op. loc. cit.*

[36] CNFed. CA, *LL*, 93: 36, *Basterrica*, 1958.

[37] CNFed. CA, *LL*, 25-IX-1965, *Asuval*. La crítica a este razonamiento la ha hecho ya con anterioridad LINARES, refiriéndose a los "Efectos suspensivos de los recursos ante la administración," *LL,* 85: 906, en criterio que hemos compartido en *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 185 y ss. Ver también ORTIZ, E., *Los privilegios de la administración pública*, *op. cit.*, p. 98.

enorme mayoría de esos magistrados, cuando juzgan causas contencioso-administrativas, cambia en una curiosa forma."[38] En rigor de verdad, los jueces, en algunos casos, parecen considerar que son ellos mismos los representantes del interés fiscal del Estado, y tratan casi siempre de salvar las deficiencias que los verdaderos representantes puedan cometer; no es éste, sin embargo, el espíritu del sistema. Parece innecesario destacar que no hay derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, sino de un sistema autoritario en tanto se apliquen principios como los criticados.

10. *Confusión entre "acción" y "recurso de apelación"*

Otra importante fuente de confusión la constituyen las leyes especiales que contra determinados actos administrativos estatuyen un "recurso de apelación" para ante la justicia, o dicen simplemente que de tales decisiones el interesado podrá "apelar" ante los tribunales. Es importante aclarar que ninguna de estas leyes hace una clara caracterización del recurso, por lo que el problema es usualmente tratar de interpretar el sentido que a ellas debe darse.

Si bien la jurisprudencia no es del todo uniforme en cuanto al sentido que debe otorgarse a tales "apelaciones," ha sentado en algunos casos una muy correcta doctrina; ha dicho así que un órgano administrativo "no se encuentra en relación directa ni jerárquica con este tribunal. De sus decisiones no cabe apelación como impropiamente lo expresa el decreto 5.148/55 (art. 5°), porque ésta sólo funciona entre los diversos grados que constituyen las instancias del Poder Judicial." "Algunas decisiones de los órganos no judiciales son susceptibles de recursos ante los tribunales; recursos que no son apelaciones sino medios autónomos para rever, por la vía contencioso-administrativa, tales decisiones."[39] No sólo la Cámara Federal, sino también la sala II de la Cámara Nacional de Trabajo, se ha pronunciado en este sentido; ha sostenido así este último tribunal que puesto que "al Presidente de la República y al personal de la administración pública nacional le está vedado ejercer funciones judiciales... no es posible atribuirle la calidad de tribunal de primera instancia respecto de un órgano judicial que actúa por vía de apelaciones, porque entonces cabría concluir que en ese caso ha ejercido aquellas funciones, no siendo óbice la circunstancia de que sus decisiones sean recurribles, porque también lo son las de los jueces en los casos autorizados por las leyes procesales." "La naturaleza de "acción" y no de "recurso procesal" que tienen las vías que varias leyes declaran expeditas para llevar decisiones administrativas ante el Poder Judicial, ha sido también declarada por la jurisprudencia."[40] Hasta la

[38] LINARES, "Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal," *LL*, 94: 926, quien hace en particular una severa crítica al criterio de los jueces provinciales.

[39] Cámara Nacional Especial, *LL*, 84: 190, con nota de BOSCH, que no compartimos por los motivos expuestos en el texto.

[40] Cámara Nacional de Trabajo, sala II, *LL*, 99: 287-8, *Plotnicoff Uliansky*, 1959.

propia Corte Suprema ha dicho en algún caso que aunque la ley usara el término "recurso," se trataba en realidad de una "acción contenciosa."[41]

La doctrina, si bien no con uniformidad, se ha pronunciado también en el sentido indicado. Sostiene así PODETTI:[42] "Sin duda, por esa especie de mimetismo que aproxima formalmente determinadas resoluciones de la administración a los fallos judiciales, algunas leyes argentinas llaman recurso a ese medio de abrir la vía judicial." "La voz recurso, multívoca, aparece usada en ambos casos en la acepción común y lata de dirigirse a alguien para obtener alguna cosa y no en la técnica y específica de medio para impugnar una resolución judicial." "El recurso, en derecho procesal, implica una nueva revisión de un pronunciamiento judicial, en la mayoría de los casos por un tribunal de mayor grado." "Dentro de la vía administrativa y por el uso extensivo o figurado del léxico procesal, podría aceptarse que el reclamo ante el ministro sea considerado como un recurso. Pero aceptar como recurso el acto de "promover" la discusión judicial de un acto administrativo resulta inadmisible. El art. 27 y otras disposiciones análogas otorgan, sea cualquiera la palabra que empleen, el derecho de poner en movimiento el poder jurisdiccional, dando andamiento a un proceso. Se trata, pues, incuestionablemente, de una acción."[43]

En igual orientación expresa FIORINI: "Podrá el legislador denominar "recurso" o "apelación" a la promoción de la revisión judicial de un acto administrativo, pero éste no dejará jamás de ser acto administrativo. La calificación de "apelación" o de "recurso inmediato" por la ignorancia del legislador, a la acción revisora contra un acto administrativo que se considera ilegal o gravoso, no transforma la esencia de la función administrativa que lo dictó y la función completamente distinta que lo juzgará."[44]

Por otra parte, y según ya lo adelantamos, es contradictorio admitir que el órgano administrativo cuyo acto es impugnado se defienda por sí o por representantes ante el tribunal, contestando la impugnación del particular, y sea al mismo tiempo un "tribunal de primera instancia," ya que tales conductas son opuestas. Si se tratara de un tribunal de primera instancia no podría nadie asumir su

[41] *Fallos*, 183: 389; también la misma solución en la causa *Caviglione Hnos.*, *JA*, 1944-III, p. 73.

[42] PODETTI, RAMIRO J., "El plazo que establece el art. 27 de la ley 3764. (Impuestos internos.) Su interrupción," *JA*, 1946-I, p. 43, nota.

[43] Agrega PODETTI: "Los tres elementos que estructuran el derecho procesal aparecen con la presentación ante el Juez: La jurisdicción, la acción y el proceso. Antes hay trámites y actos administrativos, sustanciados y dictados por uno de los sujetos en la relación jurídica o de hecho que los motiva. No hay, en ellos juez en la acepción jurisdiccional (tercero imparcial), actividad sustitutiva; ni acción en el sentido de condición para que la ley sea actuada; ni proceso, como instrumento o medio para dicha actuación," *JA*, 1946-I, p. 44.

[44] FIORINI, BARTOLOMÉ, "Tribunales y función administrativa," *Revista Derecho del Trabajo*, t. XVIII, 1958, p. 893 y ss., en nota, esp. pp. 894-5. Dice también FIORINI, "La ley al disponer estas circunstancias... no puede, en forma alguna, transformar al administrador como juez y a los jueces como administradores jerárquicos." (P. 896.)

defensa, salvo, tal vez, el ministerio público en su estricto carácter de tal. (Y no como representante de los intereses fiscales del Estado.)

Además de tales razones, existe otra de hermenéutica legislativa para llevar a la misma solución: Si sólo existieran "recursos de apelación" contra actos administrativos para ante una Cámara de Apelaciones la confusión sería más explicable; pero cuando se toma debida cuenta de que son muchas las leyes que otorgan "apelaciones" *para ante jueces de primera instancia*,[45] contra cuya sentencia procederá luego el recurso de apelación ante la Cámara, no hay duda de que la *mens legis* no ha sido en modo alguno darle una naturaleza especial a tales "recursos de apelación;" lo único que la ley quiere es establecer un medio expeditivo de resolver la contienda (pues casi siempre se establece en tales casos un plazo de caducidad); pero en modo alguno asimilar el órgano administrativo a uno judicial.

De no interpretarse así la cuestión, pueden presentarse lógicas confusiones cuando se trata de considerar el supuesto "recurso de apelación;" se ha dicho en un caso, con referencia a una ley que tan sólo expresa: "podrá recurrirse por la vía contenciosa ante el juez federal," lo cual no debiera haber originado dificultad alguna, que "la presentación de una prueba, sobre la cual se pretende argüir la defensa, ya ante la instancia judicial en la vía contenciosa (art. 38, ley 12.372), cuando incluso con anterioridad se disponía ella, alteraría los hechos probados que son materia del recurso contencioso."[46] Acá la confusión es en parte con el recurso de apelación, por la negativa a considerar una prueba no ofrecida en lo que se estima aparentemente "primera instancia," y en parte con los sistemas provinciales como se advierte por la importancia dada al así llamado "recurso contencioso." Por lo demás, los fallos que ya hemos mencionado como confusión entre acción de plena jurisdicción y de anulación, tomados en un prisma distinto, importan de todos modos una confusión entre la acción judicial que significa impugnar en tales casos la actividad administrativa, y el limitado recurso de apelación que se da dentro del derecho procesal contra una sentencia de un juez de primera instancia. Si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema admitimos que el interesado tiene derecho a tener "una instancia judicial al menos,"[47] es obvio que no podemos reconocerle carácter de primera instancia a la actuación administrativa, y el limitado carácter de apelación procesal a la discusión que se realice en la instancia judicial; pues, como también lo ha dicho la Corte, la instancia judicial en cuestión debe ser "adecuada y suficiente," requisitos que a

[45] En el libro de DANIELIAN, MIGUEL, *Recursos judiciales contra decisiones administrativas*, Buenos Aires, 1964, puede encontrarse una completa enumeración de casi todas estas leyes. A título de ejemplo, ley 4202, art. 17, "apelación para el Juez Federal de Primera Instancia;" decreto-ley 6765-63, art. 11, "podrán ser apeladas por ante el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso-administrativo," etc.

[46] Cámara Federal de Resistencia, *Guarino*, 1961, *LL*, 107: 475-6.

[47] *Fallos*, 247: 646 y ss., *Fernández Arias*, 1960; posteriormente, 249: 181, *Montagna*, 1961; 253: 485, *Rosales*, 1962; 255: 357; *Cámara Gremial de Productores de Azúcar*, 1963, etc.

nuestro juicio no satisfacen una mera apelación *en sentido procesal*. Por ello es que debe reconocérsele a tales supuestas "apelaciones" el carácter amplio que le han otorgado algunos de los precedentes mencionados.[48]

Con todo lo expuesto, y con todo lo que falta todavía para acercarse a las propuestas más recientes de control judicial, es casi manifiesta la inexistencia de control judicial suficiente y adecuado contra la administración.

11. *El proceso administrativo en la práctica*

11.1. *Tiempo, costo, eficacia*

Queda por hacer una reflexión adicional acerca de la eficacia del sistema nacional de revisión judicial de los actos administrativos. El particular que considera lesionados sus derechos subjetivos y decide ejercitar su defensa de acuerdo con los medios que le acuerda el ordenamiento jurídico, se encuentra:

11.1.1. Con que debe iniciar una acción ordinaria contra el Estado, ante un juez federal de primera instancia; la duración de este juicio ordinario puede oscilar alrededor de los dos o tres años;

11.1.2. Antes de poder iniciar el juicio debe agotar la instancia administrativa;

11.1.3. No tiene certeza de cuál será el juez competente para entender de su demanda, pues la jurisprudencia es muy vacilante para determinar cuándo corresponde la competencia federal civil y comercial o la contencioso-administrativa;[49]

[48] Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, *LL*, 99: 287; Cámara Nacional Especial, *LL*, 82: 190.

[49] De Gregorio Lavié, Julio A., *La competencia contencioso-administrativa*, Buenos Aires, 1960, p. 133 y ss. Dice este autor: "Hasta el más avezado abogado debe lanzarse a un verdadero acertijo para encontrar el juez que entienda en su pleito. Los jueces se declaran competentes y la Cámara revoca sus resoluciones; o incompetentes, y también se las revoca. El propio Tribunal de Alzada por una sala resuelve un caso y otra sala en fauna inversa. Distintas salas entienden en casos similares, sin hacer salvedad alguna. Los Plenarios se contradicen. La Corte Suprema Nacional es sorda y trata por todos los medios de evitar de conocer en las causas que a ella llegan rechazando un porcentaje impresionante de recursos y quejas con sintéticos fallos de «cliché,» sin analizar el fondo de los problemas."

"Como consecuencia de esta irregularidad, los litigantes, pese a estar convencidos de sus derechos en una reclamación contra el Estado o cualquier entidad autárquica o descentralizada (que se han reproducido en estos últimos tiempos), prefiere resignarse y perder sus derechos. Después de una peregrinación larga y fatigante por los múltiples organismos burocráticos debe aprontarse a ventilar una cuestión de competencia que le llevará un año o más, agotando instancias antes de poder radicar su juicio."

"A esta anomalía se añade otra que es también grave. El Estado tiene su representante en el fiscal, que actúa en un doble papel: Como parte y como fiscal propiamente dicho. Tanto para la habilitación de la Instancia, como para fijar la competencia: Si gana los incidentes, cobra honorarios; si pierde, no paga, porque el Estado guardó silencio como parte; la cuestión la planteó el fiscal. Lo mismo ocurre en la Cámara de Apelaciones."

11.1.4. No tiene la certeza de si le exigirán o no el previo reclamo administrativo, y en caso de decidir hacerlo, no tiene la certeza de si con ello perderá o no el plazo para iniciar la demanda;[50]

11.1.5. Es difícil conseguir la suspensión del acto administrativo impugnado, u otras medidas precautorias;[51]

11.1.6. Luego de producido el fallo de primera instancia, aunque lo gane, sabe que ante la apelación de la administración debe pasar a segunda instancia: Allí el tiempo que la sentencia puede insumir oscila habitualmente entre uno y dos años;

11.1.7. Ganado el pleito, todavía le queda la instancia del recurso extraordinario que interpondrá la administración para ante la Corte Suprema, donde puede transcurrir un tiempo de entre uno y dos años, como mínimo, antes de tener una sentencia definitiva;

11.1.8. Luego, y si lo gana, debe todavía ocuparse de lograr la ejecución de la sentencia, lo que a veces demanda algunos meses más de tramitación;[52]

11.1.9. En materia de gastos, al iniciar la demanda, tiene que hacer frente al impuesto de justicia y considerar las costas que le aplicarán si pierde, y que deberá de todos modos sufragar en el orden causado si gana, ya que pocas veces los jueces condenan en costas a la administración;

11.1.10. A su vez, los avatares políticos pueden hacer que la sentencia se vea influida por un cierto favoritismo de los jueces con la administración, de modo que las posibilidades de éxito no son siempre amplias ni menos aún seguras.

Sumando todo lo que antecede, resultaría que se trata de un juicio siempre *largo,* procesalmente *difícil*, caro y de escasas posibilidades de éxito.

11.2. *Perspectivas*

La ausencia de un eficiente control judicial de la actividad administrativa, debida en gran parte a la carencia de un Código procesal administrativo expeditivo y eficaz para la defensa de los derechos individuales,[53] ha ido otorgando una creciente importancia al procedimiento administrativo; o sea, aquél seguido

[50] Con lo cual, se ve obligado a iniciar simultáneamente el reclamo administrativo previo, y también la demanda judicial al único efecto de interrumpir el plazo de caducidad de la acción, en el caso de aplicarse el decreto-ley 19.549/72.

