

No deja de ser sorprendente —al mismo tiempo que enriquecedor, por la variedad de análisis, dadas sus diversas posturas— el que en el espacio de diez a doce años hayan aparecido en Argentina varias obras sobre el acto administrativo, y dos de ellas con dos ediciones ya. Así es como a *El acto administrativo*, de M. M. Diez (TEA, 2ª ed. Buenos Aires, 1961), con gran referencia a las doctrinas italiana y francesa, a *El acto administrativo*, de A. A. Gordillo (Abeledo-Perrot, 2ª ed. Buenos Aires, 1969), muy personal y hasta polémico, y que comentáramos entusiastamente<sup>1</sup>, a la *Teoría del acto administrativo*, de B. Fiorini (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969), y a *El acto administrativo*, de J. R. Dromi (Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973), joven profesor de la Universidad de Mendoza<sup>2</sup>, viene agregarse esta obra del profesor Cassagne, joven administrativista argentino, recientemente designado profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Buenos Aires, y Director del conocido Instituto de Derecho Administrativo Rafael Bielsa, y quien nos diera ya en 1971 *La ejecutoriedad del acto administrativo* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971), obra que obtuviera el primer premio del concurso Manuel María Diez, de 1970, concurso que este distinguido maestro patrocina con la colaboración del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, como una manera de promover el estudio del Derecho Administrativo entre los jóvenes juristas argentinos. Este valor de la siempre renovada escuela iuspublicística bonaerense era ya conocido de nuestro público chileno por su interesante trabajo sobre “Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran”, publicado no hace mucho en la *Revista de Derecho Público* N° 15 (enero-junio 1974), 82-94, teniendo además en curso de publicación en la dinámica *Revista Chilena de Derecho* (N° 3, de 1975) sus “Relaciones interadministrativas”.

La obra en análisis la ha dividido el autor en tres partes, a saber:

<sup>1</sup>Ver *Revista de Derecho Público* (Chile) N° 11 (1970), 325-334, o *Revista de Administración Pública* (en adelante RAP) (Madrid) N° 65 (1971), 524-529.

<sup>2</sup>A estas obras habría que agregar los capítulos referentes a la materia del *Derecho Administrativo* de M. M. Diez (vol. II, Omeba, Buenos Aires, 1965, 201-410), y del *Tratado de Derecho Administrativo* de M. S. Marienhoff (tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, 217-662), capítulos que por sí solos constituyen cada uno un apreciable volumen.

concepto de acto administrativo (33-136), los actos de gobierno e institucionales (137-178), y el régimen jurídico del acto administrativo (179-410).

En la *primera parte* comienza nuestro autor con un capítulo introductorio sobre problemas lingüísticos, metodológicos e interpretativos (35-52), para luego en sendos capítulos tratar sobre la función administrativa (53-77) y la noción misma de acto administrativo (79-136).

En el mencionado capítulo introductorio —y quien sabe si como respuesta, y en posición diversa a la sostenida por Gordillo (*ob. cit.*, cap. I, 17-28) — Cassagne adopta una posición sustancialista, adhiriendo a la perspectiva trialista de W. Goldschmidt (*Introducción al Derecho*, 3ª ed., Aguilar, Buenos Aires, 1967). Luego aplicando tal criterio desarrollará, en interesantes páginas, su posición frente al siempre difícil problema de la conceptualización de la llamada “función administrativa”, si orgánica-subjetiva, si material-objetiva, si mixta (como sustenta Gordillo, *ob. cit.*, cap. II, 36-48), decidiéndose por la idea material-objetiva, atendida la total ruptura de la ecuación Administración Pública-Derecho Administrativo. Función que debe hallarse orientada, según nuestro autor, en el plano teleológico, a la realización del bien común. Obvio es decir que tales problemas han de ser solucionados a la luz del derecho vigente analizado, esto es el Derecho argentino en este caso, y en especial su ordenamiento constitucional, ya que lo contrario sería sólo “pirotecnia erudita” absolutamente estéril, como lo indicáramos ya en otra ocasión<sup>3</sup>. Sobre esta materia del *quid* de la función administrativa creemos que se discurre mucho, en general, en la doctrina, sin apuntar —creo yo— al fondo del asunto que, estimo, ha de centrarse más que en elementos tangenciales en el problema de la dialéctica disposición-administración de poderes jurídicos, que paradójicamente si se quiere no es asunto propiamente jurídico sino político, y en consecuencia prudencial, y en último término, por consiguiente, moral. De allí, que el Derecho Administrativo sea un Derecho sustancialmente político en cuanto es el que asegura finalmente el que el hombre sea un sujeto y no un mero objeto jurídico (sea en su vertiente controlística protectora de las garantías del ciudadano, sea en su vertiente prestacional garantizadora de las condiciones vitales de existencia) lo que ha sido posible lograrlo gracias a la idea

<sup>3</sup>Ver *La requisación de industrias en la jurisprudencia de Contraloría General de la República ¿una hipótesis jurídica?*, en Estudios Jurídicos vol. II (1973), 233-236.

cristiana del *poder finalizado*, esto es "servicio" asegurando el mínimo ético indispensable para el respeto de la llamada "dignidad de la persona humana", dignidad que no le viene sino de reconocerle el carácter de imagen y semejanza del Creador, en cuanto es su criatura, racional, libre, social y contingente<sup>4</sup>. Y si se mira en esta perspectiva hasta pensamos que el problema mismo de la subjetivización u objetivización de la indicada función administrativa pasa a segundo plano, ya que lo que importará no será tanto el autor o gestor de esta función, ni su contenido, sino en qué medida el derecho positivo ha regulado tal distribución de poderes jurídicos de disposición, y de simple (aunque ¡cuántas veces qué compleja!) administración, dándole incluso tratamientos diversos a estos últimos según el órgano en que tal derecho positivo los ha radicado (supuesto el caso en que la radicación sea múltiple).

