

CAPÍTULO V

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

I. <i>Concepto</i>	IADA-V-1
1. Coherencia conceptual entre la noción de <i>fuentes</i> y la noción de <i>derecho administrativo</i>	IADA-V-1
II. <i>La Constitución. Los principios de derecho público</i>	IADA-V-2
2. Las normas constitucionales	IADA-V-2
3. Los principios constitucionales. Diferencia con las simples normas constitucionales.....	IADA-V-2
III. <i>La Ley</i>	IADA-V-4
4. Nexo y límites de la función administrativa y legislativa del Congreso.....	IADA-V-4
5. Leyes constitucionales y simples	IADA-V-4
6. Leyes y tratados.....	IADA-V-4
7. Leyes nacionales y provinciales	IADA-V-5
8. Leyes nacionales de contenido local.....	IADA-V-5
IV. <i>Los reglamentos</i>	IADA-V-5
9. Actos internos y externos de la administración	IADA-V-5
10. Reglamentos internos y externos de la administración. Diferencias	IADA-V-7
11. Clases de reglamentos externos.....	IADA-V-8
1º) Reglamentos de ejecución	IADA-V-8
2º) Reglamentos “delegados” o de integración	IADA-V-8
3º) Reglamentos “autónomos”	IADA-V-8
4º) El criterio francés y austríaco en materia reglamentaria ..	IADA-V-9
V. <i>La jurisprudencia</i>	IADA-V-10

12. Concepto y caracteres de la jurisprudencia.....	IADA-V-10
13. La jurisprudencia y el derecho positivo que aplica	IADA-V-11
14. La jurisprudencia y los principios de derecho público.....	IADA-V-11
VI. <i>La costumbre</i>	IADA-V-12
15. Concepto. Inadmisibilidad como fuente del derecho.....	IADA-V-12
VII. <i>Gradación jerárquica de las fuentes</i>	IADA-V-13
16. Necesidad lógico-jurídica de analizar este problema.....	IADA-V-13
17. Principios generales de gradación	IADA-V-13
18. La gradación <i>Constitución-ley</i> en su aplicación adminis- trativa	IADA-V-13
19. Crítica del criterio imperante	IADA-V-14
20. La gradación <i>acto general - acto individual</i> en el plano administrativo	IADA-V-15
21. La gradación <i>acto individual irrevocable - acto individual</i> <i>posterior</i> , en el plano administrativo (la “cosa juzgada administrativa”)	IADA-V-16
22. Análisis de los requisitos necesarios para que un acto administrativo sea irrevocable y tenga así una gradación diferenciada	IADA-V-17
23. La gradación <i>acto individual irrevocable - reglamento</i>	IADA-V-19

Capítulo V
FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Concepto

1. Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serían 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 la Constitución, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia; fuentes en sentido sustancial 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 científica) que estudia 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 sentido —salvo en el aspecto puramente sustancial⁴— y lo que nosotros estudiaremos

¹ BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 86.

² JELLINEK, WALTER, *op. cit.*, p. 125 y ss.; p. 132 y ss.

³ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 59.

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

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.

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. Los principios de derecho público

2. Del esbozo hecho de las relaciones del derecho administrativo con el derecho constitucional (*supra*, cap. II y cap. IV, n° 9) se desprende que la Constitución es una fuente de extraordinaria importancia en el derecho administrativo; hablamos, claro está, de los países en que la Constitución es imperativa,⁶ 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.

Desde luego, las normas de derecho administrativo o en general de derecho público contenidas en la Constitución son *supremas*, y no pueden ser violadas por ninguna ley, acto administrativo, acto de gobierno, sentencia o hecho; pero la Constitución contiene no sólo normas jurídicas, sino también principios de derecho público.

3. Los *principios* de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es 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 el nombre de *fuentes* a las reglas y principios *imperativos*, llamando *orígenes* a todo lo demás. V. SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, t. I, Córdoba, República Argentina, 1950, 4ª ed., p. 72 y ss.

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

⁶ Lo que reside en que lo que la viola sea declarado antijurídico.

mas 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;⁷ 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 el 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 los 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. Eso 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 un *procedimiento administrativo* del que no se da vista al interesado y oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse.⁸ 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 rectificarla 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.⁹

Son igualmente *principios constitucionales* la igualdad ante la ley, la equidad y proporcionalidad de las cargas públicas, la inviolabilidad de la propiedad, el derecho a no declarar contra sí mismo, el que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudi-

⁷ 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 es opuesto al kelseniano. (*Supra*, cap. II.)