[51] Ver nuestro *Tratado*, t. 3; cap. V, n° 21.

[52] O sea, que en total puede tener que esperar entre cinco y diez años para tener un pronunciamiento judicial firme sobre sus derechos. Además, de acuerdo con el art. 7° de la ley 3952, las sentencias "que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán *carácter meramente declaratorio*, limitándose al reconocimiento del derecho que se pretenda." Este artículo ha sido declarado inconstitucional en algunas hipótesis de excepción, pero la regla sigue vigente y no ha sido hasta el presente derogada con criterio general.

[53] Y, desde luego, a una firme y valiente actitud judicial que supla dichas deficiencias en aplicación directa de los preceptos constitucionales.

ante la propia administración. Este procedimiento administrativo, si bien tiene algunos de los defectos del procedimiento "contencioso-administrativo" nacional (lentitud, imperfecto control de los actos administrativos), presenta en cambio dos ventajas de que éste carece y que determinan su prevalencia actual en algunos países iberoamericanos: Un pronunciado informalismo en favor del administrado, y una gratuidad prácticamente total (pues no hay, según vimos, costas, sellado de actuación o impuesto de justicia.) Estas circunstancias han producido un desequilibrio en los medios de protección de los administrados frente a la administración pública, y han llevado a que aquéllos utilicen cada vez en mayor grado los recursos del procedimiento administrativo, y acudan menos a los del proceso judicial.

Es imprescindible restablecer el equilibrio entre los remedios administrativos y judiciales, y para ello es necesario dictar un código procesal administrativo moderno, ágil, libre de los prejuicios dogmáticos del viejo derecho administrativo autoritario, tan poco favorable al control judicial de la actividad administrativa; es necesario formular en tal código, con la máxima amplitud, las atribuciones de los jueces para controlar plenamente la legitimidad de los actos administrativos, apreciar la prueba producida y los hechos tenidos en cuenta por la administración, y también para hacer cumplir sus disposiciones frente a los organismos administrativos. Es necesario tratar de eliminar normativamente las brechas jurisprudenciales de defectuoso o inexistente control judicial de la actividad administrativa, ya que la justicia ha carecido de lucidez autocorrectora, por lo menos hasta el presente.

De otro modo nos mantendremos alejados del sistema constitucional de la división de los poderes, y estaremos consolidando en la práctica, por la carencia de tal código *y la falta de una firme actitud de los jueces que lo supla,* un desequilibrio constitucional que instaura la supremacía de la administración, sin frenos ni contrapesos efectivos, y que no es un clima adecuado para lograr el afianzamiento de los principios democráticos y de la libertad individual.

Capítulo XVI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sumario

I. *Introducción* 537
1. Significación de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios 537
2. La responsabilidad civil en general 537
3. La responsabilidad del Estado 539
4. Tipos de responsabilidad del Estado 539

II. *Responsabilidad por acto judicial* 540
5. La regla de irresponsabilidad por acto judicial 540

III. *Responsabilidad por acto legislativo* 541
6. La regla de la irresponsabilidad por actos legislativos 541
7. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo 542
7.1. Perjuicio especial 542
7.2. Enriquecimiento sin causa 542
7.3. Sustitución del derecho por una indemnización 543
7.4. Posible desarrollo de las excepciones 543
8. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional 544

IV. *Responsabilidad por hechos y actos administrativos* 545
9. La responsabilidad por hechos y actos administrativos 545
10. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado 546
10.1. Distinción por "funcionarios" o "empleados" 546
10.2. Distinción por "actos y hechos" 547
10.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima 548
11. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado . 549
12. Comparación entre nuestro concepto de responsabilidad directa y el jurisprudencial de responsabilidad indirecta 550

13. Coordinación entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario 552

Capítulo XVI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I. Introducción

1. *Significación de la responsabilidad del Estado y sus funciones*

La problemática de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los administrados, constituye uno de los puntos esenciales del derecho administrativo. Cuando el Estado dicta un acto antijurídico, existirá la posibilidad de impugnarlo en sede administrativa (procedimiento administrativo) o judicial (derecho procesal administrativo); pero, además, será necesario indemnizar el perjuicio ocasionado, haciendo efectiva la responsabilidad pecuniaria del funcionario autor del daño y del Estado.

Consideramos que la responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse juntamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño —lo que puede hacerlo tanto uno como el otro, y generalmente lo hará el Estado—, sino también de castigar al verdadero responsable de aquél, que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales; entendemos por ello, en suma, que el problema de la responsabilidad del Estado nunca debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Al final de este capítulo, en consecuencia, trataremos de la coordinación de ambas responsabilidades.

2. *La responsabilidad civil en general*

El término "responsabilidad civil" puede entenderse, en un sentido antiguo y muy estrecho del derecho civil, como la obligación de indemnizar el daño material

ilegítimamente causado por culpa o negligencia. Tres son así los elementos del concepto clásico de responsabilidad:

a) Daño material, pecuniariamente apreciable;
b) ilegítimamente ocasionado (antijuridicidad), con
c) dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió.

Ello se basa en la idea de que todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable,[1] poco menos que asimilable al "caso fortuito" o la "fuerza mayor;" se sostiene entonces en esa concepción que no todo daño económico es un daño jurídico, esto es, indemnizable. Pero ocurre que con el progreso técnico aumentan día a día las ocasiones de daño, muchas veces no culpable, anónimo casi,[2] y el ciudadano de hoy no está ya más dispuesto, en el decir de RINCK, a "vivir peligrosamente;"[3] uno de los postulados del Estado de bienestar tiene que ser, sin duda, el lograr la indemnización de la mayor parte posible de los daños sufridos por una persona sin su culpa.[4]

Ha habido en el propio derecho privado una gran evolución en esta materia: "La jurisprudencia se ha mostrado...sensible a la exigencia de dar nueva dimensión a los problemas de la responsabilidad civil," lo que se advierte en el esfuerzo y hasta "el abuso del recurso a las presunciones y a las construcciones en materia de culpa," a la aceptación del resarcimiento del daño moral, a la valoración del daño a la persona, y hasta la tutela del derecho a la personalidad;[5] a la afirmación de que no sólo los hechos ilícitos originan responsabilidad, sino también los hechos lícitos que ocasionen un daño, no interviniendo la culpa de la víctima o de terceros, ni tampoco del causante del daño.[6]

De cualquier forma, el punto de partida para el análisis de la responsabilidad del Estado no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado. Los tres principios clásicos estructurados por el viejo derecho civil, estén o no vigentes en éste en el presente[7] no son de todos modos de estricta ni necesaria aplicación en lo que a la actuación del Estado se refiere.

[1] RODOTÀ, STEFANO, *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964, p. 20.

[2] RODOTÀ, *op. cit.*, p. 20 y sus referencias.

[3] RINCK, *Gefährdungshaftung*, Göttingen, 1959, p. 7.

[4] En sentido similar RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

[5] RODOTÀ, *op. cit.*, p. 31. La legislación argentina ha incorporado este principio en 1974, con el art. 32 bis del Código Civil: "Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa... se entrometiera en la vida ajena... será obligado a... indemnizar al agraviado."

[6] BORDA, GUILLERMO, "Fundamento de la responsabilidad extracontractual," *LL*, 94: 827 y ss., 830, 832.

[7] Para un análisis de la responsabilidad en el derecho civil argentino actual, nos remitimos a BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1972. En principio podría decirse que si bien subsiste el principio de antijuridicidad y el daño, ha sido el requisito de la *culpa* el que más modificaciones ha sufrido, lo que lleva al autor citado a hablar en su lugar de "factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad" (pp. 73, 233 y ss.), para cubrir así los casos

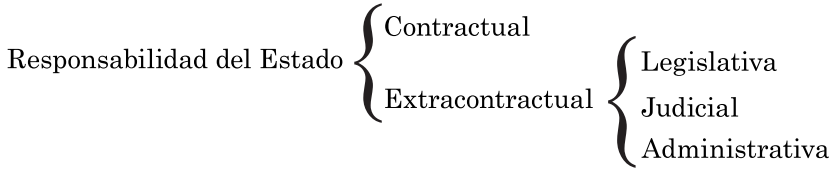
3. *La responsabilidad del Estado*

En efecto, al referirnos a la "responsabilidad" del Estado debemos considerar, en sentido amplio, que ella existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él. No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando: En algunos casos se exigirá que la conducta dañosa sea culpable, y en otros no; por fin, en algunos casos deberá existir el daño apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral.

Queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado. Se la llama todavía, a veces, responsabilidad "civil" del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica "responsabilidad" del derecho privado, ni es tampoco "civil" en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. (Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de "responsabilidad civil.") A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.

4. *Tipos de responsabilidad del Estado*

En sus más grandes líneas la responsabilidad del Estado puede clasificarse así:



El caso que aquí nos interesa es el de la responsabilidad extracontractual, es decir, aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente (de mutuo acuerdo) contraída —la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos—, sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado.

Según se observa en el gráfico, esa responsabilidad extra-contractual puede originarse en un acto o hecho legislativo, judicial o administrativo. Sin embargo, conviene advertir que de acuerdo con la división de las funciones estatales, no

de culpa, y los supuestos de aplicación del principio del "riesgo," o de la "garantía," la "equidad," etc. (Ver "factores objetivos de responsabilidad," pp. 285-364.)

cualquier acto o hecho del Poder Judicial o del Poder Legislativo comportará la responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede también existir responsabilidad *administrativa* por actos o hechos realizados por tales poderes. La responsabilidad así llamada "legislativa" se concreta, pues, en una responsabilidad por el daño causado *por una ley* del Congreso: Cualquier daño ocasionado por el Congreso o sus órganos a través de conductas que no comporten específicamente una "ley" en sentido formal, encuadrará así dentro del campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa.

Del mismo modo, la responsabilidad llamada judicial sólo existe como tal en la medida en que emerge de actos judiciales típicos; los daños que un órgano judicial realice en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa y no judicial.[8]

Es de mucha importancia advertir esta circunstancia, pues la responsabilidad estatal por actos legislativos y judiciales *stricto sensu* puede considerarse mínima o prácticamente inexistente, al menos en nuestro país.

II. Responsabilidad por acto judicial

5. *La regla de la irresponsabilidad por acto judicial*

En lo que respecta a la posible responsabilidad del Estado por actos judiciales, ella se da, por ejemplo, en el derecho comparado cuando una persona es condenada en primera instancia y absuelta en última instancia,[9] o procesada y detenida, siendo luego sobreseída definitivamente.[10] En estos casos puede tratarse tanto de una conducta judicial ilegítima (por ejemplo, una sentencia nula por vicios de forma, por incompetencia, etc.), como legítima, culpable o no;[11] en la generalidad de los casos el daño y la responsabilidad consecuente emergen de una conducta *legítima* y *no culpable*, razón esta por la cual algunos juristas clásicos se resisten a aceptar la responsabilidad estatal. En nuestro derecho nacional la jurisprudencia no ha

[8] En sentido similar, SPOTA, ALBERTO C., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3-IV, Buenos Aires, 1951, p. 551 y ss.

[9] Ver, en Italia, SANTI ROMANO, "Responsabilità dello Stato e riprazione degli errori giudiziari," en su libro *Scritti Minori*, Milán, 1959, p. 156 y ss.; GIANTURCO, VITO, *Della responsabilità dello Stato verso le vittime di errori giudiziari,* Milán, 1956, p. 1 y ss.; existe allí una norma legal expresa que consagra la responsabilidad, el art. 571 del código de procedimientos penales.

[10] GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 129.

[11] GIESE, *op. cit.*, p. 127, y en general la doctrina alemana, admiten la responsabilidad sin culpa y por un acto judicial legítimo, pero la denominan "indemnización de derecho público," diferenciándola así de la responsabilidad en sentido más tradicional, que se referiría a los casos en que existe antijuridicidad y culpa. Lo importante, desde luego, no es la denominación, sino que se indemnice. Ver también SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 163.

aceptado que exista un derecho a indemnización;[12] algunas constituciones o leyes provinciales, en cambio, lo aceptan.[13] La doctrina es uniforme en admitirla.[14]

III. Responsabilidad por acto legislativo

6. *La regla de la irresponsabilidad por actos legislativos*

La jurisprudencia, partiendo del obvio principio de que el Estado no debe indemnización alguna por la privación de propiedad que realiza a través del cobro de *impuestos*, siempre que éstos sean válidos, ha llegado a conclusiones a nuestro juicio criticables. El error a que se ha llegado proviene inicialmente de dar una formulación demasiado amplia al citado principio de irresponsabilidad por el cobro de impuestos legítimos; se ha dicho así, para expresar ese pensamiento, que "el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los anteriores (en el caso no se ha discutido la validez de la forma en que se lo ha puesto en práctica) puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión."[15]

De allí la jurisprudencia pasa luego a decir que en realidad la garantía de la propiedad "siempre se ha considerado alude al desapoderamiento directo, y no al consiguiente perjuicio resultante del ejercicio de legítimos poderes. Nunca se ha supuesto que tenga algún efecto sobre o para inhibir leyes que indirectamente produzcan daño o pérdida a los particulares,"[16] lo cual es ya llevar la afirmación demasiado lejos. También se expresa que el ejercicio de los "poderes de guerra" no puede dar lugar a responsabilidad del Estado, cuando se lo ejerce "con fundamento en disposiciones legales expresas;"[17] de allí a decir que tampoco será responsable el Estado por las leyes que organicen o regulen un "servicio público," aunque de ellas se desprendan daños a terceros, no hay sino un paso, que la jurisprudencia también ha dado.[18]

[12] En ese sentido PTN, *Dictámenes*, 57: 162. La práctica administrativa ha querido incluso hacer extensiva esa regla a los casos de personas detenidas y luego liberadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades especiales de investigación, lo que ya comporta un evidente exceso en la aplicación del principio: *Dictámenes*, *op. cit.*, 71: 369 y 371, es una muestra de ese error.

[13] Ampliar en Reiriz, Graciela, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969, p. 81; Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1973, pp. 162 y 163.

[14] Diez, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1971, p. 163 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1973, p. 759 y ss.; Reiriz, *op. cit.*, pp. 73-81; Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, *op. cit.*, pp. 156-163; Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, *op. cit.*, p. 262 y ss.; Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, pp. 1121-1123.

[15] CSJN, *Gratry*, 1938, *Fallos*, 180: 107. Ampliar en Reiriz, Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969, p. 65 y ss.

[16] CSJN, *Sparr*, 1938, *Fallos*, 82: 146 y 152.

[17] CSJN, *Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano*, 1959, *Fallos*, 245: 146, 153.

[18] CSJN, *CADE*, 1963, *Fallos*, 256: 87 y 94; *Suñé c/SEGBA*, 1964, 258: 322, 333.