Expuesta su posición y adhiriendo al criterio objetivo-material de la función administrativa realizadora del bien común, como lo ha hecho el propio legislador argentino en la ley 19.549 (Art. 19, in fine), ley nacional de procedimientos administrativos, de 27-iv-1972, plantea Cassagne la noción de acto administrativo en el derecho argentino que según él debe aceptarse, sobre dicha base material, señalando que viene a ser "toda declaración de un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa caracterizada por un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a terceros" (107-108)<sup>5</sup>. En el mismo capítulo (tercero de esta primera parte) y deslindando ya concretamente el derecho positivo se encarga el autor de analizar la actividad interna o interorgánica, la actividad interadministrativa, los llamados actos privados de la Administración y el problema de los actos jurisdiccionales de los órganos administrativos, materia esta última que ha dado origen a curiosas controversias; valga señalar que el art. 95 de la Constitución Nacional Argentina no hace sino retomar el art. 108 de nuestra Constitución de 1833 (hoy Art. 80 en la de 1925) —como bien puntualiza Cassagne.

<sup>4</sup>Algo de estas ideas hemos expuesto en *Poder y Derecho (Revista Chilena de Derecho vol. I (1974) N° 1, 63-72)*, y en *La democracia ¿para qué? Una visión finalista. ¿Crisis de la Democracia?*, Conferencias de Derecho Público 1974. Ediciones Revista de Derecho Público. Santiago de Chile. 1975, 13-38.

<sup>5</sup>Se ve claramente que esta posición disiente de la sustentada por Gordillo, quien adopta una criterio mixto (ver Gordillo, *ob. cit.*, 31-48, y nuestro comentario en *RDP. cit.* 326, o *RAP. cit.* 524-525).

En la *segunda parte*, breve (137-178), y ciertamente con el solo objeto de delimitar más exactamente el concepto de acto administrativo, estudia el autor las llamadas "cuestiones políticas", que no son sino aquellas materias que siendo de competencia del Presidente de la Nación ha sido las más de las veces el propio juez quien ha dimitido de su función contralora a su respecto, estableciéndose de allí una inmutabilidad de justiciabilidad de tales actos. En un primer capítulo (151-162) trata Cassagne de los llamados "actos de gobierno", esa tan poco feliz construcción teórica del Consejo de Estado francés en momentos de debilidad y de afanes de autoconservación<sup>6</sup>, llegando a la conclusión de su inexistencia en el Derecho argentino, dada la revisibilidad de todos los actos de la Administración ejerciendo función administrativa (arts. 95 y 100 Const. Nacional, a los que yo agregaría también el art. 18, frase 3ª, "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos").

Luego en el capítulo siguiente (163-178) analiza la teoría del denominado "acto institucional", elaborada por el distinguido maestro Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, 755-778), y a la cual Cassagne adhiere: tales actos vincúlense "a la propia organización y subsistencia del Estado", usando la terminología de Marienhoff (*ob. cit.*, 757), no produciendo efectos jurídicos directos en la esfera jurídica de los particulares sino afectando —como bien dice Cassagne— más bien a las relaciones interorgánicas de los poderes estatales (167, nota 273). Como ejemplo de tales actos cita nuestro autor la intervención federal de las provincias (art. 6, C. Nac.), la declaración y levantamiento de estado de

<sup>6</sup>Sobre el origen de esta pseudocategoría de actos administrativos pocas veces se destaca el papel del Tribunal de Conflictos francés, que en varias ocasiones entre 1880 y la primera guerra mundial se opuso a la admisión de tales actos (Vid. L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2e. éd. (3 vol.). Fontemoing-Boccard. Paris. 1921, vol. 3, 688-694), actos que finalmente entraron en la jurisprudencia clásica del Conseil d'Etat como actos del Ejecutivo no susceptibles de control contencioso administrativo de anulación (a través del *recours pour excès de pouvoir*), si bien ahora último el mismo CE. ha admitido que ellos pueden originar responsabilidad del Estado por los daños que produzcan (v. gr. CE. 30-3-1966 *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, rec. 257; RDP, 1966, 774 concl. Bernard, 955 note Waline). No podemos dejar de señalar la sapiencia de nuestro Constituyente de 1925 —consciente o no— que eliminó de una sola frase tal problema, al decir en el art. 87 que eran justiciables "los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas".

sitio (art. 86, N.os 19, 27, 67, Nº 2 C. Nac.), la designación de diputados y senadores (art. 56, C. Nac.), y de jueces de la Corte Suprema de la Nación (at. 86, Nº 5, C. Nac.), la declaración de guerra (art. 86, Nº 18, C. Nac.), celebración de tratados internacionales (art. 86, Nº 14, 67, Nº 19, C. Nac.), etc.

Respecto a todos los actos citados como institucionales, creemos que sería acertado indagar sobre su naturaleza jurídica, es decir de qué poderes jurídicos se ha hecho uso al dictarlos, para luego concluir qué tipo de control procede: si son actos administrativos es obvio que serán controlados judicialmente (art. 100 y 18, C. Nac.); si son actos legislativos su control será el correspondiente a estos actos, y es indudable esto pues que su régimen es diverso. Y quién sabe si, indagado ello, tal vez los actos señalados como institucionales nos aparecerían como reconducibles a su respectiva categoría, atendido los poderes jurídicos en ejercicio, y por tanto a su determinado régimen y en especial régimen de control.

En la *tercera parte*, la más extensa (179-410), se entra de lleno ya al análisis del régimen jurídico del acto administrativo, donde nuestro autor estudia los elementos del acto administrativo (181-231), la invalidez del acto y los vicios de éste (235-299), el saneamiento o convalidación (303-318), los caracteres del acto administrativo (321-367) en cuanto a validez (321-331) a ejecución (331-358) y efectos (358-367), y finalmente la extinción del mismo (369-410).

