

## *Prólogo*

En esta Introducción hemos querido presentar, más que una cartilla de nociones elementales, un instrumento de análisis para la materia: Hemos buscado exponer no solamente algunos prolegómenos, sino también penetrar directamente en el pensamiento interno de esta disciplina.

Dada la obvia característica de ser el derecho administrativo una rama del derecho todavía en elaboración —lo que hace que sus caracteres no siempre resulten muy netos— creemos casi necesario que una obra de introducción al mismo no se limite, como decimos, a expresar algunos principios, sino que intente transmitir una vivencia de las vicisitudes porque atraviesa, y ubicar al lector en el centro mismo de la materia a fin de que pueda comprender en una mejor perspectiva su contenido.

Por ello hemos tratado de no presentar los temas en forma estática, y en lugar de partir de definiciones hemos buscado llegar hacia ellas, tratando de hacer un argumentar continuado que lleve a quien ésto lea al razonamiento y a la crítica, tanto de las ideas ajenas como de las nuestras. Lo hacemos en la creencia de que esa es la mejor forma de que el propio lector, sin necesidad de especial esfuerzo o interés de su parte, sienta al problema en su vida y tensión dinámica y se vaya considerando como un actor más en el análisis, antes que como mero espectador. Si esto es logrado, el resultado será una compenetración más profunda en los primeros conceptos del derecho administrativo que la que puede ofrecer una mera exposición de tipo informativo.

Esas finalidades determinan en una buena medida la naturaleza y contenido de este trabajo; así por ejemplo la fuerza o audacia con que presentamos algunas afirmaciones no responde a ímpetu ni menos aún a descomedimiento —nada más lejos de nuestro ánimo— sino que constituye una incitación a la reacción del lector e incluso a su discrepancia razonada; así también incluimos teorías en las que desde ya conocemos y reconocemos el margen de error (en particular, “función administrativa”); y por lo mismo, nos abstenemos en algunos puntos de hacer un tratamiento enciclopédico, que si bien podría agregar conocimientos, quitaría la

nitidez al razonamiento del planteo principal. Con todo ello queremos lograr la identificación del lector con lo esencial del problema, transmitirle las dificultades y las salidas que pueden existir, y dejarle un substratum de inquietud intelectual acerca de las posibles soluciones a aportar.

Por idénticas razones, los temas aquí considerados han sido elegidos en función de la continuidad e importancia conceptual del asunto, antes que de la homogeneidad o interés aparente que pudieran o no tener.

La problemática de la *persona jurídica* constituye el primer capítulo de esta obra, y luego de establecer el nexo lógico-jurídico entre este concepto y la idea de Estado, los ubicamos en el derecho positivo: *El Estado en la Constitución* es pues materia de estudio del capítulo segundo. De allí obtenemos las premisas a nuestro juicio fundamentales para todo el derecho administrativo: La sujeción del Estado al orden constitucional, y la existencia de derechos subjetivos de los habitantes frente a él.

Sentados así los presupuestos más profundos de la estructuración del derecho administrativo, analizamos en el capítulo tercero el principal problema de índole conceptual en esta materia: La noción de *función administrativa*. Este concepto, que prácticamente decide el alcance y contenido del derecho administrativo, presenta a nuestro criterio difíciles escollos. No creemos haber arribado a una noción de absoluta corrección científica, por las razones que el mismo lector irá descubriendo a lo largo de la exposición, pero a pesar de todo entendemos que su tratamiento es indispensable para que él comprenda las dificultades a que se ve abocado el derecho administrativo para poder erigirse en ciencia elaborada.

Una vez considerado el concepto de función administrativa, damos en el capítulo cuarto la noción de *Derecho Administrativo*, prescindiendo, dada la índole del presente trabajo, de las discrepancias existentes acerca de alguno de sus elementos, y queriendo en cambio establecer la distinción entre el derecho positivo y la ciencia que lo estudia: En esa distinción eslabonamos luego el concepto y desarrollo de las *fuentes del derecho administrativo*, que es materia del capítulo quinto.