No existe, pues, en principio y en el estado actual de la jurisprudencia, responsabilidad del Estado por leyes legítimas, aunque ocasionen daños; pero no creemos que pueda categóricamente decirse que "en nuestro derecho, el Estado no responde civilmente por los actos legislativos,"[19] por lo que se verá a continuación.

7. *Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo*

La misma jurisprudencia, en efecto, ha señalado las posibles excepciones a la regla general:

7.1. *Perjuicio especial*

Ha dicho así la Corte Suprema en la causa *Gratry*,[20] que "no reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de responsabilidad," con lo cual parece aceptar, para el caso de la responsabilidad legislativa, la doctrina alemana del "perjuicio especial." Como dice en esta tesitura MAYER, la actividad del Estado "no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera *desigual y desproporcionada*, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material... habrá lo que se llama el sacrificio especial... que debe indemnizarse."[21]

7.2. *Enriquecimiento sin causa*

En el caso de la Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano se sostuvo que si bien la ley misma no generaba responsabilidad del Estado por el hecho de causar un daño, existía de todos modos responsabilidad del Estado si a consecuencia de ella se producía un enriquecimiento sin causa de la administración.[22] En este sentido se puede recordar la opinión de HAURIOU, quien afirmaba: "El principio de justicia sobre el cual debe fundarse aquí el derecho a indemnizaciones es aquel del *enriquecimiento sin causa* y dos condiciones serán exigidas para que el daño dé lugar a reparación: *1°)* Será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a *un enriquecimiento administrativo*...; *2°)* será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea *sin causa*, y lo será cuando resulte del ejercicio por la administración de un derecho

[19] *Dictámenes*, *op. cit.*, 71: 369, 370 vta.

[20] *Fallos*, 180: 107, 1938, en que la Corte se remite a la causa *Arrupé*, 176: 111.

[21] MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, 1954, p. 217. Dice a su vez BENDER que debe tratarse de un especial sacrificio diminutivo de la propiedad, impuesto a un individuo en favor de la generalidad: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed., p. 165.

[22] *Fallos*, 245: 246, 153, año 1959.

exorbitante al derecho común, por ejemplo, el derecho de expropiación, el derecho de los trabajos públicos, el derecho de legislación, etc."[23]

7.3. *Sustitución del derecho por una indemnización*

Por fin, también ha dicho la jurisprudencia que la ley puede válidamente reglamentar un derecho sustituyéndolo por una indemnización, lo cual en verdad quiere decir que la lesión del derecho efectuada por la ley quedará purgada, no con la declaración de inconstitucionalidad de la misma, sino con la reparación pecuniaria del agravio. Partiendo del principio de que los derechos no son absolutos sino relativos, la Corte Suprema ha sentado recientemente el criterio de que "la tutela de un derecho por la justicia no requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existentes,"[24] y que puede admitirse la constitucionalidad de la ley si deja a salvo la "reparación indirecta del agravio jurídico."[25] Concretamente, se ha resuelto que si una ley sustituye la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público por una indemnización pecuniaria en caso de cesantía, ello se adecua al sistema constitucional, pues"...la garantía del art. 14 "nuevo" se satisface con el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía."[26]

7.4. *Posible desarrollo de las excepciones*

Si bien en algunas hipótesis estos distintos argumentos pueden superponerse, interesa de todos modos recordarlos, pues de acuerdo con la propia jurisprudencia pueden dar lugar a la responsabilidad estatal por la actividad legislativa.

La doctrina recuerda, por ejemplo, el caso ocurrido en el Uruguay con la creación de ANCAP: El legislador prohibió una actividad hasta ese momento legítimamente ejercida por los particulares, y estableció un monopolio estatal sobre tal actividad; la jurisprudencia les reconoció derecho a indemnización, con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa.[27] Nuestra jurisprudencia, que ha admitido la responsabilidad del Estado si a resultas de la actividad

[23] Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1921, 10ª ed., p. 382. "Finalmente el principio obligatorio me parece ser éste: *Enriquecimiento sin causa de un patrimonio administrativo a consecuencia de un daño especial causado a un tercero por el ejercicio de un derecho exorbitante*." (*Op. loc. cit.*)

[24] CSJN, *Enrique*, 1965, *LL*, 119: 140, 141.

[25] CSJN, *Borro*, 1964, *LL*, 117: 261, 263, que invoca el caso *Assereto*, 1961, *Fallos*, 249: 654, aunque en éste lo que se debatía era si la garantía constitucional quedaba a resguardo con una ulterior reparación patrimonial antes que con la eliminación de la lesión a través del recurso de amparo; en este sentido también *Fallos*, 251: 457.

[26] CSJN, *Enrique*, *LL*, 119: 140. Si bien la lesión es producida en forma inmediata por el acto de cesantía, ella surge mediatamente de la ley que autoriza esa cesantía *sin derecho a reposición en el cargo*; por ello, en definitiva, la lesión en sentido jurídico surge de la propia ley que deniega la reposición y la sustituye por la indemnización.

[27] Caso *Urreta*, 1942, *LL*, 28: 810, 817. Conf. Linares Quintana, Segundo V., "La responsabilidad del Estado legislador," *LL*, 36: 1038 y ss., 1092 y ss., aunque fundándose en el principio de la igualdad

legislativa se produce un enriquecimiento sin causa de aquél, probablemente también habría de reconocer la existencia de responsabilidad en dicho caso.

A su vez, el principio de la especialidad del daño ha sido invocado para fundamentar la responsabilidad del Estado por un acto reglamentario *válido*, con fundamentos que son en un todo aplicables al caso en que el daño es en iguales condiciones producido por una ley: Se ha dicho así, en la causa *Reisz*, que "si la administración, en ejercicio de facultades cuya legitimidad no se cuestiona en la causa, producía actos que necesariamente incidirían en el objeto del contrato," "el perjuicio causado al accionante... reúne la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad a que esta corte se refirió en *Fallos*, 180: 107, razón por la cual... cabe reconocer el derecho del demandante a ser indemnizado."[28]

8. *Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional*

Finalmente, si bien no conocemos antecedentes jurisprudenciales en el sentido de que el perjuicio ocasionado por una ley inconstitucional deba ser indemnizado, nos parece fuera de toda duda que ello debe ser así. El antiguo principio de que "no puede haber derecho legal contra la autoridad que hace las leyes de que el derecho depende"[29] no resulta de aplicación cuando el legislador está a su vez bajo un orden jurídico que no puede modificar ni desobedecer: La Constitución; por ello, si dictara una ley inconstitucional y con ello ocasionara un daño, no hay duda que éste constituirá un daño jurídico necesariamente indemnizable.

Como ejemplo de esto puede tomarse el caso, ya ocurrido en el derecho público argentino, de que una provincia o la Nación misma pretenda impedir el tránsito de mercaderías de una provincia a otra, en contravención al principio constitucional contenido en el art. 11. La Corte Suprema ha tenido oportunidad de declarar inconstitucionales —esto es, antijurídicos— los decretos nacionales o provinciales que en algunas oportunidades establecieron tales prohibiciones, aclarando que "ni la Nación ni las provincias están autorizadas para crear aduanas interiores o institutos o regímenes administrativos que funcionen como tales;"[30] ninguna razón habría para no llegar a igual conclusión cuando la transgresión constitucional y el consiguiente daño (pérdida o daño de la mercadería perecedera cuyo traslado de una provincia a otra se impidiera) proviene no de un decreto del Poder Ejecutivo, sino de una ley del Congreso, pues tanto la antijuridicidad como el

ante las cargas públicas; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, pp. 603-5; del mismo autor, "Responsabilidad del Estado por acto legislativo," *JA*, 1949-I, p. 54, sección doctrina.

[28] CSJN, *Reisz*, 1960, *Fallos*, 248: 79, 83.

[29] HOLMES, citado por WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act*, Nueva York, 1957, p. 5.

[30] CSJN, *Cahiza*, 1937, *Fallos*, 177: 237, 270: Un decreto nacional prohibía el embarque de uva de una provincia a otra para su elaboración. Más recientemente, *Acuña*, 1962, *Fallos*, 252: 39.

daño son idénticos en ambos casos. Tendríamos allí, pues, otro posible ejemplo de responsabilidad estatal por los daños causados por leyes inconstitucionales.[31]

IV. Responsabilidad por hechos y actos administrativos

9. *La responsabilidad por hechos y actos administrativos*

Hasta aquí hemos considerado la responsabilidad del Estado por los daños cometidos a través de actos judiciales y legislativos; toca ahora referirnos a la responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos, que es la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños.

En este tipo de responsabilidad se han planteado muchos problemas de distinta índole, derivados en su mayor parte del hecho de que se ha querido partir de la aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. El primer problema planteado es que en el Código Civil se exige en principio que el daño sea producido por una conducta *negligente* o *culposa*, para que pueda dar lugar a responsabilidad, y algunos autores y fallos han pensado en ocasiones que el Estado, como persona jurídica que es, no actúa con "culpa," por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas. Sin embargo, este argumento es fácilmente desechado si se recuerda que el Estado actúa a través de *órganos* que son desempeñados por personas *físicas*, cuya *voluntad*, manifestaba dentro del ámbito de sus funciones, *se imputa al Estado considerándose como suya propia*;[32] o sea, que, en definitiva, el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.

El segundo problema planteado es ya más difícil de solucionar claramente, pues ha sido objeto de muchos enfoques discrepantes: Se trata de la distinción entre responsabilidad "directa" e "indirecta." Responsabilidad "directa" es la que corresponde a una persona por un hecho propio (art. 1109 del Código Civil: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la "reparación del perjuicio;") indirecta, la que corresponde a un patrón o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo. (Art. 1113:

[31] No compartimos por ello la opinión de Spota, *op. cit.*, pp. 578 y 579, cuando expresa que no cabe responsabilidad por una ley inconstitucional, por entender dicho autor que en tal caso la reparación se efectúa a través de la no aplicación de la ley y la restitución de las cosas al estado en que se encontraban anteriormente, ya que precisamente si a resultas de la ejecución de la ley inconstitucional *se produce un daño a la propiedad*, por ejemplo, *no hay restitución posible al estado anterior, y entonces la única solución viable es la reparación del daño.* En este sentido se pronunció la Corte Suprema en casos en que el Estado tomó posesión de un bien, en una hipótesis sin mediar expropiación y en otra desistiendo posteriormente de la expropiación iniciada; en ambas situaciones se declaró la ilegalidad e inconstitucionalidad de la ocupación, y ello evidentemente no comporta diferencia alguna esencial con la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por lo que a la responsabilidad se refiere. Ver *Delcasse*, 1925, *Fallos*, 145: 89; *Miloch*, 1934, 171: 142; *Cahiza*, 1937, 177: 237; *Milberg*, 1950, 216: 241. Conf. Ortiz, *op. cit.*, p. 193.

[32] Ver *supra*, cap. V, n° 2 y ss.

"La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.") Los criterios existentes para determinar cuándo el Estado será responsable "directamente" y cuándo "indirectamente" son muy variados; a ellos nos referiremos a continuación.

10. *Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado*

10.1. *Distinción por "funcionarios" o "empleados"*

Los autores que distinguen entre "funcionarios" y "empleados," con el alcance de que los primeros, por representar la voluntad del Estado, son *órganos* suyos, y los segundos, por no realizar sino actividades materiales de ejecución, son sus *dependientes*, hallan fácil la distinción entre responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un dependiente.) En efecto, sostienen tales autores que existirá responsabilidad directa del Estado cuando actúa un órgano ("funcionario") suyo; indirecta, cuando actúa un dependiente. ("Empleado.")[33] Si bien la jurisprudencia nunca se ha definido claramente sobre el punto, pareciera ser que ésta es en el fondo la idea que a veces profesa; pero precisamente porque el punto no está claramente definido, es necesario analizar la corrección del criterio indicado.

Pues bien, hemos visto[34] que *no existe en la legislación argentina* una distinción entre funcionarios y empleados, esto es, entre personas que decidan en representación de la voluntad estatal, y personas que ejecuten esas decisiones en relación de dependencia; hemos visto también que todos los agentes del Estado, sea cual fuere su naturaleza, jerarquía o función, asumen el carácter de *órganos* del Estado. Aplicando la corrección que resulta de lo que antecede al criterio anteriormente enunciado, resultará que si todos los agentes del Estado son órganos suyos, como ocurre en el derecho argentino, entonces la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes *será siempre directa*, no pudiéndose nunca dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas pueda el Estado tener responsabilidad indirecta.[35]

[33] ALESSI, RENATO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milán, 1955, p. 48.

[34] *Tratado*, t. 1, cap. X.

[35] Es de sumo interés en este sentido recordar la evolución de la jurisprudencia belga, pues ella en su primera etapa se asemejaba a la argentina, y ha pasado en una segunda etapa a un criterio muy cercano al que aquí proponemos, con lo que queda dicho que también la jurisprudencia argentina podría —es lo deseable— evolucionar en igual sentido. Dicha jurisprudencia belga admitió y admite la distinción entre "órgano" y "dependiente," con el alcance de que la actuación del primero compromete la responsabilidad directa del Estado, y la del segundo la indirecta. Pero en una primera época se dio un carácter restringido al concepto de "órgano" y por ende de "responsabilidad directa;" actualmente, sin embargo, se entiende que es y actúa como *órgano* (comprometiendo, luego, la responsabilidad directa del Estado) todo "agente que se encuentra en una situación legal o reglamentaria —es decir, que es reclutado por nombramiento—," y empleado sólo aquel que se encuentra ligado a la administración por un contrato temporal. El concepto belga actual de "funcionario" u

En otras palabras, el rechazo de la distinción entre funcionario y empleado excluye la posibilidad de fundar en ella la distinción entre responsabilidad directa o indirecta de la administración, pero permite, en cambio, afirmar que dicha responsabilidad será siempre directa, en razón de ser siempre órganos propios del Estado los que actúan en su nombre. Esta es la solución que consideramos correcta, pero estimamos necesario referirnos también a otros criterios existentes a fin de efectuar su evaluación.

10.2. *Distinción por "actos" y "hechos"*

Otros autores han pretendido hallar la distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado según que se trate de *actos* o de *hechos* de la administración: Los primeros configurarían la hipótesis de responsabilidad *directa*, los segundos *indirecta*.[36] Esta distinción, además de carecer de un convincente fundamento lógico y jurídico, está claramente refutada por una serie de instituciones de derecho administrativo en que se ha admitido más allá de toda duda que ciertos *hechos* pueden ser *directamente* imputables a la administración, comprometiendo precisamente tal tipo de responsabilidad y no en modo alguno la indirecta.[37]

Ello ocurre en materia de: *a)* Afectación y desafectación de bienes del dominio público, que puede producirse por hechos administrativos, en el sentido de hechos provenientes de la propia administración;[38] *b)* daños causados por trabajos públicos, materia en la cual la Corte suprema ha dicho que "cuando ésta (la obra pública) desmejora o desvaloriza en cualquier sentido o en cualquier medida los inmuebles linderos, puede decirse que hay por parte de la autoridad una ingerencia y, hasta cierto modo, una ocupación de esos inmuebles;"[39] es decir, se admite que es un hecho "de la autoridad," un hecho de la propia administración; *c)* restricciones administrativas a la propiedad privada, en las que se reconoce que pueden constituirse a través de hechos administrativos,[40] es decir, actuaciones materiales directamente imputables a la administración como propias de ella; *d)* el empleo de la fuerza pública, o sea, de la coerción directa e inmediata a cargo de los

"órgano" es tan amplio como para abarcar prácticamente a todos los agentes de la administración, con lo que resulta que en la práctica la responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes será siempre directa. Ver Buttgenbach, André, *Manuel de droit administratif*, Bruselas, 1959, p. 307, que expone el citado criterio de distinción de la jurisprudencia de su país.