En cuanto a los *elementos del acto*, que especifica como elemento subjetivo, causa, objeto, forma y finalidad, valga señalar que el autor estima la voluntad como presupuesto del acto (y no elemento) lo cual merece destacarse ya que normalmente se la analiza como parte del acto, en circunstancias de que el acto mismo es la exteriorización de ella —sea expresa o tácita—, es un producto, algo distinto de ella si bien nace de ella. Sin embargo, creemos ver cierta contradicción al integrar Cassagne la competencia como elemento del acto (la analiza en el que denomina elemento subjetivo), lo cual por lo demás es muy común en los autores; y decimos que hay contradicción<sup>7</sup> porque la voluntad administrativa no es sino el ejercicio de un conjunto de potestades jurídicas, es decir, un complejo de poderes jurídicos atribuidos por el ordenamiento para fines genéricos y específicos (prima-

<sup>7</sup>Ya lo señalábamos escuetamente al reseñar la obra de C. F. Urzúa *Requisitos del acto administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1971, en esta Revista Nº 13 (1972), 287-288.

rios y secundarios, como dirá Giannini), y por tanto, son también el presupuesto de toda actividad —activa u omisiva, de acción o inacción— jurídica de la Administración; ahora bien, la medida de esa potestad sea en razón de la materia, del tiempo, del lugar o del grado, es lo que se ha dado en llamar “competencia”, de allí que ésta no es elemento del acto, sino es la medida de la potestad jurídica del órgano, cuyo ejercicio denominase voluntad y cuyo resultado exteriorizado será el acto administrativo. Por ello es que la competencia —pensamos— habrá de estudiarse más bien como presupuesto del acto, y no como elemento de él.

Merece destacarse la posición de Cassagne —que al parecer se va extendiendo en la doctrina argentina (también lo sostenía Gordillo en su obra citada)— en cuanto sostiene que la publicidad del acto viene a ser un elemento de existencia del mismo (218), sin la cual “es evidente que el acto como tal, no habrá nacido”, posición que, nos parece, es la única sensata, pues el problema de la validez y eficacia en el campo del Derecho Administrativo simplemente es una reminiscencia, y falsamente enfocada, del problema de la oponibilidad desarrollada en el Derecho privado y que nada tiene que hacer en nuestro campo<sup>8</sup>.

Como último elemento del acto señala la finalidad, es decir, “el fin de interés público o bien común” (228), que no viene a ser sino el fundamento de la existencia misma del órgano autor del acto —agregaría yo—, ya que tanto su ser como su obrar derivan única y exclusivamente de tal fin: es para alcanzar dicho fin que ha sido creado el órgano, por la Constitución misma o por el legislador, según sea el caso, y ha sido dotado de potestades jurídicas, exorbitantes del derecho común (privado) esto es potestades de imposición bajo su sola declaración unilateral de voluntad orgánica, de modo que puede decirse que todo el actuar de la Administración —sea jurídico, sea material— es “finalizado”, y esto por ser precisamente una actividad subordinada (sub-ordine), es decir, no de disposición, sino de concreción, realización, aplicación, ejecución, de normas “impuestas” por otro, esto es por quien detenta la disposición del poder (político en este caso), es decir el legislador (que a su vez es mandatario, o represen-

<sup>8</sup>Como lo hemos señalado variadas veces; véase esp. *L'entrée en application de l'acte administratif*, en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo xx. Homenaje a Enrique Sayagués Laso*, vol. iv. IEAL. Madrid, 1969, 687 ss., y 729 ss.

tante de la comunidad, en quien en último término reside el poder originario para gobernarse). De allí que crea personalmente que el fin sea algo inherente al poder jurídico mismo que le es atribuido por el legislador al órgano administrativo —poder jurídico que por tanto es finalizado, y por ello se dice que implica una “función”, o sea un “poder-deber”, y no un poder-facultad—, poder jurídico que en consecuencia es integrante de la competencia del autor del acto, y no elemento de él. Es por ello que he sostenido que el administrador (público en este caso) es un mero “servidor”, pues, su actividad es la de una “función”, o sea un “poder-deber finalizado” (valga la redundancia), y por tanto está ordenado obligadamente al bien común, razón de su existencia misma como administrador<sup>9</sup>. Ciertamente esto dice relación más directa con el llamado “principio de la legalidad administrativa”, que no es sino la construcción jurídica de la dialéctica “disposición-administración” aplicada al poder estatal y a sus relaciones con la comunidad política o sociedad civil, y que en el fondo viene a conectarse con la más amplia formulación —dentro del plano moral en que se mueve todo Derecho— de la ley humana positiva y ley natural, de que nos habla el doctor Angélico<sup>10</sup>.

Disentimos, en consecuencia, con mi estimado colega bonaerense cuando afirma —en posición contraria a Díez (ob. cit., 303)— que “la confrontación del fin que persigue el acto con el interés público conforme al ordenamiento jurídico debe juzgarse en el momento en que el acto cobra vigencia para el derecho”; tal postura es sólo descriptiva del momento estático del acto olvidando que éste puede seguir produciendo efectos jurídicos (lo normal es que sus efectos no se produzcan de modo instantáneo), y por lo tanto, siempre el acto debe de estar de acuerdo al Derecho vigente, de tal modo que si ello no ocurre, es decir, si no se da esa adecuación constante a sus normas, tal acto simplemente deviene antijurídico debiendo proveerse por parte de la Administración a su adecuación, ya que de así no hacerlo deviene susceptible de impugnación contenciosa y por ende puede ser anulado. De allí que no estemos de acuerdo con el sostener que tal inadecuación sobreviniente “no convierte el acto en ilegítimo sino en inoportuno o inconveniente”. Esta afirmación implica que el Administrador podría estar habilitado para dictar o aplicar actos inoportunos o inconvenientes, olvidando que ello es imposible racionalmente, desde el mo-

<sup>9</sup>Ver *Poder y Derecho* cit. 67-72, y *La democracia*, cit. 18-20.