⁸ V. GORDILLO, AGUSTÍN, “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1961, n° 1.

⁹ Esto es de mucha importancia y variada aplicación cuando un juez sobreesee 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 inculpad.

quen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados,” etc.

III. La Ley

4. Vimos ya que la *función legislativa* es la creación de normas jurídicas generales hecha por el Congreso de acuerdo al procedimiento dispuesto en la Constitución; agregamos ahora que la *función administrativa* que realiza el Congreso se limita a los casos expresamente previstos por la Constitución y a lo que concierne a la organización interna de la actividad parlamentaria. Fuera de esos casos y de algunos otros que puedan encontrar una justificación razonable en las circunstancias respectivas, todo acto emanado del Congreso que estatuye para un caso individual, es función administrativa ejercida ilegítimamente; es decir, son *actos de administración inválidos* en cuanto a la *competencia*. (Así por ejemplo cuando una “Comisión Investigadora” pretende aplicar clausuras, decomisos, detenciones, etc.)

5. *Leyes constitucionales y simples*: En algunos países la Constitución no emana de un órgano especialmente convocado al efecto e independiente de los órganos del Estado, sino que está constituida por una ley parlamentaria a la que se exige un porcentaje determinado de votos. En tales casos corresponde distinguir la ley simple (la que entra en vigor cuando es aprobada por simple mayoría) y la ley constitucional (la que requiere una mayoría especial y sólo puede ser derogada por otra ley constitucional); estas leyes constitucionales no siempre tienen la misma validez y efectos que una Constitución impuesta por el pueblo al Estado: No constituyen un orden jurídico autónomo y directamente aplicable.

6. *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 al procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”¹⁰ 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 de éste, legislación interna, ha dado lugar a soluciones diversas,¹¹ según las particularidades que presente la convención e incluso la ley de aprobación.

Demás 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

¹⁰ PTN, *Dictámenes*, 21-VIII-1956, 58: 222.

¹¹ Dictamen citado, y CSJN, *Fallos*, 150: 84, y 186: 258.

país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas internas. (Pero esta solución no ha imperado.)

7. *Leyes nacionales y provinciales*: En las naciones formadas por Estados federados o Provincias, se establece una distinción entre leyes nacionales y provinciales. Las leyes nacionales, en los casos expresamente contemplados por la Constitución, rigen en todo el país, sin que las leyes provinciales puedan contener disposiciones contrarias a las establecidas en las primeras. Pero como “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal” (art. 104 de la Constitución argentina), toda vez que el Congreso nacional se excede en su competencia, las provincias no están obligadas por sus disposiciones.

A su vez, dentro de las leyes nacionales que obligan a todo el país, hay que distinguir las que son de *derecho común* (Código Civil, Código de Comercio, Código Penal, Código de Minería) y las que son de *materia federal* (ciudadanía, servicio militar obligatorio, elecciones nacionales): Las primeras son aplicadas por los tribunales provinciales cuando las cosas o las personas caen bajo sus respectivas jurisdicciones; las segundas son siempre aplicadas por los tribunales federales.

8. *Leyes nacionales de contenido local*: No todas las leyes emanadas del Congreso federal son de aplicación en todo el país. No lo son, particularmente, todas las que se refieren a asuntos de índole puramente local (regulación de la seguridad, higiene, salubridad, moralidad, decoro, tranquilidad, etc.: Ellas se aplican sólo en la Capital Federal y Territorios nacionales; o sujetos a jurisdicción nacional: Puertos, guarniciones militares, etc.); ni las que se refieren a la organización administrativa, régimen de la función pública, de los servicios públicos, de los contratos administrativos, etc. Desde luego, también son de índole local los códigos de procedimientos por los que se regirán los respectivos tribunales.

Cuando la materia legislada escapa por su naturaleza a la potestad exclusiva de una provincia (comercio, tránsito, navegación, etc., interprovincial), entonces corresponde que la misma sea reglada por ley nacional, pero sólo en lo que hace específicamente a la materia que ha suscitado tal aplicación de la ley nacional.