[36] En este sentido, Casetta, Elio, *L'illecito degli enti pubblici*, Turín, 1953, pp. 119 y 120. No está demás recordar aquí nuevamente que un acto es una *declaración de voluntad* (decisión), *conocimiento* (certificación) o *juicio* (opinión), mientras que un hecho es una mera *actuación o comportamiento material*. Ver nuestro *Tratado*, t. 3, cap. III, n° 5 y ss.

[37] O sea, que la comisión de hechos no constituye de por sí una hipótesis de responsabilidad *indirecta*. En igual sentido Marienhoff, *op. cit.*, t. IV, p. 717.

[38] Sobre esto puede verse Marienhoff, Miguel S., *Tratado del dominio público*, *op. cit.*, pp. 158, 160, 171, 191, 196 y ss.

[39] CSJN, *Zavaleta de Labrue*, 1948, *Fallos*, 211: 46; *Piria*, 1939, 185: 105.

[40] Ver Bielsa, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. IV, p. 393; Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. VI, p. 80, y otros.

órganos policiales administrativos, configuran también hechos administrativos,[41] etc. Todo ello, en definitiva, se traduce en la existencia de una figura específica de derecho administrativo: El hecho administrativo, que procede naturalmente de los *órganos* administrativos, en forma *directa*: "Es el comportamiento material, operaciones que representan actividad física de los órganos de la administración por medio de los cuales el Estado... realiza actividad administrativa."[42] Por fin, si se advierte que un hecho administrativo puede ser seguido de un acto que lo ratifica, y que la distinción entre acto y hecho administrativo depende nada más que de la forma en que la voluntad administrativa se exterioriza;[43] si se tiene presente entonces que la actuación de un órgano administrativo necesariamente se traduce alternativamente en actos y hechos, en forma sumamente entrelazada y sin que pueda en modo alguno señalarse una predominancia de los unos sobre los otros, menos aún podrá decirse que sólo los *actos* son del órgano en cuanto tal, y, por lo tanto, del Estado, pero no los *hechos* que concomitantemente realiza.

Concluimos entonces en que en el derecho administrativo positivo, tanto los actos como los hechos realizados por un órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones, son imputables al Estado, y generan eventualmente su responsabilidad *directa*.

10.3. *Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima*

Otra forma de intentar la distinción, tal vez la más vulgarizada, tiene su punto de apoyo en el art. 36 del Código Civil, de acuerdo con el cual "se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efectos respecto de sus mandatarios;" en consecuencia, serán actos y hechos propios del Estado los que realicen sus agentes dentro de sus atribuciones; en lo que se excedan de ellas, sus actos o hechos no son imputables directamente al Estado y darían lugar a la aplicación de la responsabilidad indirecta si se dan las condiciones pertinentes. (Relación de dependencia, culpa, etc.)

De este criterio se ha ocupado la propia jurisprudencia, sosteniendo con acierto que "la irresponsabilidad de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, más allá de sus atribuciones, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes han obrado dentro de sus propias funciones,"[44] sentando de tal modo el principio de que un acto es imputable direc-

[41] Ver Bielsa, *op. cit.*, t. IV, p. 40; Fiorini, Bartolomé, *Poder de policía*, *op. cit.*, ed. 1957, p. 310 y ss.

[42] Diez, *El acto administrativo*, *op. cit.*, ed. 1956, p. 69. Ampliar en Gasparri, Pietro, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padua, 1964, p. 9 y ss.; Tesauro, Alfonso, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, *Diritto administrativo*, Turín, 1961, p. 18 y ss.

[43] Ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, cap. III; ver también t. 1, cap. VIII, n° 4. Sobre el problema de la imputación, ver cap. IX, n° 4 y 5, del mismo t. 1, y *supra*, cap. V.

[44] CSJN, *Ferrugia*, 1931, *Fallos*, 163: 155, 162; ver también, *Gasull*, 1931, 160: 381, en igual sentido y *supra*, cap. IX, nº 4 y 5.

tamente al Estado y lo hace responsable, en su caso, cuando es ejecutado por el órgano dentro de sus *funciones* o tareas, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus *atribuciones* o límites legales. Recordamos al efecto la distinción que hiciéramos entre "ejercicio de la función" y "ejercicio de la competencia:" La segunda constituiría la actuación legítima, dentro del límite de las atribuciones del funcionario, mientras que la primera constituiría simplemente la actuación del funcionario dentro de las tareas a él encomendadas, sin interesar que su actuación sea legítima o ilegítima.

Por lo demás, el derecho administrativo ya ha hecho un frontal rechazo del art. 36 del Código Civil a través de todas sus instituciones y en particular de la del acto administrativo: *a)* Se ha dicho así que un acto administrativo, aunque viciado, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente; obviamente, afirmar que el acto ilegítimo, dictado en extralimitación de las atribuciones del órgano que lo produjo, mantiene su condición de acto administrativo y no se transforma en un acto personal del agente que lo dicta, es repudiar lisa y llanamente aquella norma del Código Civil; *b)* como consecuencia de lo anterior, cuando el derecho argentino establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales llamados "de lo contencioso-administrativo"[45] en un juicio contra el Estado está admitiendo también, inexorablemente, que el acto viciado es o puede ser del Estado, *propio* de él, y no un acto personal del funcionario; *c)* cuando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve,[46] también se reconoce, sin duda, que el acto es del Estado y no personal del funcionario, a pesar del vicio que tiene; *d)* en materia de "funcionarios de hecho" —aquellos que tienen un nombramiento irregular— se admite también que sus actos son administrativos al fin.

En suma: En el derecho público, es un error pensar que sólo los actos legítimos son propios del Estado y comprometen, por lo tanto su responsabilidad directa, en criterio similar al art. 36 del Código Civil; por el contrario, según lo acabamos de ver, también los actos ilegítimos pueden ser propios del Estado y comprometer su responsabilidad directa, cuando han sido realizados *dentro del ejercicio aparente de la función* encomendada al agente del Estado, sea dicha función regular o irregularmente ejercida, legítima o ilegítimamente manifestada.[47]

11. *Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado*

Refirmamos entonces nuestro concepto de que todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general

[45] Ver al respecto *supra*, cap. XV, nº 2, acerca de los caracteres y defectos de esta terminología.
[46] *Tratado*, t. 3, cap. VI, n° 2 y 7.
[47] Lo cual coincide con lo dicho *supra*, cap. V, nº 4-7, sobre el alcance del ejercicio de la función administrativa.

agentes suyos, por lo tanto, *órganos* de él.[48] Por ello, no son "dependientes" en el sentido del art. 1113 del Código Civil: Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, actúan como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos. La responsabilidad del Estado es, en consecuencia —en estos casos—, siempre directa; pues no tiene el Estado "agentes," esto es, personas humanas, que no sean *órganos* suyos.

Por lo demás y según también lo vimos, no altera esta conclusión el que la actividad del órgano se manifieste a través de actos o de hechos, legítima o ilegítimamente, pues todo demuestra que tanto puede haber *hechos* propios del Estado, como actos o hechos *ilegítimos* propios del Estado: En ambos casos comprometerán su responsabilidad directa.

De ello se desprende que la tesis sostenida en la jurisprudencia y en buena parte de la doctrina,[49] de acuerdo con la cual el Estado puede ser responsable "indirectamente" —o sea, como empleador por el hecho de sus dependientes— por los actos o hechos de sus agentes, es insostenible desde el punto de vista conceptual: La responsabilidad existe, pero no es "indirecta," sino "directa."[50]

Tampoco puede afirmarse que cuando el agente actúa dentro de sus funciones es órgano y origina responsabilidad directa, pero que cuando se excede de ellas es *dependiente* y origina responsabilidad indirecta, puesto que uno de los requisitos fundamentales para que sea procedente la responsabilidad indirecta es que el dependiente haya actuado en el ejercicio de las tareas a él encomendadas por el superior. Luego, si el agente actúa en ejercicio de las tareas encomendadas, actúa como órgano; cuando se excede de ese ejercicio no actúa como órgano ni tampoco como dependiente, pues sólo se es dependiente, en el sentido de la responsabilidad indirecta, cuando se ejecutan tales tareas.

12. *Comparación entre nuestro concepto de responsabilidad directa y el jurisprudencial de responsabilidad indirecta*

De lo antedicho se desprende una interesante superposición entre ambos conceptos: La responsabilidad directa del Estado surge en nuestro concepto de que un órgano suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones; la responsabilidad indirecta del Estado en el concepto que criticamos surge de que un dependiente suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones.

12.1. Ambos conceptos coinciden en la medida en que en ellos lo determinante de la responsabilidad es el *ejercicio aparente de la función*. (Entendida en sentido

[48] *Supra*, cap. V, nº 2 y ss., y *Tratado*, cap. X, n° 1-3.

[49] Nos referimos, desde luego, a la doctrina que acepta la responsabilidad del Estado, no a la más anticuada que la niega radicalmente.

[50] Conf. con esta tesis MARIENHOFF, *op. cit.*, t. IV, p. 717.

amplio: Acto o hecho, regular o irregular.)[51] En otras palabras, existiendo ejercicio aparente de la función, existe responsabilidad del Estado en ambos criterios.

12.2. Coinciden también en que en ambos casos se exige que la conducta de los agentes del Estado sea dañosa y, en principio, culposa. Ahora bien, como se ha producido una importante evolución en el siglo actual acerca de la exigencia de la "culpa" para que el daño ocasionado por una persona deba ser indemnizado por ésta, existen cada vez mayor número de casos en que la jurisprudencia ha admitido, con acierto, responsabilidad del Estado sin exigir una acabada demostración de la culpa: *a)* Daños causados por la ejecución de trabajos públicos;[52] *b)* daños causados en forma anónima por la administración pública, sin que el autor concreto del daño sea individualizado,[53] etc.

12.3. Coinciden en admitir que el daño puede ser producido por una *omisión*, en lugar de un acto o hecho concreto.[54]

12.4. En ambos casos debe exigirse que el daño sea sometido por el agente (órgano o dependiente) "en ejercicio" y no "con ocasión" de la función: Es decir, que no basta con que el daño sea cometido en el lugar y en horas de trabajo, sino que debe tener alguna relación, aunque sea aparente, con el objeto de las funciones encomendadas al agente.[55]

12.5. Sin embargo, estos criterios difieren en la práctica en algo importante: Encauzado el criterio jurisprudencial en el sentido de que "responsabilidad indirecta" del Estado es la que le corresponde por los hechos y actos de sus propios agentes públicos, no encontró fundamento jurídico disponible para decidir que el Estado debiera ser responsable por los actos y hechos de sus entidades descentralizadas, y es así como ha resuelto que teniendo éstas personalidad jurídica propia, no puede demandarse al Estado central por los daños por ellas cometidos. Ahora bien, analizando la cuestión desde nuestro concepto, en el que hemos llamado responsabilidad directa a la que corresponde al Estado por los hechos de sus órganos, es fácil llegar a la conclusión de que los entes descentralizados del Estado, como *dependientes* que son del Estado central (pues han sido creados por él y pueden ser disueltos por él; son controlados también por el, a través del recurso de alzada, nombramiento de autoridades, intervención, autorización o aprobación del presupuesto, etc.) comprometen su responsabilidad *indirecta*. La diferencia,

[51] Acerca de los criterios existentes para determinar si ha existido o no ejercicio de la función, ver *supra*, cap. V, nº 4 y 5.

[52] CSJN, *Piria*, 1939, *Fallos*, 185: 105; *Zavaleta de Labrue,* 1948, 211: 46; *Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/Provincia de Buenos Aires*, 1964, 258: 345.

[53] Así se lo ha considerado en caso de incendios producidos por agentes estatales (169: 111, *Devoto*, 1933), certificados erróneos expedidos por el Registro de la Propiedad (*Ferrocarril Oeste*, 1938, 182: 5; *Dupré*, 1942, 192: 345; *Saslavsky*, 1941, 190: 465; *Pérez Ortiz,* 1946, 205: 365; *Butavand y Cía.*, 1948, 210: 346, etc.), daños derivados de una intervención policial (*Susan*, 1946, 205: 635), etc.

[54] CSJN, *Spinacci*, 1942, *Fallos*, 192: 367, y otros.

[55] CSJN, *Rodríguez*, 1942, *Fallos*, 194: 170, y otros.

pues, es que considerando responsabilidad indirecta a la que corresponde al Estado por los hechos de sus agentes, no existe un fundamento jurídico para hacerlo fácilmente responsable por los hechos de sus entidades descentralizadas; a la inversa, considerando a la primera, como corresponde, responsabilidad directa, surge lógica la aplicación de los principios de la responsabilidad indirecta a la segunda situación. Tal es, pues, nuestro criterio en la cuestión.[56]

13. *Coordinación entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario*[57]

El funcionario público es también responsable civilmente por los daños cometidos en el ejercicio de la función, pero en la práctica su responsabilidad no es efectivizada por cuanto los interesados demandan directa y exclusivamente al Estado, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños; el Estado, por su parte, no siempre reclama de sus agentes por los daños cometidos por éstos respecto de terceros y que lo obligan eventualmente a indemnizar.

Para solucionar tal estado de cosas no puede en modo alguno proponerse la supresión de la responsabilidad del Estado, dejando como único responsable al funcionario, pues éste será generalmente insolvente; además, existirán casos en que el funcionario, por haber actuado regularmente, no será responsable, a pesar de lo cual puede haber resultado un daño del ejercicio de su función: En tal hipótesis es necesario que el Estado sea responsabilizado.

Lo que corresponde, a nuestro juicio, es declarar que la responsabilidad del funcionario y del Estado son *conjuntas*, correspondiendo, en consecuencia, demandar a ambos en forma mancomunada; si, dictada la sentencia que condena al funcionario y al Estado, ella no puede ser satisfecha sobre los bienes del primero por resultar los mismos insuficientes, entonces corresponderá que el Estado, en *forma subsidiaria, responda por el todo*.[58] La jurisprudencia, que en el pasado se pronunció en muchos casos sobre la responsabilidad estatal sin hacer mención alguna a la del funcionario autor del daño —que no había sido demandado— ha dicho más recientemente que corresponde condenar en forma conjunta al Estado y al funcionario que cometió el hecho dañoso;[59] es la tesis correcta que es de desear pueda prosperar.