<sup>10</sup>*Suma Teológica*, I-II, q. 90 a q. 97.

mento —y más aún— que se afirma que el fin del acto es el interés público o bien común, puesto que la atribución de poderes jurídicos finalizados (que es lo que significa la habilitación legal previa para actuar, que el legislador confiere al administrador) no quiere decir otra cosa que los citados poderes jurídicos conferidos al administrador lo han sido para que actúe de modo oportuno y eficaz, y al no actuar así simplemente el Administrador no cumple la función atribuida a él, y por tanto actúa de manera no ajustada a Derecho, es decir, actúa ilegalmente. Esta es la concepción dinámica que urge aplicar y que por desgracia nuestras jurisdicciones y doctrinarios suelen desconocer: en este punto —al menos teóricamente— es reconfortante la jurisprudencia administrativa francesa<sup>11</sup>. Sin duda que esto ha de ir debidamente equilibrado con el respeto de los derechos ya adquiridos por parte de los administrados, o con la consecuencial indemnización, según sea el caso.

En cuanto al sistema general de la *invalidez* y los vicios del acto administrativo (cap. II, 235-299), nuestro autor analiza la teoría de las nulidades en el Código Civil, y las del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fuera quien creara esta teoría sobre la base de la interpretación analógica de las normas del derecho privado argentino (Cód. Civil, arts. 1047-1048), a partir del famoso caso “Los Lagos S.A. Ganadera c/Gobierno Nacional”, de 1941 (Fallos de la CSN. tomo 190, 142ss.); distingue Cassagne entre nulidades manifiestas y no manifiestas, rígidas y flexibles, y las contempladas en el texto normativo de la ley de procedimientos administrativos (ley 19.549, de 1972), que las divide en absolutas y relativas, sin que —como muy bien dice el autor— ello implique la no aplicación de las otras categorías, reconocidas incluso por la jurisprudencia. Se analizan luego los efectos de la declaración de invalidez para concluir con las particularidades más resaltantes del sistema de las nulidades en el derecho administrativo argentino (254-259). Por último, estudia el problema de la llamada “inexistencia” del acto, postulando por la supresión de tal categoría como especie particular de invalidez dada su carencia de sustento lógico y la complicación inútil que trae ello dentro del régimen de las nulidades en el derecho argentino (259-264). Pasa revista después a los *vicios del acto adminis-*

<sup>11</sup>Ver nuestro *El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés*, en *RAP*, N° 64 (1970), 53-105, y espec. 72-105.

*trativo* en particular, estudiando primeramente los vicios que pueden afectar a la voluntad, como presupuesto del acto que es, y luego los que pueden afectar a los distintos elementos del acto.

En el capítulo III de esta tercera parte (303-318) se refiere Cassagne al *saneamiento o convalidación* del acto administrativo irregular, y cuyas especies serían la ratificación, la confirmación y la conversión. Nos parece que hubiera enriquecido el tratamiento de esta materia si se hubiera planteado el problema de seguridad jurídica que implica el saneamiento de un acto administrativo irregular, ya que está en íntima conexión con el tema de los derechos a que puede haber dado origen el acto en la esfera jurídica de los administrados y que éstos pueden haber ya incorporado a sus patrimonios: es el delicado problema de la intangibilidad de los efectos del acto irregular devenido definitivo, y que variadas veces ha resuelto —creemos— en forma lúcida el juez del contencioso administrativo francés<sup>12</sup>. De haberse analizado ello, no creemos que pudiera afirmarse tan rotundamente el efecto retroactivo de tales especies de saneamiento, como lo ha hecho el propio legislador argentino en la citada ley 19.549 (Art. 19, *in fine*), pues significando tales actos una real y verdadera innovación o modificación del ordenamiento jurídico (específicamente en las situaciones jurídicas de los afectados) su naturaleza no es meramente declarativa sino constitutiva, y en consecuencia, es principio general en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos civilizados que los efectos de tales actos sea *ex nunc* y no *ex tunc*.

Respecto a la confirmación del acto nos parece que la denominación debería haberse reservado no a una especie de saneamiento como lo ha hecho la referida ley 19.549 (Art. 19)<sup>13</sup>, sino a la confirmación-reiteración, es decir una declaración reiterativa de voluntad orgánica administrativa de una decisión anterior, ciertamente regular, legal, exenta de vicios, existiendo identidad de sujetos en la relación jurídica administrativa e identidad de objeto (motivos y contenido), acto confirmatorio que será de naturaleza declarativa y cuyos efectos no son sino reiterar una decisión anterior cuyos efectos se están produciendo,

<sup>12</sup>Ver, v. gr., los fallos *Caussidéry et autres*, CE. 3-12-1954, rec. 640, Dalloz, 1955, 204, note Weil 201; *Mabilat*, CE. 30-9-1959, rec. 479; *Queriaux*, CE. 1-4-1960, rec. 245, concl. Henry.

<sup>13</sup>Confirmación que la jurisprudencia francesa usaba en sinonimia con ratificación hasta los años de la década de 1930, v. gr. *Ranoux*, CE. 12-1-1912, rec. 38, o *Lemonier*, CE. 24-4-1929, rec. 406.

o se han ya producido (y que sea necesario reiterar tal vez para evitar dudas, para mayor claridad en la aplicación de otra decisión conec-tada con ella, o simplemente para reafirmar la existencia del acto mismo, que a lo mejor se entendía derogado o cuya publicidad no fue suficiente, en fin cualquiera otra circunstancia que haga necesaria tal reiteración); naturaleza declarativa que permitirá los efectos *ex tunc* dado que en el fondo no introduce modificación alguna en el ordenamiento jurídico: de allí que los romanos dijeseñ “confirmatio nihil dat novi”. Reiterar es confirmar, pero si se confirma un acto viciado sigue subsistiendo tal acto administrativo viciado, y en conse-cuencia no tiene sentido; subsanar un vicio es ya modificar el acto originario, irregular, y en consecuencia ya no es el mismo acto sino otro distinto, y sus efectos por tanto, al modificar el anterior, serán *ex nunc* jamás *et tunc*.