IV. Los reglamentos

9. Los actos de la administración se dividen en internos y externos según que establezcan o no una relación jurídica con el particular. El acto interno sería la orden o instrucción que el Estado da a sus órganos para el desempeño de sus funciones; el acto externo, a primera vista, sería pues una relación entre terceros en la que el particular es contemplado a título de objeto.

La distinción es similar a la que podría hacerse entre la relación de un particular con una sociedad cualquiera: El acto por el cual la empresa le vende algo

al particular es un acto externo; el acto por el cual la empresa ordena a sus empleados que preparen, empaqueten y entreguen la mercadería al comprador es un acto interno.

Si ello fuera estrictamente así en el derecho administrativo, ninguna razón habría para destacar la distinción; pero como el funcionario público ejerce un poder sobre el particular, dando cumplimiento a órdenes e instrucciones internas, corresponde analizar qué efectos jurídicos puede tener esa orden o instrucción en relación con el particular.

La doctrina sostiene generalmente que de tales actos internos no surgen derechos para los administrados; que ellos pueden juzgar la juridicidad de la actuación administrativa sólo a la luz de la legislación vigente (constitución, leyes, actos externos de la administración), y que no pueden exigir el regular cumplimiento de una orden o instrucción interna, ni hacer responsable al funcionario que las ejecute irregularmente. (Se sostiene que la responsabilidad del funcionario existe en ese caso sólo frente a la administración, y que es únicamente ésta en consecuencia la que puede hacerlo responsable por el irregular cumplimiento de la orden o instrucción.)

Nosotros en cambio hemos sostenido lo contrario,¹² por aplicación del artículo 1112 del Código Civil. Esta norma dispone: “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 comprendidos en las disposiciones de este título;” es decir, el “cumplir de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas” es causa generadora de responsabilidad.¹³

Ahora bien, el obedecer toda orden emanada de un superior jerárquico con competencia para darla, es también una obligación legal impuesta a los agentes del Estado;¹⁴ luego, y por aplicación del art. 1112, forma parte del “regular cumplimiento de las obligaciones legales” *que los mismos deben a los particulares*.

El artículo 1112, en consecuencia, transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano (regular cumplimiento de las órdenes y circulares internas), en una relación jurídica *entre el órgano y el particular*. (Por cuanto el deber que en principio sólo existía frente al Estado existe ahora también frente a los administrados.) Y como esas obligaciones le están impuestas al funcionario con relación al ejercicio de sus funciones, esto es, *en cuanto órgano del Estado*, el particular tiene *también frente al Estado* el derecho a que

¹² Lo sostuvimos primero en nuestro ya citado artículo “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.; lo reiteramos en “Derecho subjetivo y derecho reflejo (o «*interés legítimo*»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 1960-III, p. 177 y ss., p. 198 y ss.

¹³ Para una exposición más detallada, v. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 90 y ss.

¹⁴ Estatuto del Personal Civil de la administración Nacional, (decreto-ley 6.666/57, B.O., 13-II-59, ratificado por ley 14.467), art. 6, inc. d.

se cumplan tales disposiciones. (Además de su derecho frente al funcionario, al cual puede responsabilizar por la irregular ejecución de las mismas.)

10. Un reglamento, que es *un acto unilateral de la administración que contiene normas jurídicas generales*, también puede ser interno o externo, según que tenga por finalidad dar instrucciones a los agentes administrativos acerca de cómo deben ejercer su función, o se dirija directamente a los administrados creándoles derechos e imponiéndoles obligaciones.

La distinción es imprecisa, pues ya vemos que de un reglamento interno surgen también derechos para los administrados,¹⁵ pero hay varios principios diferentes que hacen necesaria la distinción.

1º) La facultad de dictar un reglamento interno está implícita en la facultad constitucional que tiene el Poder Ejecutivo de regir la administración. El ejercicio de la función administrativa, en efecto, no puede ser guiado únicamente por órdenes individuales a los agentes estatales: Es necesario que se den a los agentes administrativos los lineamientos generales a los cuales deben sujetar su actividad. Otra cosa sucede con los reglamentos externos. Vimos que es esencial al principio de la separación de los poderes y a la existencia de la libertad, que la creación de normas generales de derecho sólo fuera hecha por los representantes del pueblo en el órgano especialmente creado al efecto; como principio general, pues, debe negarse la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte tales normas. (Ampliar *infra*, n° 11.)