La importancia de que el funcionario sufra también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva, pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas. Como dice con acierto HAURIOU: "No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen

[56] Así lo sostuvimos en nuestra tesis doctoral, Buenos Aires, 1958, en criterio que ha compartido MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. I, p. 421.

[57] Ampliar *infra*, cap. XVII.

[58] Ampliar *infra*, cap. XVIII, n° 10.

[59] CSJN, *Nación Argentina v. Provincia de Córdoba y otro*, 1963, *Fallos*, 255: 321, 325.

solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios."[60]

[60] HAURIOU, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, 1929, p. 649. Ampliar *infra*, cap. XXI. Cabe destacar en contra de esta tesis a LINARES, JUAN FRANCISCO, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público," *LL*, t. 153, 14-II-1974.

Capítulo XVII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Sumario

1. Introducción 557
2. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario 558
2.1. Los particulares 558
2.2. Los demás funcionarios públicos 558
2.3. El Estado 560
3. Quiénes son responsables 561
4. Problemas que presenta el artículo 1.112 562
5. La omisión como causal de responsabilidad 563
6. El daño como elemento de la responsabilidad 565
6.1. El problema de las relaciones entre particulares 565
6.2. El problema en los actos de los funcionarios públicos 566
6.3. El daño económicamente apreciable 567
7. La culpa como elementos de la responsabilidad 568
7.1. La necesidad de que haya culpa 568
7.2. El caso de error 569
8. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales 570
9. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado 570
9.1. Qué son las "obligaciones legales" 570
9.2. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado 571
10. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado 573
10.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado ... 573

10.2. Es una obligación conjunta 574
10.3. Esta obligación conjunta no es solidaria 575
10.4. Es en principio simplemente mancomunada 576
10.5. Por excepción, en caso de insolvencia del funcionario, debe responder el Estado por el todo: Fundamento 576
10.6. Funcionamiento de esta responsabilidad conjunta..... 577
10.7. Conclusiones 578

Capítulo XVII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Introducción*

La responsabilidad de los agentes del Estado está establecida en el derecho argentino por el artículo 1.112 del Código Civil. Está establecida, pero en ninguna colección de jurisprudencia se encuentran sino pocos casos de efectiva responsabilización de un servidor público.[1]

A pesar de haberse podido hacer un sistema que contemplara tanto la responsabilidad del Estado como la del funcionario, de modo que el damnificado sea indemnizado, sí, pero que el culpable autor del daño no resulte irresponsable —como se hace en todos los países civilizados— en la Argentina no existe de hecho responsabilidad del agente estatal.

La doctrina ha contribuido a esa criticable situación —cuyos efectos en materia de corrupción administrativa y desaliento social están a la vista en los últimos decenios de vida nacional— por no haber insistido en la necesidad social y republicana, además de jurídica, de, ¡por lo menos!, sincronizar la responsabilidad del funcionario público con la responsabilidad del Estado.[2]

El artículo 1.112 del Código Civil dice: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título."

Esta disposición, incluida en el título "de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos," protege a todos los sujetos que puedan resultar dañados por la comisión del hecho que se sanciona; el contenido de la protección

[1] Como dice Linares, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público," *LL,* t. 153, 14-II-1974, en "el derecho viviente en la Argentina, por la razón que se quiera, no se da como práctica en el sentido de hacer responsable directa y conjuntamente a la Nación y sus agentes, o sólo a éstos, por falta personal. La tesis de la responsabilidad conjunta... no es, hasta ahora, un proyecto-programa de la comunidad argentina a través de la opinión pública."

[2] En contra Linares, *op. loc. cit.*, quien postula la *irresponsabilidad* del funcionario público, salvo casos de excepción.

reside en reprimir la comisión de daños jurídicos realizada mediante el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que rigen la función pública. Los sujetos de derecho que resultan obligados por este artículo a realizar la conducta debida, son todos los agentes estatales.

2. *Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario*

2.1. *Los particulares*

El primer aspecto —a quiénes protege el artículo 1.112—debiera ser indiscutido, dado que la ley civil no ofrece indicio alguno que permita fundamentar la exclusión de esta responsabilidad frente a determinado damnificado; pero existen dos posiciones restrictivas, a pesar de ello.

La primera, que no ha sido expuesta expresamente, plantea el interrogante de que aquélla existiera con referencia al Estado, pero no en relación a los particulares; mas nada indica, ni en la redacción del artículo 1.112, ni en la ubicación del mismo, que él tienda a proteger única y exclusivamente al Estado.

Por el contrario, la amplitud de los términos del artículo, y su ubicación dentro de un título que protege a todos los individuos de la sociedad contra los daños que les hagan sus semejantes, señala, con el sustento de la sana lógica, que si a alguien protege el artículo es, en primer lugar, al particular. Mientras que el Estado tiene muchos medios para protegerse contra los perjuicios de sus dependientes, no los tienen en cambio los particulares, quienes en virtud de que los agentes estatales tienen el uso del poder público, o realizan una función o prestan un servicio indispensable a tales particulares, se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente a aquéllos.

A nadie le parecerá extraño afirmar que el administrado necesita protección frente a los administradores; no puede parecer por lo tanto raro que el Código Civil trate de proporcionar esa protección. Que el artículo que lo hace proteja también al Estado, es perfectamente aceptable, pero no lo es, en cambio, cualquier solución que pretenda invertir los términos e interpretar el artículo 1.112 de forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes.

2.2. *Los demás funcionarios públicos*

La segunda posición sostiene que el artículo 1.112 no se aplica a las relaciones de los funcionarios o empleados entre sí, y ha sido expuesta por Diaz de Guijarro,[3] quien se basa en que el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni, el Proyecto de la Comisión Reformadora, la ley alemana y doctrina correspondiente, emplean

[3] "Inaplicabilidad del artículo 1112, C. C., a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos," *JA*, 61: 531.

el vocablo "tercero;" de donde surgiría la tesis de que el artículo 1.112 no sea aplicable a los funcionarios y empleados entre sí.

Un problema radical que esta teoría no puede de ninguna manera superar es que el artículo 1.112 no emplea el vocablo "tercero," lo que es excluyente y definitivo.

De cualquier manera, aunque la ley dijera expresamente "tercero," como lo hace la ley alemana, no se obtendría tampoco aquel resultado. El artículo 839 del Código Civil Alemán dice:[4] "Si un agente público viola dolosa o culposamente la obligación del cargo debida a un tercero, debe reparar a éste el daño ocasionado."

Esa aclaración que hace la ley alemana —obligación legal del cargo debida a un tercero— podría tal vez fundar el que se excluyera al Estado de esa responsabilidad directa,[5] pero no a los funcionarios restantes, ya que ellos también son "terceros" para el caso.[6]

Por otra parte, la jurisprudencia alemana ha extendido no sólo el concepto de "tercero,"[7] sino aun el de "obligación legal" debida a un "tercero" en forma amplísima,[8] por lo que no es del caso establecer restricciones en el derecho argentino sin tener siquiera el término de marras en la ley. Si los administrados necesitan protección contra los administradores, también los funcionarios y empleados públicos necesitan protección contra una administración que, la experiencia lo enseña, tiene frecuentes despuntes de espíritu faccioso o vocaciones dictatoriales; agregar a eso una especie de *capitis deminutio* para cada agente del Estado, es cerrar una posible vía de prevención.[9]

[4] Garcia Maynez lo traduce así: "El funcionario que intencionalmente o por negligencia viole el deber profesional que le corresponde respecto de un tercero, deberá reparar el daño causado a éste;" Milón Infante, de la siguiente manera: "Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado por esto." El texto alemán es: "*Verletzt ein Beamter vorzätzlich oder fahrlässig die ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Drittem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.*"

[5] Nunca, a todo evento, de la de *in rem verso*. Conf. Giese, Friedrich, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, p. 125.

[6] Conf. Giese, *op. cit.*, p. 124, apartado c).

[7] Ver Bender, Bernd, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, p. 160; Giese, *op. loc. cit.*

[8] Forsthoff, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Munich-Berlín, 1958, 7ª ed., p. 283; Bender, *op. cit.*, p. 161.

[9] Pero insistimos en que mientras que la ley alemana establece responsabilidad por la violación de una obligación del cargo debida a un tercero, la ley argentina establece responsabilidad por la violación de las obligaciones del cargo, sean o no debidas al tercero que es perjudicado. La progresista jurisprudencia alemana ha extendido su disposición hacia un concepto casi tan amplio como el de nuestra ley —lo que motiva algunas críticas doctrinarias de técnica jurídica—; pero esa dificultad no existe en el artículo 1112 de nuestro Código Civil, y todo lo que hace falta es aplicarlo.

2.3. *El Estado*

La restricción que nadie ha establecido es frente al Estado; pero precisamente, es este aspecto el que pudiera ser proclive a discusiones. No cabe duda de que el funcionario es responsable frente al Estado, por el artículo 1.112, pero su funcionamiento no es muy claro. Si esta responsabilidad es cuasidelictual, como lo indicaría el título en que se halla ubicada, ¿dónde queda la naturaleza contractual de la relación de empleo público? Inversamente, si la relación del funcionario frente a la administración es contractual, como sus elementos intrínsecos parecen indicarlo, ¿cómo juegan en ella este artículo 1.112 y el 1.107?[10] Pues si existe un contrato según el cual el funcionario está obligado a cumplir sus funciones, va de suyo que está obligado —contractualmente— a cumplirlas regularmente, y que el ejercicio irregular de la función sería una violación del contrato. La importancia del punto se traduce en la prescripción, respecto a la cual caben dos posibilidades en el caso del daño cometido por el funcionario en forma directa a la administración: *a)* si se tratara de una responsabilidad cuasidelictual, la prescripción es de dos años (art. 4.037 del Código Civil); *b)* si se tratara de una responsabilidad contractual, la prescripción es de diez años. (Art. 4.023, Código Civil.)

En el caso de daño cometido al Estado, en forma traslaticia, cuando el ejercicio irregular daña a un particular a quien el Estado se ve obligado a indemnizar por aplicación de la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado, la acción del Estado contra el funcionario ¿es la de *in rem verso* del artículo 1.123, o es la directa del artículo 1.112? ¿Y si fuera la del 1.123, la acción prescribe a los dos años, o a los diez años?

A nuestro juicio, si se acepta la hipótesis de que el funcionario se halla ligado al Estado mediante una relación contractual,[11] el hecho de que uno de los elementos de ese contrato sea la regular prestación del servicio, hace que toda irregular prestación sea frente al Estado incumplimiento del contrato, y que la responsabilidad sea, por lo tanto, contractual; sólo que asumiría, en cuanto a su dimensión, las características fijadas en el artículo 1.112.

Este artículo, que en general sanciona una responsabilidad extracontractual, funcionaría en este caso como elemento legal del contrato. De la misma forma que ciertas disposiciones legales de orden público son un elemento de todo contrato, hayan sido o no pactadas, el regular cumplimiento de las obligaciones legales es una de las obligaciones impuestas al funcionario por su aceptación de la relación contractual que lo liga al Estado: Su violación, en consecuencia, origina

[10] Dicha norma expresa: "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos de derecho criminal."

[11] Lo que surgiría del hecho de haber una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. (Art. 1137 del Código Civil.)

responsabilidad contractual, y por ello la prescripción aplicable es la del artículo 4.023: Diez años.

La solución no varía aunque se considere, con la jurisprudencia, que la relación entre el Estado y sus funcionarios es la relación entre principal y dependiente de que habla el artículo 1.113 del Código Civil;[12] pues, como lo hace notar MAZEAUD, cuando la relación entre el principal y el dependiente es contractual (como en el caso del Estado y el funcionario), la responsabilidad del dependiente (el funcionario) hacia su principal (el Estado) por las indemnizaciones que éste hubiera debido pagar por *responsabilidad indirecta* debidas a la culpa del dependiente, *es responsabilidad contractual*,[13] razón por la cual la prescripción de la acción recursoria (en este caso, el art. 1.123) es también diez años. (Art. 4.023.)

Finalmente, tal principio ha sido recogido en la ley de contabilidad,[14] cuyo artículo 142, segunda parte, expresa: "La acción del Estado tendiente a hacer efectiva la reparación civil de los daños e intereses ocasionados por actos u omisiones imputables a los agentes de la administración nacional, incluidos los de entidades descentralizadas, empresas del Estado y haciendas paraestatales, prescribirá a los diez años de cometido el hecho que imponga tal responsabilidad."[15]

3. *Quiénes son responsables*

La doctrina nacional es uniforme en no admitir restricción alguna en lo que respecta a quiénes están sujetos a la responsabilidad del artículo 1.112; todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, está comprendido en la disposición mencionada.

Pero debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad se establece para el funcionario solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, es decir, "en el ejercicio de sus funciones;" para determinar cuándo ha actuado en el ejercicio de sus funciones no basta una mera relación de tiempo y lugar,[16] y hay dos posibles criterios a seguir para establecerlo: *a)* Un criterio subjetivo, de acuerdo con el cual habría que analizar la voluntad o la intención del agente, a fin de averiguar si éste actuó con motivo de la función, o con la finalidad de cumplir la función, y

[12] Solución esta errada, pues la responsabilidad *indirecta* se aplica cuando hay dos sujetos de derecho diferenciados, y un hecho atribuible a uno sólo de ellos, el dependiente. En el caso del funcionario éste actúa como órgano del Estado, y por lo tanto, cuando actúa dentro del ejercicio de sus funciones, sus actos y hechos le son atribuibles directamente al Estado: La responsabilidad del Estado habrá de ser en tal caso, necesariamente, directa.

[13] MAZEAUD, H. y L., *Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, 1947, 4ª ed., p. 901.

[14] Decreto-ley 23.354/66, con el agregado introducido por el Decreto-ley 3453/58.

[15] La tercera parte del mismo artículo 142 de la ley de contabilidad expresa: "Para los funcionarios de que trata el artículo 85, inciso *e)*, los plazos de dicha prescripción comenzarán a correr desde la fecha en que los mismos hayan cesado en sus cargos;" el inciso *e)* del artículo 85 se refiere a los miembros del Poder Legislativo y a los funcionarios comprendidos en el artículo 45 de la Constitución Nacional.

[16] FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 283.

b) un criterio objetivo, según el cual lo que hay que analizar es la reconocibilidad externa, la apariencia, los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho: Si de acuerdo con éstos el acto puede ya individualizarse como un acto propio de la función de que se trate, cabe entonces considerar que el agente ha ejercido la función. Dada su mayor certeza, el criterio objetivo es el que generalmente se sigue, sin perjuicio de que si en alguna situación dada el acto o hecho no es *externamente reconocible* como uno de la función y sin embargo se acredita que el agente actuó subjetivamente en el ejercicio de la función, se decida que en el caso ha sido ejercida la función pública.[17]

4. *Problemas que presenta el artículo 1.112*

El primer problema de interpretación que presenta el artículo 1.112 es si él tiene razón de ser, dada la existencia del artículo 1.109.[18]

MACHADO parece sostener que la existencia del artículo 1.112 se justifica por el hecho de que en él se contemplan a individuos no comprendidos en el artículo 1.109,[19] pero tal afirmación es errónea en virtud de que este último artículo, por su naturaleza genérica y omnicomprensiva, abarca absolutamente a todo ser humano que cometa un daño por su culpa: Si no existiera el artículo 1.112, la responsabilidad de los funcionarios públicos se regiría por el artículo 1.109.