Enfocados ya los elementos del acto administrativo, su invalidez, sus vicios, saneamiento del mismo, se refiere luego (cap. iv, 321-367) a sus *caracteres*, uno de los temas más debatidos y que enfrenta en cierta medida a dos posiciones o maneras de entender la Administración, la absolutista y la libertaria: es el espinudo problema de la auto-tutela<sup>14</sup>, que no es sino una pervivencia obstinada de supuestos de monarquía absoluta continental (Francia y Prusia) que no se com-padece hoy con el ideario libertario, y que curiosamente en aquella época era contemporáneo con un sistema totalmente distinto como era el anglosajón, que ciertamente desconoció todos los formidables privilegios de la “décision préalable” y de la “exécution d’office”, que llevaron con justa razón a Dicey a hacer la alabanza libertaria de su “common law” y al menosprecio del “régime administratif”.

En esta materia que trata nada menos que de temas claves como la pretendida “presunción de legitimidad” y la “ejecutoriedad” del acto administrativo, la generalidad de los sistemas europeos continen-tales y latinoamericanos han seguido el régimen francés, sin que siem-pre —en estos últimos— se hayan establecidos otros mecanismos que per-mitan la subsistencia de garantías para los particulares que hagan con-

<sup>14</sup>En la terminología italiana; ver espec. F. Benvenuti, *Appunti di Diritto Amministrativo*. Cedam. Padova. 1959, cap. xiv (147-156) y cap. xxi (234-251) y su monografía *Autotutela*, voz de la *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè. Milano), tomo iv, 537-556. Y recientemente incluso aceptada en la doctrina española, ver E. García de Enterría, *Curso de Derecho Adminis-trativo*, tomo I Revista de Occidente. Madrid, 1974, cap. vii, 315-361.

trapeso a tales exorbitantes privilegios autotutelares de la Administración. Afortunadamente en nuestro país, la conjunción de un sistema controlístico preventivo (Contraloría General de la República) con un sistema de control judicial genérico (civil y penal) y en ocasiones específico (tribunales administrativos especiales) siempre bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, la cual por imperativo constitucional (art. 86, inc. 19) la posee sobre "todos los tribunales de la Nación", ha significado que el particular no sólo pueda reclamar ante de que el acto administrativo nazca (en la "toma de razón" que realiza la Contraloría citada) sino también después de su nacimiento, impidiendo la aplicación del acto al poder acudir al juez ordinario sea solicitando querrelas o interdictos posesorios —si el acto perturba la posesión de algún bien— o solicitando su suspensión a través de medidas precautorias mientras se ventila el fondo del asunto: como se advierte es un sistema especialísimo con un enfoque extremadamente original del principio de la legalidad administrativa, y en el cual es el juez quien tiene la supremacía respecto a lo que debe entenderse en un caso dado por Derecho. Ciertamente es que nuestro sistema chileno es prácticamente único en el mundo, y distinto, por ende, del ordenamiento jurídico administrativo del hermano país: en él se dan, si bien no en todo su esplendor, esos privilegios autotutelares de la Administración, que los contempla expresamente la ley 19.549, ley nacional de procedimientos administrativos (Boletín Oficial, 27-4-1972), (art. 12, inc. 19). Recordábamos al comentar la obra de Gordillo<sup>15</sup> sus lúcidas consideraciones en contra de la admisión de la referida presunción de legalidad, que dadas las condiciones sobre las cuales él escribía (1969) parecía ser más recomendable admitir la presunción contraria... Hoy día, con el texto de la mencionada ley, dicha presunción es indiscutible como efecto propio del acto administrativo, en el régimen argentino ("El acto administrativo goza de presunción de legitimidad", comienza el citado art. 12, inc. 19), si bien como señala acertadamente Cassagne ella no tiene carácter absoluto pues cede ante determinados supuestos.

Respecto a la ejecutoriedad del acto administrativo ya nuestro autor nos había ofrecido un excelente trabajo sobre la materia (1971), como indicábamos más atrás, y que retoma acá en síntesis apretada, confirmando ahora sus tesis con la legislación de 1972, citada. Aunque del

<sup>15</sup>Ver nota I.

texto de la mencionada ley nacional de procedimientos administrativos —que establece en su art. 12, inc. 1º la “fuerza ejecutoria” del acto administrativo— pudiera pensarse en su extensión a todos o la mayor parte de ellos, lo cierto es que el régimen argentino de Derecho limita bastante, afortunadamente, dicha fuerza, pues por la aplicación de los arts. 33 y 19 de la Constitución Nacional resulta que si la ejecución coactiva del acto administrativo recae sobre la persona o sus bienes, ésta debe ser dispuesta por los jueces, es decir por la jurisdicción, salvo que se trate de la protección del dominio público, y de la policía de salubridad y moralidad sobre inmuebles (demolición de edificios ruinosos) o muebles (incautación de estupefacientes, drogas, etc.), de donde se llega a concluir en un privilegio de la Administración no poco aminorado en su campo de acción.

Es curioso observar en cuanto a esta materia de la ejecutoriedad del acto administrativo el que los autores continentales, en su mayoría —con rarísimas excepciones—<sup>16</sup> no se preguntan de dónde viene esto y si se justifica tal privilegio, no estudiando en consecuencia ese riquísimo tema (cierto que tal vez sea más procesal) de la autotutela, es decir no tener que acudir a otra instancia de poder para ejecutar sus propios actos, sino tutelar uno mismo sus derechos, sea declarándolos, sea ejecutándolos, autotutela formidable de la Administración en el régimen francés y en los que siguen su inspiración<sup>17</sup> y que suele traducirse incluso en potestades sancionatorias, y en algo tan absurdo —dada su completa inutilidad— como el agotamiento previo de la vía administrativa —a través de los llamados recursos administrativos— antes de poder acudir al juez para iniciar la impugnación jurisdiccional del acto administrativo que lesiona o agravia a un particular. Autotutela de la Administración que no es sino reminiscencia de la situación de las monarquías absolutas (s. xvii y xviii) donde no había diferenciación mayor entre Administración y Justicia (v. gr., Francia, Prusia) y donde administrar era también administrar justicia (caso típico de los “intendentes reales” franceses), y que la revolución de 1789 no cambiaría en

<sup>16</sup>Salvo el referido Benvenuti, y ahora García de Enterría, de modo magistral y con agudo enfoque.