2º) A un reglamento externo es necesario que se le dé suficiente publicidad (publicación en el Boletín Oficial, generalmente); a los reglamentos internos no es necesario publicarlos.¹⁶

3º) *Los reglamentos internos no obligan sino a los agentes administrativos.*¹⁷

4º) Según acabamos de ver, mientras que el reglamento externo está destinado directamente a crear o modificar disposiciones jurídicas referentes a los administrados, el reglamento interno, destinado a los órganos administrativos, llega sólo indirectamente a conferir derechos subjetivos o reflejos a los particulares.

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

¹⁵ Y porque para el funcionario a quien el reglamento alcanza, se trata en verdad de una norma jurídica que crea *directamente* derechos y obligaciones a su cargo: para él se trata en realidad de un reglamento externo.

¹⁶ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 72.

¹⁷ ANTONIOLLI, *op. loc. cit.*

legislativa y jurisdiccional, respectivamente. Por ello el reglamento es siempre una fuente específica de derecho administrativo.¹⁸

11. Por aplicación del principio constitucionalmente aceptado de la separación de los poderes, el Poder Ejecutivo no puede dictar normas jurídicas generales. (Es decir, no puede ejercer la función legislativa.)

1º) Sin embargo, las constituciones o la jurisprudencia de los países suelen establecer una primera excepción, autorizando al Poder Ejecutivo a expedir los reglamentos que sean necesarios para poner en ejecución las leyes. (En nuestro país, es el art. 86, inc. 2º: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesario para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.”) Son los llamados “reglamentos de ejecución” o “subordinados.” En esta primera excepción el reglamento sólo es válido cuando se limita a poner en ejecución la ley; cuando crea normas no previstas por la ley, o cuando la interpreta de alguna manera posible, asume en un caso función legislativa y en otro función jurisdiccional, siendo en consecuencia inconstitucional.

2º) Una segunda excepción, más aparente que real, es la de los impropiaamente llamados “reglamentos delegados,” los que surgirían cuando una norma legislativa autoriza al administrador a reglamentar algo. Decimos más aparente que real, pues hay acuerdo en que el legislador *no puede hacer pasar el ejercicio* de una parte *de la función* que le es propia a otro poder; sólo puede autorizar al administrador a crear reglamentos que contribuyan a integrar las disposiciones legales o a determinar alguna situación de hecho. Así, una ley de accidentes de trabajo puede delegar al Poder Ejecutivo la determinación de cuáles son “enfermedades profesionales” a los efectos de la ley (la 9.688, en nuestro país); el principio jurídico, de que las enfermedades profesionales sean consideradas accidentes de trabajo, ya está en la ley: El reglamento no crea en este caso una norma jurídica, sino que viene a complementar la ya existente en la ley. Así también, una ley para la exención de materias primas importadas puede delegar la especificación de cuáles productos se comprenden en ella. (Uruguay.)

Estos reglamentos están subordinados a la ley que los autoriza; no contienen nuevos derechos ni deberes; a diferencia de los de ejecución, no se limitan a poner en movimiento la norma, sino que la integran, dándole un sentido más específico. Por ello consideramos más adecuado designarlos como “reglamentos de integración” en lugar de “delegados,” pues esto último es un absurdo constitucional.

3º) De la misma forma que el Poder Ejecutivo puede expedir reglamentos internos como parte de su función de dirigir la administración, pareciera resultar que también puede reglamentar la forma en que sus órganos se comportarán

¹⁸ En contra, VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.* p. 265.

frente a los administrados, haya o no ley que lo autorice. Dados a publicidad, surgen con ello los “reglamentos autónomos.”

Se advierte fácilmente que al reglamentar cómo deberán actuar los órganos administrativos frente a las particulares (y al hacerlo oponible a los particulares mediante la pertinente publicación), se reglamentan los derechos y deberes de éstos frente a la administración: Es en ese aspecto que un reglamento que aparentemente surge como interno puede en realidad ser externo.

Hemos visto ya que el Poder Legislativo no puede delegar la función legislativa en la administración; sería absurdo, en consecuencia, que ésta tuviera “autónomamente” esa facultad; ello no significa que el Poder Ejecutivo no pueda dictar un tal reglamento, sino que debe dictarlo estrictamente como reglamento interno, de forma tal que éste no obligue a los particulares y sí sólo a los agentes administrativos.