AUBRY et RAU mismos, fuente directa del artículo 1.112, exponían el concepto contenido en dicho artículo dentro de la explicación aportada al equivalente francés del 1.109, aclarando que se aplicaba a los funcionarios públicos: Para estos autores la responsabilidad del funcionario está comprendida en la responsabilidad cuasidelictual y por ello el artículo 1.109 no excluye a los funcionarios y empleados públicos.

¿A qué puede deberse, en consecuencia, que VÉLEZ SARSFIELD haya tomado ese concepto meramente explicativo y si se quiere innecesario en nuestro país? En Francia dicha explicación era conveniente, pues anteriormente, por el artículo 75 de la Constitución del año VIII, los funcionarios eran expresamente declarados irresponsables; pero como ese antecedente no existía aquí, no había por qué pensar que pudieran existir dificultades en la aplicación de la norma del artículo 1.109. ¿Se trata simplemente de "afirmar categóricamente esa responsabilidad,"[20]

[17] En este último sentido ver CSJN, *Fallos*, 232: 582, causa *Amelie Zanini Pechieu de Ibarra y otros v. Nación Argentina*, año 1955. Ampliar *supra*, t. I, cap. IX, n° 4-5, en que se aplica similar criterio para resolver la imputación del acto al Estado.

[18] Art. 1109: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil."

[19] MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1899, p. 404, nota al art. 1112, *in fine*.

[20] Lo dice VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1951, p. 544.

o advirtió Vélez Sarsfield en ese concepto de Aubry et Rau,[21] un significado especial, y que por ello creyó necesario convertirlo en nuevo artículo dotado de contenido y efectos propios?

Puesto que los funcionarios y empleados públicos ya están comprendidos en el artículo 1.109, como lo explica la fuente, no puede, en consecuencia, justificarse al artículo 1.112 como una supuesta traslación de lo que ya dispone el artículo 1.109 a los funcionarios, como una ampliación del número de los sujetos alcanzados por la responsabilidad cuasidelictual. Debe entonces haberse referido al contenido de la responsabilidad misma, al hecho ilícito que la origina.

¿Cuál es la diferencia entre el hecho ilícito contemplado en el artículo 1.109 y el contemplado en el 1.112? Esa diferencia sólo puede consistir en que el hecho que origina la responsabilidad del servidor público es distinto a un cuasidelito. "Por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales:" ¿es más o menos que un cuasidelito?

a) ¿es un hecho igual o distinto?
b) ¿es un daño mayor o menor? ¿Es un daño jurídico en el sentido común?
c) ¿es un hecho producido con más o con menos culpa?

Y además, ¿hay en ese artículo relaciones con otras disposiciones? ¿Tiene otros efectos que fundar la responsabilidad del autor del hecho?

5. *La omisión como causal de responsabilidad*

El primer contenido especial del artículo, que difiere con el del artículo 1.109, se refiere al hecho mismo que causa el perjuicio. Mientras que en el artículo 1.109 se habla de "todo el que ejecute un hecho..." que ocasiona un daño a otro, y con ello se remite a las disposiciones generales del título de los actos ilícitos, el artículo 1.112 se refiere a "los hechos y las omisiones," con lo que surge la primera diferencia entre la responsabilidad que sancionan uno y otro artículo. El artículo 1.109 prevé la realización de un cuasidelito, y una simple omisión no puede constituirlo sino cuando está expresamente prohibida por la ley *(lato sensu),* según el artículo 1.074, aplicable en virtud del 1.108;[22] para los funcionarios rige el principio opuesto de que tienen la obligación de actuar, aunque el reglamento o la ley no lo determine específicamente, si ello entra dentro del ejercicio *regular*

[21] Que éstos seguramente tomaron del derecho alemán de aquella época, pues el art. 839 del Código Civil alemán es reproducido de ese derecho alemán anterior a 1900, por lo que esta disposición se refiere: Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 304, y como lo hacen notar acertadamente Bielsa, *Derecho administrativo*, t. III, 1956, 5ª ed., p. 273, y Diaz de Guijarro, *JA*, 61: 530, la similitud entre nuestro art. 1112 y el 839 alemán es notable.

[22] Art. 1074: "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido."

Art. 1.108. "Los arts. 1.070, 1.071, 1.073, 1.074, 1.075 y 1.076 son aplicables a los actos ilícitos, hechos sin intención de causar daño."

de sus funciones, y del cumplimiento, como opus, de las obligaciones legales a ellos impuestas en razón de sus funciones.

En efecto, debe advertirse que el hecho de que el funcionario sea responsable por omisiones que no harían responsable a un particular, proviene, sí, de la especial situación en que se encuentra y de que el reglamento o la ley le manden a menudo más deberes que a un particular, pero sobre todo del artículo 1.112. Ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del artículo 1.112 lo soluciona afirmativamente; aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad.

Es decir, la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una "obligación legal de cumplir el hecho omitido" (art. 1.074), sino a una "regular ejecución de las obligaciones legales," lo que puede darse aunque no haya habido omisión *de un hecho expresamente ordenado,* o sea, aunque el hecho omitido, que así configure irregular ejercicio de la función, no estuviera expresamente ordenado por una norma jurídica. Así, por ejemplo, si un reglamento o ley no prevé la obligación de un funcionario de recibir las denuncias que le sean presentadas en forma documentada y personal, y ese funcionario omite recibir una denuncia relativa a las funciones de que se trate, en esas condiciones, hay un irregular ejercicio de las obligaciones legales impuestas al funcionario, aunque la omisión no lo sea de un hecho expresamente ordenado.

El regular ejercicio de las obligaciones legales resulta de muchos caracteres implícitos a la función pública, y no de la casuística de algún reglamento; la omisión origina responsabilidad no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1.074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1.112.)

En un caso[23] se discutía si un hecho (denuncia) precedido de una omisión (comprobación del hecho que se denuncia: Transgresión a las leyes de aduana), y además otra omisión (presentar despacho) realizados por un empleado de aduana, podría crear responsabilidad para éste.

El Tribunal de primera instancia, cuyo fallo fue confirmado por sus fundamentos por la Corte, analizó primero si el funcionario había violado con su conducta ley o reglamento alguno, concluyendo en que no (considerando *1°)*; y a pesar de que ese elemento es suficiente, según el artículo 1.074, para desechar la responsabilidad cuasidelictual por omisión, consideró que era necesario analizar además si había habido con esa omisión "irregularidad en su conducta" (considerando *2°)*; recién una vez que estuvo aclarado que no había habido irregularidad en su conducta, y que la aprobación del superior había significado el cumplimiento adecuado de "la obligación que le imponía su empleo" (considerando *3°)*, se concluyó que no

[23] *H. Ebbinghaus y Cía. contra don Severo Pizarro, alcalde de Aduana, sobre daños y perjuicios*, resuelto por la Suprema Corte en el año 1878, *Fallos*, 20: 436.

había responsabilidad. A estos argumentos agregó el Procurador General que no encontraba "nada de irregular" en la conducta del funcionario respectivo, y que la segunda omisión de que se reclamaba, consistente en no presentar dentro de cierto término el despacho (las ordenanzas no fijaban término, razón por la cual la omisión no lo era de un acto ordenado por la ley), no era irregular, pues "el tiempo empleado en la revisación... no es excesivo," todo lo que señala que el criterio para juzgar la omisión de un funcionario público no es de ninguna manera el del artículo 1.074 —obligación legal de hacerlo—, sino el del artículo 1.112, cumplir regularmente la obligación legal de la función.

La diferencia es sutil, por cuanto en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero debe advertirse que en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada.

Por esta primera razón no es posible pretender que el presupuesto sancionado en el artículo 1.112 sea igual al del 1.109. En el artículo 1.112 tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad, cosa que no sucede en el 1.074, donde la omisión no basta si no está prohibida por la ley. Tanto el positivo hacer como los negativos "no dar," "no hacer" y "permitir"[24] están comprendidos en el 1.112.

6. *El daño como elemento de la responsabilidad*

6.1. *El problema de las relaciones entre particulares*

El daño cometido mediante el hecho o la omisión constituye el segundo contenido especial que diferencia al artículo 1.112 del 1.109.

Sabido es que el artículo 1.109 prevé un daño resultante de un cuasidelito, y, en consecuencia, que sólo es daño "el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria" (art. 1.068), por aplicación de los principios generales referentes a la cuestión. Por lo tanto, los daños que no son susceptibles de apreciación pecuniaria no son indemnizables por no involucrar detrimento económico alguno. Así, por ejemplo, una restricción a la libertad de prensa, una negación injustificada e irrazonable de permiso para realizar reuniones públicas, una comunicación policial expresando que no se concede autorización para realizar alguna reunión en local cerrado y con concurrencia limitada,[25] una violación de la libertad de enseñar y aprender, o de la libertad de conciencia, o de transitar y salir del país, de peticionar a las autoridades, etc., son transgresiones al orden normativo y violaciones de la es-

[24] Categoría ésta en boga en Alemania: V. BENDER, *op. cit.*, p. 160; GIESE, *op. cit.*, p. 122.

[25] La policía no puede prohibir ni reglamentar esas reuniones, puesto que no son públicas. Pero algunas veces lo ha hecho: Allí no hay dolo, ni hay daño económico; pero la importancia del bien jurídico violado hace imperativo que exista responsabilidad por esos actos y hechos; el art. 1112 la contiene.

fera jurídica de los habitantes que por lo general no se traducen en un perjuicio económico: Es decir, no son daños en el sentido del Código Civil, y no pueden ser materia de cuasidelitos. Son, sin embargo, violaciones de los derechos de los individuos; son daños no autorizados por el orden jurídico en un planteo lógico.

6.2. *El problema en los actos de los funcionarios públicos*

Ahora bien, lo que ocurre, sin embargo, es que todos esos daños jurídicos no son generalmente cometidos por particulares, sino por las autoridades públicas; por ello, la cuestión adquiere una importancia fundamental, ya que está en juego la libertad del individuo y el respeto de la persona humana frente a los abusos y las negligencias de los servidores públicos. Allí entra en juego la previsión de VÉLEZ SARSFIELD, quien con este artículo protege la libertad y el libre ejercicio de los derechos constitucionales, al establecer, según veremos a continuación, un régimen diferente en materia de daños e infracciones antijurídicas sometidas por órganos estatales.

En efecto, el artículo 1.112 dice que "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas," son el presupuesto de su disposición ("son comprendidas en las disposiciones de este Título"); lo que significa que lo que determina la aplicación del artículo es la reunión de los elementos allí mencionados: *a)* el hecho o la omisión en el ejercicio de la función, *b)* que ese hecho u omisión consista en un irregular cumplimiento de las obligaciones legales. Desde el momento que toda irregular prestación constituirá ya un hecho, ya una omisión, podemos subsumir el primer requisito en el segundo, y concluir en que lo fundamental del artículo es sólo, y precisamente, ese cumplimiento irregular.

Al decir la ley entonces que "son comprendidos en las disposiciones de este Título" determina que son daños generadores de responsabilidad. Mientras que el artículo 1.109 dice que el que comete un daño es responsable del mismo, lo dice allí con referencia a la noción de daño dada en el 1.068: Perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Al decir que el irregular cumplimiento de las obligaciones de la función está comprendido en las disposiciones del Título —que son disposiciones que establecen responsabilidad por daños causados por culpa— determina que ello también es un daño, a pesar de que las reglas generales no lo contemplan en todos los casos en esa forma.

Las normas generales requieren daño económico, y el irregular cumplimiento no siempre genera un daño económico: Precisamente allí está la razón de esta disposición especial. En consecuencia, del artículo 1.112 no todo irregular cumplimiento de las obligaciones de la función generaría responsabilidad, sino sólo aquel que causare un daño económico; estaríamos entonces en las reglas generales sobre la materia, y los hechos y las omisiones que mencionamos al comienzo de

este apartado (restricciones a la libertad de prensa, de tránsito, de reunión, etc.) no estarían comprendidos en las disposiciones del título, no podrían originar responsabilidad de los funcionarios públicos; pero el artículo 1.112 dice precisamente lo contrario de la regla general: Él dispone que sí están comprendidos en el título; que también los hechos y las omisiones que constituyen irregular ejecución de las obligaciones legales de la función son, sin distinción en cuanto al tipo material del daño causado, daño generador de responsabilidad, puesto que están comprendidos en las disposiciones de ese título.

6.3. *El daño económicamente apreciable*

El problema es por supuesto delicado, ya que el artículo 1.068, que define el daño, es aplicable "a los actos ilícitos;" además, VÉLEZ SARSFIELD, cuando quiso derogar el 1.068 para un caso particular, lo hizo expresamente con el artículo 1.078, el cual, por otra parte, es inaplicable al título de los cuasidelitos (ver art. 1.108.)

Por ello, no alcanza a configurar, a nuestro criterio, más que una crítica metodológica, o a hacer aconsejable la subdivisión del artículo 1.112 en una o más disposiciones; pues, entendemos, él ya contiene una expresa excepción al principio general: El que tal excepción no resalte ante una mera lectura informal de la norma, no quita que ella exista y aparezca con un análisis más detenido.

Si el artículo 1.112 dice que lo que él prevé está comprendido en el título, ello no significa que eso es un hecho ilícito generador de responsabilidad según el título, y por lo tanto del 1.068, sino pura y simplemente, como lo expresa su texto, que el hecho en él previsto, y no el hecho ilícito del 1.109 con su referencia conceptual al 1.068, es el que origina responsabilidad. Repetimos, el artículo 1.112 no se refiere al hecho previsto en el artículo 1.109, sino que dispone que el hecho que él mismo prevé —o sea, el hecho previsto en el artículo 1.112—[26] es causa eficiente y suficiente generadora de responsabilidad. Allí reside la derogación, en el caso especial, a la regla general.