<sup>17</sup>Como por ejemplo el español, cuya crítica hiciera algunos años atrás Parada Vásquez (*El privilegio de decisión ejecutoria*, en *RAJ*, Nº 55 (1968), 65-112), y que ahora describe García de Enterría lúcidamente (*ob. cit.*, 341-342 y cap. xii, 577-610).

absoluto sino que por el contrario la reafirmaría de modo mucho más brutal con el famoso principio del “juzgar a la administración es también administrar”<sup>18</sup>, lo que daría origen a la imposibilidad de que los jueces se inmiscuyeran en la administración (art. 13, ley de 16-24-8, 1790), y de donde naciera la irracional solución de la administración-juez, esto es juez y parte al mismo tiempo, juez y parte nada menos que en su propia causa, algo que los ingleses rechazan ya desde hacia muchos siglos antes con sus principios de la “natural justice”<sup>19</sup>.

Por último, en este capítulo de los caracteres del acto administrativo analiza Cassagne el principio de su irretroactividad, principio —agregaría yo— que no tiene otro sentido que el salvaguardar la seguridad jurídica de los administrados, en la medida que hayan incorporado derechos a sus patrimonios, lo que no significa ciertamente que no pueda irse en su contra, sino que en tal caso procederá, es obvio, la aplicación de las normas referentes a la expropiación. Echamos de menos en el análisis del autor una explicación más detenida de las causas que hacen posible la retroactividad del acto administrativo en ciertos casos, casos que, en general, se pueden reducir a los actos confirmatorios (en el sentido antes explicado), rectificatorios, interpretatorios, y anulatorios (con la salvedad que indicáramos más atrás), que normalmente se refieren a actos meramente declaratorios (no constitutivos de situaciones jurídicas nuevas) vinculados necesariamente a actos administrativos anteriores, y cuyos efectos *ex tunc* emanan precisamente de su naturaleza no innovativa, si bien —como muy bien señala Giannini—<sup>20</sup> no hay que pensar que ambos términos, efectos puramente declaratorios y efectos retroactivos sean coincidentes<sup>21</sup>; ello ha sido en ge-

<sup>18</sup>Como lo pondría de relieve P. Sandevioir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*. LGDJ. Paris. 1964.

<sup>19</sup>*Nemo iudex in causa sua*; para una descripción somera de los principios que informan la justicia natural según la concepción inglesa véase nuestro trabajo sobre el derecho administrativo inglés en *RAP*. N<sup>o</sup> 70 (1973), nota 19, 128-133.

<sup>20</sup>*Corso di Diritto Amministrativo*, vol 2 (III, 1). Giuffrè. Milano. 1967, 158, tal vez el único que ha calado con agudeza el problema, a nuestro conocimiento.

<sup>21</sup>Cabría agregar también los actos administrativos en aplicación de una ley que estableciera el efecto retroactivo (siempre que no fuera inconstitucional), caso en el cual se encuentran por ejemplo los actos en aplicación de leyes de validación, no siempre infrecuentes.

neral descuidado por la doctrina, y ni siquiera los escasos estudios monográficos sobre el tema<sup>22</sup> explican esto suficientemente.

Por último, se analiza el siempre interesante problema de la *extinción* del acto administrativo (cap. v, 369-410), que viene a poner término al "ciclo vital" de éste, pues precisamente a través de una causal de extinción viene a desaparecer del ordenamiento jurídico ya sea él o sus efectos o ambos a la vez, según los casos. Es bastante usual en esta parte encontrarse con la más variada terminología en los autores, y que sólo sirve para dificultar la comprensión de tan delicada materia. Con bastante acierto Cassagne entiende esta extinción omnicomprensivamente, comprendiendo bajo el rótulo de extinción tanto "aquellas situaciones en que el acto cesa de operar sus efectos por causas normales o anormales sin que se requiera el dictado de un acto específico de extinción, como los supuestos en que la eliminación del acto del mundo jurídico no se produce sino a través de otro acto que trasunte la voluntad de extinguirlo, ya se trate de actos válidos o de actos afectados de invalidez" (373-374). Planteado ello, estudia luego en particular las distintas modalidades o causales de extinción, tal el agotamiento, las causales que dependen de la voluntad del administrado (renuncia, no aceptación), y aquellas dispuestas por la propia Administración (revocación y caducidad). Valga señalar el acierto de entender la revocación como contrapuesta a anulación en cuanto a la sede o vía en que se produce la extinción del acto: así, la primera sería la que opera en sede administrativa, o sea decretada por la propia Administración (sea cual fuere la causal), reservando el término anulación como propio de la extinción ordenada por sentencia judicial (380).

Sentadas estas premisas terminológicas, indispensables para la comprensión del tema, Cassagne estudia el principio de la irrevocabilidad, que ya ha adquirido firmeza en el Derecho argentino pues prácticamente lo afirma además lo más granado de la doctrina<sup>23</sup>, principio que implica la acertada posición en orden a salvaguardar la seguridad jurídica de los administrados, valor que es el pivote central, "la clef de voûte", sobre el que se fundamenta todo este principio de la irrevoca-

<sup>22</sup>Como v. gr., O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*. LGDJ. Paris. 1953; R. Perrone Capano, *La retroattività degli atti amministrativi*. Jovene. Nápoli. 1963 (terza ed.); J. L. de la Vallina Velarde, *La reatrocuidad del acto administrativo*. Enap. Madrid. 1964.