Sin embargo, podría sostenerse que el reglamento autónomo se justifica jurídicamente en tanto y en cuanto su proyección *externa* hacia los administrados deriva de una regulación *interna* sobre materias en que el Poder Ejecutivo tiene facultades propias conferidas a él por el orden jurídico. (Así el mantenimiento de la tranquilidad, seguridad, higiene, públicas.) Por ejemplo, si es atribución de la administración conservar el orden público material, ésta podría reglamentar el comportamiento de sus agentes ante las reuniones en la vía pública que puedan afectar ese orden; con ello se reglamentaría en verdad el derecho de los administrados a celebrar reuniones públicas. Desde luego, el “reglamento autónomo” sería de cualquier manera inconstitucional si afectara sustancialmente el derecho subjetivo público respectivo (en el caso, el derecho de reunión) o si interpretara irrazonablemente los derechos constitucionales, o si no estuviera estrictamente referido al ejercicio *necesario* de una actividad administrativa; o si una ley hubiera ya regulado la cuestión. (Pues en ese caso el margen no contemplado o limitado por la ley entra en el ámbito de la libertad.)

La admisión de tales reglamentos en la forma indicada, además de contrariar el espíritu de la división de los poderes y la interpretación a *contrario sensu* que brinda el artículo 86, inciso 2º, de la Constitución, presenta también la grave inconveniencia de dar lugar a muchos excesos. Por ello creemos preferible la primera postura; y aun en caso de adoptarse la segunda (que a su vez presenta la ventaja de agilizar la labor administrativa) debe aplicársela siempre con criterio restrictivo.

4º) 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: I) Los autónomos (o más propiamente, legislativos), y II) los subordinados.

Los primeros surgen directamente de la Constitución, sin que una ley pueda determinar su contenido ni legislar sobre el punto: Tienen así categoría de ley;¹⁹ 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 artículo 18, apartado 2, prohíbe expresamente los reglamentos autónomos y delegados.²⁰

V. La jurisprudencia

12. 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; pero la jurisprudencia no es la suma ni la repetición de esas normas individuales,²¹ sino tan sólo *del sentido que esa norma individual ha dado a 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 lo 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 la 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.²²

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

¹⁹ WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 6 y ss., de la “addenda;” ver el texto de la Constitución en *Lecciones y Ensayos*, n° 10/11, Buenos Aires, 1959, p. 71 y ss., p. 82 y ss.

²⁰ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 76 y ss.

²¹ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 342.

²² A la inversa sucede, según es sabido, en el derecho anglonorteamericano.

caso apoyo jurídico en la voluntad del juez, puede mencionarse a la jurisprudencia como fuente de derecho.

13. 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.

Cuando prescinde de toda norma se dice en la Argentina que la sentencia es *arbitraria* y con ello inconstitucional;²³ 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.

14. 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 prevenían 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; el recurso 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

²³ Ver CARRIÓ, GENARO R., “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.

los tribunales en cuanto a su finalidad dentro de lo que marquen los *principios* constitucionales.²⁴

VI. La costumbre

15. 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. Pero la costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo *a menos que una ley expresamente la 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 naturaleza 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 la autorice o reconozca como tal.

La costumbre no es pues fuente de derecho administrativo²⁵ y la administración no puede en consecuencia crearse obligaciones, ni 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.

No hay que confundir tampoco 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.²⁶

²⁴ *Supra*, p. 53; GORDILLO, A., “La desviación de poder en el derecho argentino,” en *Revista de Administración Pública*, nº 2, p. 93.

²⁵ Nos apartamos así de la opinión de BIELSA, *op. cit.*, p. 89 y ss., y VILLEGAS BASAVILBASO, *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 al efecto KELSEN, *op. cit.*, p. 163 y ss., p. 172 y ss.

²⁶ Esto contra FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 207 y ss., quien habla de “costumbre” para referirse al *jus receptum* jurisprudencial.

VII. Gradación jerárquica de las fuentes

16. En relación al administrado todas las fuentes del derecho administrativo se le aplican con la misma imperatividad; pero la unidad del orden jurídico exige que una misma situación no se encuentre reglada por normas *contradictorias* de *igual* carácter imperativo: Alguna debe ceder.²⁷ De allí que tanto el administrador que ha de dictar una norma individual frente al particular como el juez que ha de decidir sobre la juridicidad de esa norma individual, deben analizar la gradación jerárquica de las normas.