Supongamos que un nuevo artículo introducido después del 1.112 dijera: "El insultar a una persona está comprendido en las disposiciones de este título," ¿no significaría ello acaso que el insulto es un hecho ilícito generador de responsabilidad, y que debe indemnizarse el daño moral ocasionado, ya que daño económico no hay? ¿No sería eso una derogación del artículo 1.068? Supongamos que el nuevo artículo dijera: "El violar la libertad de culto, de expresión de las ideas, etc., está comprendido en las disposiciones de este título;" ¿no habría, nuevamente aquí, una derogación al principio del artículo 1.068 en cuanto se estaría creando responsabilidad para un hecho que no acarrea daño económico? Y bien, eso es exactamente lo que dice el artículo 1.112, en cuanto hace responsable al funcionario por el irregular cumplimiento de las obligaciones legales

[26] A saber: "Irregular ejercicio de las obligaciones legales," en lugar de "hecho que causa un daño (económico) a otro."

que le están impuestas, entre las que figura, desde luego, el respeto a todos los derechos individuales contemplados en la Constitución, independientemente de que tengan o no contenido económico.[27]

De esta forma el derecho de reunión, de asociación, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, de transitar y salir del país, de profesar libremente su culto, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de los papeles privados, y todos los derechos individuales establecidos en la Constitución pero frecuentemente desmentidos en la realidad originan en el Código Civil responsabilidad del agente público que los viola, aunque el perjuicio no sea susceptible de apreciación pecuniaria.[28]

Es indiscutible que una de las obligaciones legales impuestas al funcionario es respetar la Constitución, lo que implica respetar los derechos individuales de los administrados, allí establecidos. El funcionario que viola un derecho individual establecido en la Constitución, viola con ello la Constitución, y cumple de esa manera en forma irregular las obligaciones legales a él impuestas; debe, por lo tanto, ser responsable y así lo dispone el artículo 1.112.

La indemnización será en tales casos ya por el daño moral cometido, ya por el perjuicio económico, cuando exista; y pueden también considerarse pertinente la llamada indemnización nominal, o *"exemplary damages,"* es decir, un aumento de la indemnización a título de castigo civil, de acuerdo a la importancia del bien jurídico protegido o a la negligencia o malicia demostrada en la producción del daño jurídico. Es esta materia librada a la apreciación judicial, con el único requisito general de la razonabilidad que debe tener toda sentencia. Es el mismo criterio que informa al artículo 32 bis *in fine*.

7. *La culpa como elemento de la responsabilidad*

7.1. *La necesidad de que haya culpa*

En cuanto a la culpa, a falta de mención expresa en el artículo 1.112 deben aplicarse los principios generales, requiriéndose, en consecuencia, como requisito indispensable, la existencia de dolo, culpa o negligencia en la realización del daño; es decir, que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario para el ejercicio de su función se haya debido al dolo, la culpa o la negligencia de su autor.[29]

[27] Un viejo fallo de la Cámara Civil de la Capital (26: 379) decía: "La calificación de jugador de garito hecha a una persona que, además de comprobar su honorabilidad, justifica la falsedad del hecho imputado, importa extralimitación de facultades en el empleo y una ofensa ilícita al ciudadano, que debe ser indemnizada, según criterio del Tribunal." (Citado por AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 458, nota 35.)

[28] Conf. GIESE, *op. cit.*, p. 125: "Están comprendidos allí no solamente los daños patrimoniales, sino también los menoscabos ideales."

[29] Conf. BIELSA, *op. cit.*, p. 275; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 546; DIAZ DE GUIJARRO, "La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error," *JA*, 61: 530, nota; es también al

La obediencia debida juega en este aspecto un rol importante, porque la ejecución de una orden inválida cuya legalidad el funcionario no tenga derecho a examinar,[30] o de una orden negligente o culposa, pero válida en su origen, o de una ley inconstitucional —que el funcionario no esté en situación de desobedecer—,[31] no puede dar lugar a responsabilidad.

Por otra parte, toda vez que el servidor público cumple regularmente sus obligaciones legales, existe prácticamente una eximente de culpa; en tales casos el hecho es atribuido a la función o servicio mismo, es decir, al Estado, y corresponde por lo tanto aplicar la responsabilidad directa de éste, si la misma es pertinente, en forma, exclusiva.

De esta manera, el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye su responsabilidad, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad a menos que sea culpable. Si el irregular cumplimiento de sus funciones implica una transgresión al artículo 32 bis, entonces la responsabilidad existe aun sin mediar culpa, tal como lo dispone dicha norma.

7.2. *El caso del error*

En cuanto al error, sólo puede ser causal de responsabilidad si con él el funcionario ha cumplido culposa e irregularmente sus obligaciones legales: El error no culpable o que no es ejecución irregular de las obligaciones legales no provoca la responsabilidad del artículo 1.112. Pero el error no culpable, no es el "error excusable" del derecho civil, pues éste existe cuando puede darse en un hombre normal, mientras que el funcionario tiene obligaciones especiales que un hombre normal no tiene por qué cumplir. En el caso del agente estatal, todo depende del cumplimiento irregular de las obligaciones legales.[32] Inversamente, cuando el error es un irregular cumplimiento de las obligaciones legales, el funcionario es responsable si lo ha cometido por negligencia: Por lo que en la práctica el error se subsume en la culpa.[33]

parecer la opinión de COLOMBO, L., *Culpa Aquiliana*, Buenos Aires, 1946, p. 289. En contra SAENZ, CARLOS MARÍA, *Responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado*, Santa Fe, 1954, p. 16: "...probado el desempeño irregular de sus obligaciones y el daño que ello ha causado, surge la obligación de indemnizar, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario."

[30] Ver BIELSA, *op. cit.*, p. 282.

[31] Así Corte Suprema de Justicia, *Fallos*, 16: 461; en igual sentido MACHADO, *op. cit.*, p. 404, nota, y DIAZ DE GUIJARRO, *art. cit.*, en *JA*, 61: 530, en nota. La ejecución de una ordenanza ilegal o inconstitucional, en cambio, sí genera responsabilidad para el funcionario: *Fallos de la Corte Suprema de Justicia*, 49: 344, en que se dijo que el presidente de una Municipalidad es personalmente responsable por los actos irregulares que cometa en el desempeño de sus funciones, y no puede hacer valer lo dispuesto por ordenanzas municipales, cuando es contrario a las prescripciones de leyes vigentes; en igual sentido MACHADO, *op. loc. cit.* Véase también nuestro *Tratado*, t. 1, cap. V, n° 11.

[32] Conf. MAYER, *op. cit.*, p. 309; comparar el resto del texto de MAYER, y BIELSA, *op. cit.*, p. 283.

[33] Conf. DIAZ DE GUIJARRO, "La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error," *JA*, 61: 528 y ss. En contra, AGUIAR, *op. cit.*, p. 458; con reservas COLOMBO, *op. cit.*, p. 289.

8. *El irregular cumplimiento de las obligaciones legales*

De lo dicho hasta ahora surge que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas a los funcionarios públicos, es el elemento determinante de la aplicación de la responsabilidad civil a ellos además de la culpa, se sobreentiende.

En algunos casos, esto implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria, puesto que el irregular cumplimiento es elemento absolutamente determinante de esta responsabilidad en cuanto ejercicio de la función pública. "Es decir, que una falta del funcionario en el ejercicio de sus funciones no basta para comprometer su responsabilidad —como lo sería por aplicación del artículo 1.109—. Es necesario que esa falta, que ese hecho, importe el cumplimiento irregular de sus obligaciones legales; y tal es la interpretación jurisprudencial."[34]

En el resto de los casos, habiendo irregular prestación existe, por eso sólo, responsabilidad: Por lo que la irregular prestación es nuevamente aquí el elemento determinante.[35]

Es de destacar que nuestra ley habla de "irregular cumplimiento," diferenciándose así de la ley alemana, que exigía la "violación" de las obligaciones del cargo impuestas al funcionario.

En base a tal característica de nuestra norma, se concluye que no es necesario que exista una concreta violación de alguna obligación legal impuesta al funcionario, sino que es suficiente para hacer nacer esta responsabilidad el mero cumplimiento defectuoso, irregular, etc., de dicha obligación legal.[36]

9. *Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado*

9.1. *Qué son las "obligaciones legales"*

En lo que hace a la caracterización de "las obligaciones legales que les están impuestas," no hay discusión alguna acerca de que ellas abarcan toda ley y reglamento que tenga disposiciones pertinentes y "las ordenanzas, las prescripciones administrativas y aun instrucciones del superior jerárquico conforme a la ley;"[37]

[34] Bielsa, *op. cit.*, p. 276, nota. Claro está, si el funcionario no actúa en ejercicio de la función pública, el eventual regular cumplimiento de las obligaciones legales de la misma que pueda existir no es causa de irresponsabilidad; pero en tales casos nos salimos ya de la hipótesis de aplicación del art. 1112 y entramos en la común del art. 1109.

[35] Conf. Bielsa, *op. cit.*, p. 276, nota. La necesaria consecuencia de que aún el daño no susceptible de apreciación pecuniaria origina responsabilidad, no es sin embargo señalada por este autor. Conf. también Aguiar, *op. cit.*, p. 458, y Saenz, *op. cit.*, p. 15. A estos autores, la misma observación anterior; más la de que no exigen concretamente la culpa del funcionario en todos los casos.

[36] Conf. Aguiar, *op. cit.*, pp. 457-8; Saenz, *op. cit.*, pp. 15-16.

[37] Bielsa, *op. cit.*, p. 276, nota.

"u orden del superior jerárquico;"[38] y también las normas emergentes de contratos especiales que el servidor público pueda tener con el Estado. Podemos también puntualizar, una vez más, que dentro del "cumplimiento de las obligaciones legales" se encuentra, asimismo y sobre todo, la Constitución, por lo que también la violación de ésta es una transgresión de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Esto es de suma importancia en un país de legislación deficiente e insuficiente para tutelar los derechos individuales: Así, aunque las leyes no hayan protegido algunos derechos, ellos, en cuanto están en la Constitución, constituyen igualmente obligación legal a cumplir regularmente por parte de los órganos estatales.

9.2. *Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado*

Lo fundamental que hay que advertir es que nuestro artículo 1.112 difiere del 839 del Código Civil Alemán también en que no se requiere la violación de una obligación legal debida directamente al damnificado, sino de una obligación legal debida tanto al damnificado como al Estado.

Es decir, la ley alemana es menos amplia en materia de responsabilidad, pues para que el particular pueda hacer responsable a un funcionario público por la violación de una norma jurídica a él impuesta en razón de su función, sería necesario que tal norma hubiera sido creada en interés de ese administrado; o sea, para protegerlo específicamente a él, de forma tal que pueda afirmarse que la obligación legal del funcionario era debida directamente a ese particular. En este orden de ideas, si la norma hubiera sido creada, en cambio, en interés de la administración, el funcionario no sería responsable frente a ningún particular por dejar de cumplir o cumplir irregularmente esa norma.

Nuestro código, por el contrario, no contiene esa limitación a la responsabilidad de los funcionarios, y corresponde entender, en consecuencia, que la violación o irregular cumplimiento de cualquier norma jurídica relativa al ejercicio de la función hace responsable al funcionario frente al particular que resulte afectado.

Con todo, es de destacar que la jurisprudencia alemana se ha adelantado a borrar esta diferencia, y en la mayoría de las obligaciones legales que en principio eran debidas por el funcionario sólo al Estado, ha reconocido un derecho subjetivo;[39] de todos modos, este artículo que no aplicamos sigue siendo, irónicamente, un adelanto legislativo que ningún otro país posee.

El principio de la legalidad de la administración, o del derecho subjetivo a la legalidad, que en Alemania introduce la jurisprudencia prácticamente forzando su artículo 839, en un intento de acercarlo a lo establecido en nuestro 1.112, se halla teóricamente vigente entre nosotros.

[38] SAENZ, *op. cit.*, p. 15.

[39] BENDER, *op. cit.*, p. 75; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 169 y ss.; las referencias dadas por la doctrina alemana son uniformes en el sentido indicado.

El artículo 1.112, al establecer como causa generadora de responsabilidad, a los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (esto es, en cuanto órganos del Estado), por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas por el Estado al órgano, transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano (regular ejercicio de las obligaciones legales), en una relación jurídica entre el órgano y el particular (por cuanto el deber que en principio existía sólo frente al Estado existe ahora también frente a los administrados); es decir, que el regular cumplimiento de las obligaciones legales puede constituir un auténtico derecho subjetivo del administrado (y no un interés legítimo) en cuanto él tenga la titularidad exclusiva de la prestación.

Dada la posibilidad de que las obligaciones legales sean debidas primariamente al Estado (reglamentos, circulares, etcétera), o al administrado (derechos individuales previstos en la Constitución), y siendo que ambas originan responsabilidad en virtud del artículo 1.112, corresponde distinguir la forma en que el daño (infracción antijurídica) se produce en cada caso.

En el primer caso, es decir, aquel en que las obligaciones legales fueron puestas por el Estado en interés —o derecho reflejo, en otra terminología—,[40] de los administrados, pero como deber exigible sólo por el Estado,[41] el artículo 1.112 las hace también debidas al administrado, pero no en la misma forma. Mientras que en el caso del Estado la violación de cualquier disposición genera responsabilidad —pues todas son debidas a él—, en el caso del particular la violación o el irregular cumplimiento de normas jurídicas por parte del funcionario sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el administrado se ve afectado por tal incumplimiento. No interesa, pues, si en su origen la norma tuvo en cuenta beneficiar al particular, sino el regular cumplimiento de la misma interesa o no al administrado. Dicho de otra forma, debe haber una relación de causalidad entre la prestación irregular y la consecuencia dañosa,[42] y esa relación falta si la regular prestación de las obligaciones no hubiera servido para proteger o de alguna forma beneficiar o ser de interés para el particular.

En consecuencia, si una norma relativa al ejercicio de la función pública (sea la Constitución, una ley, reglamento, ordenanza, circular, orden interna, vinculación contractual o acto administrativo individual) establece una conducta concreta a la cual el funcionario está obligado a ajustarse, tendrá un derecho subjetivo a esa conducta del funcionario, el individuo a quien pueda considerarse

[40] Es la terminología que emplea gran parte de la doctrina alemana, y que hemos seguido en nuestro trabajo "Derecho subjetivo y derecho reflejo (o interés legítimo)," publicado en la *Rev. Jur. de Buenos Aires*, 1960-III, p. 117 y ss. En la presente obra utilizamos indistintamente ambas expresiones.

[41] En cuanto a la interpretación técnica del reglamento o la ley misma que crea la obligación. El artículo 1112 transforma a ese "interés" o "derecho reflejo" en un auténtico derecho subjetivo.

[42] BENDER, *op. cit.*, p. 161.

alcanzado en forma exclusiva por la misma;[43] y tendrán un derecho reflejo (interés legítimo, según la denominación usual entre nosotros) a la mencionada conducta todos aquellos individuos a quienes pueda considerarse alcanzados o afectados en forma concurrente por ella.[44]

Cuando la norma establezca un mero límite relativo a la conducta del funcionario; o sea, cuando no predetermina concretamente qué es lo que debe hacer el administrador, sino que dé una orientación general respecto a su conducta (que no deba ser "abusiva," "desviada," "caprichosa," "arbitraria," etc.), él o los individuos a quienes pueda considerarse afectados por la conducta contemplada en la norma, tendrán un derecho reflejo (interés legítimo) a exigirla, en caso de concurrencia, o un derecho subjetivo, en caso de exclusividad.[45]

10. *Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado*

10.1. *No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado*

Llegamos finalmente al análisis de cómo debe coordinarse la responsabilidad de los funcionarios públicos con la del Estado, a fin de lograr que el damnificado sea indemnizado, sí (por el Estado, pues el servidor público frecuentemente resultará insolvente), pero el culpable autor del daño no quede en la total impunidad.