<sup>23</sup>M. S. Marienhoff (*ob. cit.*, 580-581), Gordillo (*ob. cit.*, 143), Díez (Derecho Administrativo, cit. 323-339).

bilidad del acto administrativo, también llamado de la estabilidad, y que debe ciertamente estar equilibrado con las exigencias del bien común, y evidentemente bajo la última palabra del juez, en cuanto tutelar de las garantías personales frente a los requerimientos de las necesidades de la comunidad. Especialmente interesante aparece el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual a partir del famoso caso "Elena Carman de Canton c/Gobierno Nacional", de 1936 (Fallos cit., tomo 175, 367 ss.), sobre revocación de un decreto jubilatorio<sup>24</sup>, ha llegado a estructurar un adecuado régimen de estabilidad del acto administrativo, aunque sólo la aplique dicha suprema jurisdicción a la categoría de los actos reglados, lo cual es obviamente un criterio anticuado ya que el problema de la estabilidad del acto administrativo (o principio de su irrevocabilidad) incide directamente no con el problema de las potestades jurídicas de que está dotado el órgano administrativo —discrecionales o regladas— sino con la creación o no de derechos que hayan adquirido los administrados a través de actos administrativos, idea directriz que ha de mover todo análisis que se haga de esta materia, y que, por desgracia, no siempre se destaca suficientemente. Igualmente de interés es el tratamiento que Cassagne hace del sistema que la nueva ley de procedimientos administrativos ha estructurado, distinguiendo la revocación en cuanto se refiere a actos irregulares (art. 17) y a actos regulares (art. 18), situación esta última en la que en principio no procede.

En resumen, una obra que viene en cierta medida a precisar infinidad de problemas de gran frecuencia práctica, y que la jurisprudencia no siempre ve claro, y a compendiar dentro de una visión personal —no meramente sincrética— el estado de la materia en el Derecho argentino, constituyendo una apretada síntesis de este tema tan fundamental dentro del derecho administrativo, ya que gran parte de la actividad cotidiana de la administración se realiza a través de actos administrativos, y en los que se da ejemplarmente en cada uno de ellos esa dialéctica entre la prerrogativa y la garantía, entre la auto-

<sup>24</sup>Si bien en aquella ocasión partía la Suprema Corte de consideraciones sobre la "cosa juzgada administrativa" —tal vez por influencia alemana, v. gr., Otto Maier— hoy insostenibles; curiosamente, la doctrina argentina no había advertido al parecer el error y la contradicción que implicaba hablar de "cosa juzgada administrativa" en esta materia, y que Cassagne refiere con acierto.

ridad y la libertad, siempre difícil de equilibrar en la constante búsqueda del bien común.

Aun cuando no estemos de acuerdo en más de alguna interpretación o construcción dogmática de mi estimado colega argentino, ello no resta valor en modo alguno a la obra que hemos tenido el agrado de rescñar. En esta materia del acto administrativo, que paradigmáticamente preocupa a los juristas del otro lado de los Andes, suelen producirse desacuerdos no sólo semánticos —cuya preocupación por esclarecer es digna de alabar en Cassagne— sino en especial de posturas frente al derecho administrativo, que es particularmente sensible al equilibrio autoridad-libertad, prerrogativa-garantía, como señalábamos hace un instante, y en último término al bien común, y que por incidir nada menos en algo tan vital, como es el ser mismo de la persona y su dignidad, no puede tener un tratamiento puramente ascéptico, ya que se está con la persona y su dignidad, o se está en contra de ellas, inmolándolas a una estatolatría, siempre colectivista y totalitaria, cuyo ejemplo práctico todavía está muy cercano para nosotros los chilenos que hubimos de sufrirlo día a día en carne propia. Precisamente, y de modo principalísimo, para atenuar ese enorme cúmulo de prerrogativas de poder que la administración heredó casi enteramente del antiguo régimen, a las que se agregara la inmunidad jurisdiccional, es que surgió a partir de la creación misma del Consejo de Estado francés un conjunto de principios de equidad, creados y aplicados por él mismo, que fueron poco a poco haciendo posible la tutela de los derechos del ciudadano, "droits de l'homme et du citoyen" que fue el leit-motiv de todo el movimiento de 1789 y que obviamente no podía ser lanzado por la borda por el cesarismo napoleónico. Tales principios que ensayaban de equilibrar las necesidades de la administración —en orden a asegurar realizando las concretas necesidades del orden público, la defensa, etc.— con los derechos de los ciudadanos —libertades y garantías— fueron los que justamente originaron ese derecho especial, pretoriano y garantizador que se dio en llamar "droit administratif"; y en el ámbito europeo continental la vida y desarrollo de este derecho no es sino la constante lucha por poner cotos a las inmunidades del poder, llámense poderes legislativos delegados, actos de gobierno o poderes discrecionales. Curiosamente, muy distinta debía haber sido la situación en Latinoamérica, en que la Administración la realizaban —dada la lejanía de la metrópoli, ya Toledo o Madrid, y en especial tratándose de Chile— los propios criollos en sus Cabildos en la época de vinculación con la

Corona española, un poco al modo del "local-government" inglés, con un verdadero poder de autonomía si se considera el famoso principio del "se acata (la ley, por venir del rey) pero no se cumple" (por ser inoportuna o inconveniente a los intereses locales)<sup>25</sup>. Roto el vínculo con la Independencia, todo el Estado mismo independiente fue creado por el Derecho, a través de los llamados reglamentos provisorios o bien propiamente de Constituciones (1810 adelante), estructurando entonces tales normas fundamentales tanto el ser como el obrar de la Administración (llamado ejecutivo), es decir bajo lo que más de un siglo después la iuspublicística germana denominaría la "vinculación positiva" (positive Bindung), y que Ballbé expusiera de manera excelente hará dos décadas en su artículo "Derecho Administrativo" para una enciclopedia jurídica<sup>26</sup>.

Ante esta situación histórica —y con todo el influjo del ordenamiento indiano, efectivamente garantizador frente al arbitrio del gobernante, y administradores—<sup>27</sup> que con la Independencia creara una perspectiva de creación constitucional exnihilo (influyendo poderosamente el ejemplo de las colonias norteamericanas), el derecho administrativo debía de haber tenido una impostación latinoamericana típica —mucho más cerca del sistema anglosajón que del francés—, pero la influencia gala (y en esto Argentina fue quien más se dio tal vez a tal rica influencia) que fue poderosísima en especial en los sectores intelectuales, hizo

<sup>25</sup>Recopilación de leyes de Indias, libro II, título I, ley 24; en Novísima Recopilación, libro III, título IV, leyes 2 y 4. Anteriormente, en Partida I, título I, ley 8, y Partida III, título XVIII, ley 29; véase también ley 30 y 31.