Hay en primer lugar una gradación en el tiempo: La ley más nueva deroga a la *anterior*; la norma nueva de carácter *general* no deroga salvo mención expresa a la norma anterior de carácter especial.²⁸

Hay además una gradación en el espacio, de la que nos ocupamos en ocasión de tratar la ley. (*Supra*, n° 7 y 8.)

17. En cuanto a la gradación jerárquica propiamente dicha, consiste en su faz más simple en que las normas constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica, y en que el resto de las normas estatales están graduadas entre sí: La ley prevalece sobre el reglamento, el reglamento prevalece sobre el acto individual de la administración, el acto individual anterior prevalece en ciertos casos sobre el acto individual posterior.

En cada caso, si la grada superior que debería prevalecer sobre la inferior es a su vez contraria a una grada superior, no prevalece sobre la inferior si ésta concuerda con aquélla: Si el reglamento es contrario a la ley, no prevalece sobre el acto administrativo que concuerda con la ley.

18. 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, 31, 86, inc. 2°, 94, 95, 100 y correlativos.)

“2°) Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes (C. N., arts. 1, 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

²⁷ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 81.

²⁸ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 82.

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:

“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.)”²⁹

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 alguna de las tres actitudes indicadas.

19. Disentimos con ese criterio. Ya hemos indicado que, como solución de principio, la Constitución no integra la gradación jerárquica estatal de las normas (*supra*, cap. II, n° 10); es obvio, además, que el acto que contraviene una norma de grada superior pero está a su vez de acuerdo con una tercera grada normativa superior a ambas, no es antijurídico. Ningún juez puede declarar jurídico un acto administrativo que obedece a la ley pero contraviene una norma constitucional; e inversamente, no puede declarar antijurídico un acto administrativo que contraviene la ley pero concuerda con las disposiciones constitucionales.

Y lo que aplica el juez también debe aplicarlo el administrador: El orden jurídico es igual para todos, y todos los órganos estatales están obligados a ajustarse a él en sus decisiones. Lo ideal sería, es cierto, que el Poder Ejecutivo pudiera presentarse ante el Poder Judicial pidiendo se declare la inconstitucionalidad de una ley: Pero como en nuestro país los tribunales no se pronuncian en abstracto sobre la constitucionalidad de las leyes, el medio por el cual esa declaración podría efectuarse es algo absurdo: El Poder Ejecutivo, en efecto, debería dictar un acto en concordancia con la ley inconstitucional, y presentarse entonces a los tribunales a pedir que declaren que su acto es inconstitucional porque la ley también lo es.

Más lógico es, en cambio, que el Poder Ejecutivo, confrontado con la inconstitucionalidad de una ley que debe ejecutar, dicte un acto conforme a las normas constitucionales; pero como ello a su vez comporta el peligro de que el Poder Ejecutivo, con la excusa de que a su criterio la ley es inconstitucional, no cumpla tampoco las leyes verdaderamente constitucionales, debe adoptarse una solución

²⁹ PTN, *Dictámenes*, 72: 137 y ss. (5-II-60), 67: 189 (22-XII-58), 64: 100 (19-II-58.)

equidistante. En consecuencia, el Poder Ejecutivo puede y debe apartarse de la legislación sólo cuando la inconstitucionalidad de la misma está razonablemente demostrada.

20. 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*,³⁰ ello encuentra aplicación bajo una triple forma:

1º) La decisión individual debe ser conforme al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente superior;

2º) la decisión individual de un órgano no puede contravenir al 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 situaciones surgidas bajo una determinada regulación deben en principio ser solucionadas de acuerdo a la misma;

3º) La decisión individual no puede contravenir al reglamento *dictado por un órgano jerárquicamente inferior* en los límites de su competencia.³¹ 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 mismo³² —siempre que la decisión 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.

³⁰ LAUBADERE, ANDRÉ DE, *op. cit.*, p. 203.

³¹ LAUBADERE, *op. cit.*, p. 203; BONNARD, ROGER, nota en *Sirey*, 1932 3, 1.

³² 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.