Piénsese lo que se piense del artículo 1.113, y de su combinación con los artículos que fuere; aplíquense los principios que se apliquen para responsabilizar al Estado, no por ello se deroga el principio claro de la ley civil que consiste en la responsabilidad personal, propia, directa, de los funcionarios públicos.

No por usarse el artículo 1.112 para responsabilizar indirectamente al Estado, dejará ese artículo 1.112 de seguir teniendo su significación propia e indiscutible de responsabilidad de los funcionarios públicos; y hállese donde se halle el fundamento de la responsabilidad del Estado, seguirá habiendo responsabilidad de los funcionarios públicos por imperio del artículo 1.112.

Eso nos plantea una nueva crítica a la jurisprudencia de nuestros tribunales: Aun superando su error de confundir responsabilidad directa con indirecta, no es posible justificar su total olvido del artículo 1.112, el cual, si establece como caso especial de responsabilidad cuasidelictual la del funcionario público, ciertamente que no la establece con la única intención de facilitarle la futura acción de *in rem verso* al Estado.

Si, como ya hemos visto, lo que prevé el artículo 1.112 no es sólo una posible responsabilidad del órgano frente al Estado por los daños que cometa directa o

[43] Para la explicación de cómo funciona este requisito, ver *Tratado*, t. 2, los capítulos referidos a "Derecho subjetivo" (XV) e "Interés legítimo" (XVI.)

[44] Lo dicho en la nota anterior.

[45] *Tratado*, t. 2, cap. XV, n° 14.4.

indirectamente, para asegurar la acción de in rem verso de éste; si se trata en consecuencia y por el contrario, de una responsabilidad del funcionario frente al administrado, bien claro ha de ser que tanto la responsabilidad del funcionario como la del Estado coexisten.

Rafael Bielsa, que ha criticado con razón a la jurisprudencia su olvido de la responsabilidad de los funcionarios establecida en el artículo 1.112, no propone esta solución sino la extrema de negar la responsabilidad del Estado en aras de la responsabilidad del funcionario.

Si se apartan los fundamentos por los que se pudiera decir que el artículo 1.113 es inaplicable al Estado para fundar una responsabilidad como la que la jurisprudencia ha creado, se advierte al punto que tan errónea es una posición extrema como la otra; que ni el artículo 1.112 es suficiente para derogar el 1.113, ni el 1.113 para derogar el 1.112.

Tenemos, en definitiva, un mismo hecho respecto del cual hay dos responsables: *a)* el Estado, por imperio de los artículos 1.109 y 1.113 según la interpretación jurisprudencial, *b)* el funcionario, en virtud del artículo 1.112. Es decir, hay una pluralidad de sujetos constreñidos a la obligación de indemnizar un mismo daño.[46]

10.2. *Es una obligación conjunta*

Al estudiar la forma en que deben combinarse estas responsabilidades, debe considerarse en primer término si las mismas constituyen una obligación disyunta o conjunta. La posibilidad de que estas responsabilidades constituyan una obligación disyunta o alternativa (es decir, que los sujetos obligados se hallen unidos en la proposición lógica por la conjunción "o:" "Es responsable el funcionario o el Estado, a elección del damnificado") debe descartarse *in limine*. La doctrina, en efecto, es uniforme en considerar que las obligaciones disyuntas no constituyen sino un caso de mancomunación solidaria, pues al establecer que la deuda pesa sobre uno u otro acreedor, resulta que cada deudor tiene la obligación de pagar íntegramente la prestación, lo que es, precisamente, la característica esencial de la solidaridad.[47]

[46] Nos referimos, desde luego, a la hipótesis en que ambas responsabilidades concurren; pues hay que distinguir varios casos:

1°) El caso en que el funcionario actúa en regular cumplimiento de sus obligaciones legales: Si ello causa un daño, sólo el Estado es responsable;

2°) el caso en que el funcionario actúa irregularmente, pero ya fuera del ejercicio objetivo de su función: En tal caso, ambos son responsables no actúa como órgano del Estado, y sólo el funcionario será responsable;

3°) el caso en que el funcionario actúa irregularmente, y todavía dentro del ejercicio objetivo de su función: En tal caso, ambos son responsables concurrentes; el primero, por haber actuado irregularmente, y el segundo, porque un órgano suyo cometió un daño ejerciendo la función a él encomendada.

[47] Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. II, Buenos Aires, 1953, 6ª ed. actualizada por E. V. Galli, p. 154, n° 1022; Colmo, Alfredo, *Tratado teórico-*

Por lo demás, la obligación de sujeto disyunto no se halla prevista en el Código Civil, el cual dispone que cuando hay más de un sujeto para una misma obligación, la misma será simplemente mancomunada o solidaria (Libro segundo, sección 1ª, parte 1ª, títulos XIII y XIV, artículos 690 al 717, "De las obligaciones con relación a las personas"); por lo que el caso que nos ocupa sólo puede ser resuelto, en principio, en el sentido de la mancomunación solidaria o en el de la simple, nada más.

10.3. *Esta obligación conjunta no es solidaria*

De esas dos posibilidades analizaremos en primer lugar la de la solidaridad.

Se discute si el artículo 700 del Código Civil argentino que no sucede en la materia que contemplamos: La mancomunación entre la responsabilidad del funcionario y la del Estado no es, pues, solidaria.

Realmente autoriza, como su texto parecería indicarlo, que el juez pueda declarar la solidaridad por si, mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada; se hace notar, en efecto, que "las resoluciones y sentencias judiciales... no son sino la aplicación del derecho a los hechos alegados y probados por las partes, pero no lo crean (arg. arts. 15 y 16 Código Civil.)" "Como una consecuencia de estos principios, se desprende que cuando una resolución o sentencia contiene condenación solidaria contra varias personas, no es porque ella cree la solidaridad, sino porque ésta resulta, sea de la voluntad de las partes (contratos o testamentos), sea de la ley, que son las dos grandes fuentes de los derechos de los individuos. Las únicas fuentes reales de solidaridad pasiva son la voluntad y la ley; las resoluciones o sentencias judiciales no hacen sino declarar la solidaridad, cuando ella resulta de alguna de esas fuentes."[48]

Finalmente, se admite que la solidaridad es de carácter excepcional, por lo que debe interpretársela y admitírsela restrictivamente: "no pueden existir solidaridades tácitas, implícitas o por analogía,"[49] y, por lo tanto, sólo hay solidaridad cuando la ley expresamente la declara.[50]

Corrobora estas conclusiones la aclaración que hace el codificador en su nota al artículo 1.121, donde insiste en que la solidaridad pasiva se justifica solamente en el caso de delitos, y que por esa razón cuando hay más de un deudor obligado a indemnizar un cuasidelito, no puede existir solidaridad por el hecho entre él y el Estado; que cuando comete un delito, tampoco puede haber solidaridad, porque

práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino. De las obligaciones en general, Buenos Aires, 1920, p. 33, n° 462.

[48] Salvat, *op. cit.*, p. 74, n° 902; en igual sentido Segovia, *op. cit.*, t. I, p. 178, n° 3; Machado, *op. cit.*, t. II, pp. 455 y 456, nota; Colmo, *op. cit.*, n° 512; "Plenario Cámara Civil," *JA*, 17: 218.

[49] Lafalle, Héctor, *Derecho civil, Tratado de las Obligaciones*, vol. II, Buenos Aires, 1950, p. 223; Rezzónico, Luis M., *Estudio de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1956, 7ª ed., p. 355.

[50] Art. 701, *in fine*, Código Civil; Salvat, *op. cit.*, p. 70.

lo que se atribuye el Estado —al menos en la teoría más generalizada— es el daño, pero no el dolo.

Claro está que en el caso de la solidaridad entre el funcionario y el Estado, ella no tendría por finalidad castigar la intención punible, sino más bien facilitar el cobro de la deuda, pero a más de ser ese argumento insuficiente para declarar la solidaridad, y de que no hay solidaridad sin declaración expresa de la ley, debe advertirse que estableciendo la solidaridad, o la alternatividad, o la obligación principal del Estado y subsidiaria del funcionario, se establece siempre en la realidad la irresponsabilidad absoluta del que causó el daño; lo que es práctica y moralmente inaceptable, además de antijurídico.[51]

10.4. *Es en principio simplemente mancomunada*

Puesto que en el Código Civil las dos únicas formas de obligación conjunta son la mancomunación simple y la solidaria, debemos concluir que la responsabilidad del Estado y la del funcionario son *simplemente mancomunadas*.[52]

Tratándose entonces de una obligación simplemente mancomunada, resultaría que la deuda tendría que dividirse en tantas partes iguales como deudores hay, a menos que existiese un título constitutivo de la obligación, que estableciera partes desiguales. (Art. 691.)

No hay que olvidar, además, que la igualdad de la participación en la obligación es, a pesar de todo, sólo una regla general, y no absoluta: Es una presunción legal que puede ser destruida mediante prueba en contrario;[53] esta prueba puede residir en: *a)* la causa de la obligación conjunta, *b)* las relaciones que existen entre los vinculados, *c)* las circunstancias particulares de cada caso.[54]

10.5. *Por excepción, en caso de insolvencia del funcionario, debe responder el Estado por el todo: Fundamento*

Con estos elementos entramos a un aspecto sumamente delicado de la cuestión. En virtud del artículo 694, la insolvencia de uno de los deudores, en el caso de la mancomunación simple, es soportada por el acreedor y no por el codeudor. Esa solución, ¿es la misma en el caso de la responsabilidad del funcionario y del Estado?

La mancomunación simple de que trata el Código Civil presupone que la deuda se divide entre los deudores; que cada uno es deudor por sólo una parte del crédito.

[51] En contra, Linares, *op. loc. cit.*, quien se inclina por la responsabilidad exclusiva del Estado, salvo casos de excepción.

[52] Lo sostuvimos en *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración pública*, tesis, Buenos Aires, 1959, p. 296 y ss., 394 y ss., inédita; conf. con nuestra solución Fiorini, Bartolomé, *Proyecto de Ley Orgánica de la administración pública nacional*, Buenos Aires, 1960, art. 67; Diez, *op. cit.*, t. VI, p. 134 y ss.; Linares, *art. cit.*, n° X.

[53] Colmo, *op. cit.*, p. 330, n° 461.

[54] Colmo, *op. cit.*, pp. 330-1. Art. 689, inc. 2°, aplicable por analogía.

Dicho de otra forma, en la mancomunación simple de que habla el Código Civil el título del crédito es inicialmente sólo por mitades vigente contra cada deudor.

No es esa, en cambio, la hipótesis aquí contemplada. Ambos deudores son contemplados por el Código en forma total, como responsables cada uno por el todo: El que una cuestión derivada de los principios generales de concurrencia de obligaciones en el Código Civil nos lleve a la consecuencia de que frente a la pretensión del acreedor esa obligación conjunta deba, en principio, ser considerada simplemente mancomunada, no puede, sin embargo, destruir el diferente y peculiar origen del crédito, que nació con respecto a cada uno como un crédito por el todo: En consecuencia, y a diferencia del caso común de mancomunación simple, aquí la insolvencia de un deudor debe ser soportada por el otro deudor, dado que éste era inicialmente deudor por el todo y no sólo por su porción viril. No habrá estrictamente solidaridad, en cambio, por cuanto el Estado podrá luego repetir del funcionario lo que debió pagar a causa de su insolvencia.

10.6. *Funcionamiento de esta responsabilidad conjunta*

De esta forma, la mancomunación simple operaría no como solución de fondo, sino como paso o trámite intermedio, cuyo cumplimiento es necesario realizar en forma previa, antes de poder hacer responsable por el todo al Estado.

En consecuencia, cuando existe un daño cometido por un agente público en el ejercicio irregular de sus funciones, será necesario que el damnificado demande conjuntamente al funcionario y al Estado, en forma simplemente mancomunada, para hacerlos responsables a cada uno por su porción viril en el daño; y que declarada la responsabilidad, luego de excutidos los bienes del funcionario, haga responsable al Estado por el todo en caso de que aquél hubiera resultado insolvente por su porción viril de la deuda.[55]

En el último caso, el Estado que paga la totalidad de la deuda tiene ya una sentencia que con autoridad de cosa juzgada declara cuál es la responsabilidad del funcionario: Él puede entonces administrativamente hacer cargo al agente por lo que debió pagar, sin necesidad de tener que hacer un juicio civil para deter-

[55] En los últimos años la jurisprudencia civil ha ido abriendo una brecha en los principios tradicionales de la solidaridad, afirmando en algunos casos lisa y llanamente la solidaridad por causidelitos (así C. N. Civ., Sala F, *LL*, 98: 11 y sus referencias; en contra, sin embargo, ídem, Sala A, *LL*, 93: 372; 96: 376; 100: 55), y en otros —particularmente en el caso de principal y dependiente— si no la solidaridad, al menos la exigibilidad "in solidum" de la obligación contra cualquiera de los sujetos responsables. (Así C. N. Civ., Sala D, en *LL*, 83: 229, 194: 490 y sus referencias.) Mientras esta cuestión no se estabilice en uno u otro sentido, cabrá abrigar dudas respecto a cómo ha de planteársela en lo referente al Estado y al funcionario. A nuestro juicio, no corresponde aplicar directamente la solidaridad ni la obligación "in solidum" sino —según lo explicamos en el texto— *a)* en primer lugar, la responsabilidad simplemente mancomunada, *b)* supletoriamente, en caso de insolvencia de una de las partes obligadas, la obligación "in solidum" por el todo —pero sin solidaridad. Ello satisface a nuestro criterio tanto la finalidad de que la víctima sea indemnizada, como el principio tan importante de que el funcionario no debe resultar, de hecho, irresponsable.

minar la procedencia y el monto de la indemnización, como es el sistema actual de acuerdo con el artículo 86, inciso *a)*, de la Ley de Contabilidad.

Como dice LINARES: "Es obvio que la norma transcrita da por supuesto que el agente no era litis-consorte pasivo en la demanda contra el Estado en la que recayó condena contra éste, pues si lo hubiera sido no tendría el Estado necesidad de accionar contra el agente, como dispone la ley."[56]

10.7. *Conclusiones*

A su vez, si el daño es uno de los que generan la responsabilidad conjunta del funcionario y del Estado, y el damnificado demandó sólo al Estado, corresponde que el Estado pague nada más que su porción viril en el daño hasta tanto el actor no haya hecho responsable al funcionario y excutido sus bienes; de allí entonces que todo aquel que resulta perjudicado por la acción estatal deba tener especial cuidado en determinar si hay responsabilidad conjunta de los funcionarios públicos —directa o indirecta—, y en caso de que así sea, demandar conjuntamente al agente público y al Estado para asegurar el pago por el Estado del total de los daños en la hipótesis de que el agente resulte insolvente.

[56] LINARES, *art. cit.*, n° IX.