<sup>26</sup>Nueva Enciclopedia Jurídica Seix (Barcelona), vol. I, 55-82.

<sup>27</sup>Ver nuestro "La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia" en Revista Chilena de Derecho vol. I (1974), N<sup>o</sup> 3-4, 350 s. Esta idea garantizadora que en las fuentes hispánicas medievales aparece tan a menudo, fue también patrimonio de las fuentes inglesas primitivas: es de interés citar a Bracton, quien en sus *De las leyes y costumbres inglesas* (De Legibus et Consuetudine Angliae. London, 1940-II-33) señala ya, por motivos fundados en la concepción teocéntrica del mundo imperante en el medievo, que el rey está "bajo la ley" y no sobre ella; como imagen y vicario de Cristo que el rey es, debe estar sujeto a la ley ya que el mismo Cristo, siendo Dios, pudiendo elegir tantos modos para realizar la salvación de todos los hombres, no escogió la vía del poder, sino de la justicia, queriendo precisamente "estar sometido a la ley". Si Cristo mismo, entonces, estuvo bajo la ley, con mucha mayor razón lo ha de estar el rey, que es sólo su vicario o imagen dentro del orden temporal.

que se trasplantaran las doctrinas sin advertir que la realidad positiva era muy otra. De allí que las prerrogativas fueran reconocidas a la administración más por la doctrina<sup>28</sup> y por la jurisprudencia que por el legislador. Y en esto la obra de Andrés Bello —formado jurídicamente en Londres— diría yo que salvó a Chile, configurándose en este país un sistema mucho más de acuerdo con sus orígenes autóctonos, judicialistas en definitiva. Es ese retornar a las verdaderas fuentes la que debe ser nuestra tarea, fuentes que no son otras que las hispánicas de los siglos xvi y xvii<sup>29</sup>, que hicieron grande a España y señora del universo y su concepción del Derecho, en que la autoridad es servicio, es ministerio, es entrega al bien común; bien común que no se opone al bien individual<sup>30</sup>, sino que es la armónica integración de intereses sobre bases de justicia, no conmutativa sino legal o social, usando la terminología tomista<sup>31</sup>, y ciertamente para lo cual es indispensable alguien que dirija y gobierne a la comunidad, y en especial concrete ese bien común, pero no como “disponente” del poder sino como su “administrador”, esto es servidor de la comunidad, según las directivas que esa misma comunidad le señala tanto en su Constitución como en sus leyes, precisamente para que alcance en ella su bien común<sup>32</sup>.

Y en esta perspectiva el Derecho Administrativo es un instrumento privilegiado para su consecución, pues al mismo tiempo que da al administrador los mecanismos necesarios para lograr tal fin lo vincula positivamente a él, no sólo en su actividad genéricamente considerada

<sup>28</sup>Que suele ser, por desgracia, más atenta a lo que ocurre fuera de sus países, y no siempre sagaz para con su propio ordenamiento.

<sup>29</sup>Antes de producirse la invasión borbónica que en cierta medida “deshispanizara” a España. Valga recordar al respecto el hermoso libro de ese gran español que fuera don Ramiro de Maetzu, *Defensa de la hispanidad*, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1975.

<sup>30</sup>Lo cual sería absurdo, pues se trata de un bien humano, un bien común humano, y no abstracto.

<sup>31</sup>Véase sobre esto *¿Crisis de la democracia?*, cit., los trabajos de J. C. Soto (Bien Común y Democracia, 117-122), y nuestro, ya citado.

<sup>32</sup>Valga recordar las hermosas palabras de Lord Denning, que pusieramos como epígrafe de un trabajo nuestro (*El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?*, en esta Revista N° 15 (1974), 58), “Está más de acuerdo con la dignidad propia de un soberano que éste se someta al Derecho que sostener que está por encima de él”, en *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, England House of Lords, 7-11-1957, *International Law Reports* 1957, 196.

sino en cada uno de sus actos<sup>33</sup>, para que jamás deje de tener presente que la razón de su existencia y de su tarea misma no es sino el bien común. Es esta posición finalista —que sustentamos— la que debe guiar y dirigir todo el quehacer práctico del Administrador, e intelectual del iusadministrativista en su concreta labor, que no es sólo de jurisperito sino también de jurisprudente, ya que no basta muchas veces la sola ley en esta relación del poder con el ciudadano, siendo más cuestiones de prudencia que de justicia, de moral que de derecho, de humanidad que de erudita sabiduría.

EDUARDO SOTO KLOSS

BRAIBANT, GUY. *Institutions administratives comparées*. Paris, ed. Fondation Nationales des Sciences Politiques (Service de Polycopie), 1972-1973, 3 fascículos, 436.

La desaparición del ilustre profesor Henry Puget cuyas excepcionales *Les institutions administratives étrangères* (París, Dalloz, 1970) resumen y ponen al día sus lecciones durante dos décadas en el Instituto de Estudios Políticos de la Fundación Nacional de Ciencias Políticas de París, ha brindado la oportunidad a otro integrante del Consejo de Estado de Francia, Guy Braibant, *Maître des requêtes* y catedrático de Administración Comparada en la Universidad de París 1, de asumir aquel magisterio en el I.E.P. de París.

Estamos ante un *Curso*, dictado a alumnos que no tienen necesariamente una formación jurídica avanzada y que se preparan en el I.E.P., antesala del concurso de entrada a la Escuela Nacional de Administración (E.N.A.), a la asunción eventual de algunas de las más altas responsabilidades administrativas de Francia. Con este propósito, estas *Institutions* brindan un panorama selectivo pero muy sólido del derecho administrativo comparado, revelando en su ya consagrado autor (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, conjuntamente con Long y Weil, 5ª ed., París, Sirey, 1971) un conocimiento por momentos exhaustivo de la realidad administrativa internacional contemporánea, expuesta con pedagogía ejemplar.

<sup>33</sup>Principio de la tipicidad de los actos administrativos, descuidado totalmente por la doctrina latinoamericana.