21. Dado el mero carácter introductorio de este trabajo, no hemos creído oportuno considerar al acto administrativo;³³ pero para completar el cuadro de la gradación jerárquica de las normas haremos referencia a la gradación que puede existir entre dos actos individuales en el derecho público argentino.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado³⁴ que los actos administrativos que reúnen determinadas condiciones, son irrevisibles por parte de la administración aun cuando adolecieren de un vicio de ilegitimidad: En tales situaciones la administración está obligada a presentarse a los tribunales competentes a pedir la anulación del acto si desea que dicha ilegitimidad sea declarada.³⁵

Si, en violación a este principio de la irrevocabilidad de algunos de sus actos, la administración revoca un acto suyo que no estaba facultada para revocar, se admite que pueda ella misma dejar sin efecto a este último, pues en ese caso no hace sino restablecer la normalidad jurídica dentro de su ámbito de competencia.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha creado este principio en forma algo imprecisa, ha dado lugar a algunas discusiones doctrinarias acerca de cuáles son las condiciones que ella ha entendido establecer para que los actos administrativos sean irrevisibles por voluntad exclusiva de la administración. El problema de la interpretación de la jurisprudencia es desde luego importante; pero dado que la administración aplica frecuentemente y con alguna satisfactoria efectividad ese principio jurisprudencial, revocando invariablemente los actos que hubieran a su vez revocado uno anterior en violación del citado principio, creemos que será aquí suficiente con divulgar el criterio seguido por la administración; dicho de otra forma, la interpretación que de la jurisprudencia de la Corte Suprema aplica la administración para atender los reclamos de los administrados.

En tal aspecto, se ha seguido principalmente a BOSCH³⁶ y a LINARES,³⁷ sosteniéndose que “las decisiones administrativas unilaterales que reconocen derechos subjetivos, adquieren la autoridad de la cosa juzgada cuando reúnen las siguientes condiciones: a) Causar estado, vale decir, ser irrecurribles administrativamente; b) ser emitidas por la administración en ejercicio de sus facultades regladas; c) ser regulares, o sea, reunir las condiciones esenciales de validez (forma y competencia); d) ausencia de autorización expresa de una norma legal para modificar el acto.”³⁸

³³ Al que definimos como “declaración unilateral realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.”

³⁴ Desde el *leading case* en CSJN, *Carman de Cantón, Elena, c./la Nación, s. pensión*, 14-VIII-1936, *Fallos*, 175: 368 y ss.

³⁵ Ello, como principio general.

³⁶ BOSCH, JORGE TRISTÁN, *La extinción de los actos administrativos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia*, Buenos Aires, 1944, p. 33 y ss.

³⁷ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa Juzgada Administrativa*, Buenos Aires, 1946, p. 17 y ss.

³⁸ PTN, *Dictámenes*, 42: 176 (23-V-52); criterio invariablemente seguido hasta el presente: 75: 302, 306 vta. (21-XI-60.)

Como se advierte, las condiciones requeridas son en realidad seis: *a)* Que se trate de un acto unilateral, *b)* que reconozca derechos subjetivos; *c)* que cause estado; *d)* que haya sido dictado en ejercicio de facultades regladas, *e)* que sea regular, que “reúna las condiciones esenciales de validez (forma y competencia),” *f)* que no haya autorización expresa de una norma legal para modificar el acto. Además, como se adopta aquí el concepto de que “acto administrativo” es el acto individual de la administración (por oposición a los actos generales, es decir los reglamentos), corresponde agregar también el requisito de que se trate de un acto individual;³⁹ con lo que las condiciones necesarias para que un acto sea irrevocable en sede administrativa son en definitiva siete: Unilateralidad, individualidad, reconocimiento de derechos subjetivos, que cause estado, ejercicio de facultades regladas, que sea regular, que no haya una ley que autorice la revocación.

22. *Unilateralidad*: Ello significa que se excluyen los contratos. (En cuanto a su celebración, no a su ejecución.)

Individualidad: O sea que se excluyen también los reglamentos; Que *reconozca derechos subjetivos*: SARRÍA, a quien siguió la Suprema Corte de Justicia al establecer este requisito, dice con más precisión que el acto es irrevocable “cuando declara un derecho subjetivo.”⁴⁰ No se trata, en efecto, de que *exista* verdaderamente un derecho subjetivo que el acto viene a reconocer, sino simplemente de que el acto haya declarado que un tal derecho existía.

Por ello, aunque se compruebe fehacientemente que el administrado no tenía derecho a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable; como se advierte, el valor fundamental que tiene en cuenta este principio es el de la *seguridad jurídica*.

Que cause estado: Se comprenden aquí tanto los actos definitivos (es decir, los que no son susceptibles de ser objeto de recursos jerárquicos: Decretos del Poder Ejecutivo; resoluciones de Ministerios u otras dependencias centralizadas o descentralizadas cuando ha habido una delegación de facultades y una declaración expresa de que las decisiones respectivas eran irrecurribles jerárquicamente) como los actos “firmes.” (Es decir, los que habiendo sido dictados por un órgano inferior, han sido consentidos por el particular.)⁴¹ Se ha sostenido sin embargo que “los plazos para interponer recursos que la ley concede al particular no rigen a favor del poder administrador para permitirle revocar. De modo que el acto que confiere derechos puede revocarse hasta el instante de la notificación, pero no después.”⁴²

³⁹ Conf. DIEZ, MANUEL MARÍA, *El Acto Administrativo*, op. cit., p. 283.

⁴⁰ SARRÍA, FÉLIX, *Estudios de Derecho Administrativo*, Córdoba, 1934, pp. 73-76.

⁴¹ LINARES, op. cit., p. 24: “Siendo firmes, causan también cosa juzgada pues son asimilables a los que propiamente causan estado.” Cabe agregar que a pesar de haber el particular consentido el acto, puede revocarse el mismo si con ello se *beneficia* al mismo: Corte Suprema de Justicia, caso *Redrado* (1954), en *JA*, 1954-II, p. 417.

⁴² BIDART CAMPOS, “Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional,” en *JA*, 1960-II, p. 627 y ss., p. 631.

Dictado en ejercicio de facultades regladas: Al respecto cabe adelantar 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.⁴³

Si bien en doctrina, por un entendimiento tradicional de fines pedagógicos, sólo se menciona, al hablar de la actividad reglada de la administración, a aquellas regulaciones que resultan de normas que contemplan específicamente la actividad administrativa, no cabe duda de que también otras normas establecen tales regulaciones para la actividad administrativa: Son regulaciones inversas, que derivan de todo tipo de normas (contractuales, de derecho civil, laboral, etc.), y que también tienen por efecto predeterminar una conducta concreta que debe realizar el administrador.⁴⁴

Por ello, para analizar si la actividad administrativa era reglada o discrecional, a los fines de la irrevocabilidad de sus actos, es necesario averiguar si había normas jurídicas —cualquiera fuere su procedencia o ubicación— que establecieran un marco concreto, un criterio determinado, al cual debía ajustarse el administrador. No debe tampoco perderse de vista, además, que nunca la actividad administrativa es enteramente discrecional o enteramente reglada: “Ella dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales,”⁴⁵ y que por lo tanto y en atención al principio de la seguridad jurídica habrá de considerarse, en la duda, que la actividad de que se trata es reglada y no discrecional. (Por lo que a la irrevocabilidad de los actos se refiere.)

Que sea regular: Se trata de que el acto reúna las condiciones esenciales de validez (forma y competencia); es decir, que carezca de una “grosera irregularidad.” Son “regulares,” por lo tanto, los actos que contienen un error de hecho, y también los que contienen un error de derecho. Con referencia a los errores de derecho, se ha dicho que son los “errores leves, justificables por la naturaleza del problema planteado,” los que pertenecen a igual categoría que los errores de hecho y no vuelven irregular el acto que los contiene.⁴⁶

Queda por recordar la última condición, la que se explica por sí misma: Que haya ausencia de autorización expresa de una norma legal para modificar el acto.

⁴³ LABAUDÈRE, *op. cit.*, p. 216 y ss.

⁴⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, “Derecho subjetivo y derecho reflejo (o «interés legítimo»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960-III, p. 189.

⁴⁵ WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 414.

⁴⁶ PTN, *Dictámenes*, 42: 176, 179, donde se siguió a LINARES, *op. cit.*, pp. 25-30, y a MARIENHOFF, *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1947, pp. 53-64.

23. Un acto que reúna tales condiciones, no puede ser dejado sin efecto por un acto individual de la administración, pero tampoco por un reglamento; el reglamento que dispusiera lo contrario sería inoperante por lo que a la vigencia de tal acto se refiere.