Al hacer el análisis de las fuentes, volvemos a insistir en una idea central de esta obra: La importancia concreta de las disposiciones constitucionales, y la forma en que deben ser interpretadas y aplicadas. Analizamos luego someramente la ley, el reglamento, la jurisprudencia. Al tratar al reglamento, dejamos expuestas algunas discrepancias de principio a las facultades del Poder Ejecutivo para dictar cierto tipo de ellos, y en tales discrepancias nos abstenemos, siempre por la misma razón, de insistir en lo que ya hemos dicho en otro lugar acerca del pretendido poder de policía.<sup>1</sup>

Pero el análisis de las fuentes del derecho administrativo quedaría como puro problema académico si terminara con la enumeración analítica de cada una de

<sup>1</sup>“La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 227 y ss.

ellas. Para quitarle ese carácter estático, y restituirlo a la dialéctica del lector, hemos incluido un tema virgen entre nosotros, aunque clásico en la doctrina alemana: El problema de la *gradación jerárquica de las fuentes*; o sea, la interrelación y prevalencia que existen entre las distintas fuentes del derecho administrativo, cuestión ésta a la que asignamos decisiva importancia.

Concluida con ello la exposición de las distintas normas jurídicas del derecho administrativo y su confrontación mutua, cabía analizar los principios generales bajo los cuales tales normas reciben su aplicación en esta disciplina: En el capítulo sexto, pues, tratamos el concepto de *facultades regladas y discrecionales* de la administración, en el que hacemos otra aproximación en el intento de lograr una mayor protección de los derechos individuales.

Con todos estos elementos llegamos finalmente al problema más arduo del derecho administrativo: El concepto de *derecho subjetivo e interés legítimo*. Aquí, al igual que en el primer capítulo, hemos variado la tónica —pero no la intención— de nuestra obra: En un tema tan trillado y tan oscuro hemos buscado llevar al lector, a la inversa del grueso de las páginas anteriores, no una dinámica sino un cierto rigor dogmático; y hemos dado reglas concretas para determinar en los hechos si estamos en presencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Esas reglas las damos, no con una pretensión de matematicidad, sino como un intento de ordenar y guiar en alguna medida los pensamientos del lector; y es en contraposición a este patrón rígido que aquél encontrará la ubicación de sus propias ideas.

En este tema, que cierra el trabajo, retomamos por última vez la idea primera: Los derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado.

En conclusión, esta obra no es una síntesis del derecho administrativo, sino que pretende ser una penetración directa en el pensamiento de esta ciencia; un intento de indicar las articulaciones fundamentales del derecho administrativo, y acercarse al cómo y por qué de su movimiento. Está inspirada en el deseo de llevar al lector al centro mismo de cada problema y a la base de la materia a fin de que, si acaso, concluya su lectura con una dimensión personal y una ubicación propia en las dificultades y controversias que la animan.

24 de mayo de 1961.

A. G.



### Bibliografía

- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos Póstumos*, Buenos Aires, 1899.
- ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1955, 3ª ed.
- *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milán, 1953.
- ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954.
- BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed.
- BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed.
- BIDART CAMPOS, G., "Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional," en *JA*, 1960-II, p. 627 y ss.
- BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1955, 5ª ed.
- *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1959, 3ª ed.
- *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 1950.
- BOSCH, JORGE T., *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944.
- *La extinción de los actos administrativos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia*, Buenos Aires, 1944.
- CARRIÓ, GENARO R., "Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa," en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.
- DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955.
- D'ALESSIO, E., *Istituzione di diritto Amministrativo*, Turín, 1949, 4ª ed.
- DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956; Buenos Aires, 1961, 2ª ed.
- DU PASQUIER, CLAUDE, *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, Lima, 1950.
- FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid, 1921.
- FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1948.

—“Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional,” en *LL*, 101: 1027 y ss., Buenos Aires, 1961.

FLEINER, FRITZ, *Instituciones de derecho Administrativo*, Madrid, 1933.

FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Munich y Berlín, 1958, 7ª ed. Hay traducción castellana de la quinta edición: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958.

GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952.

GORDILLO, A., “Estructuración dogmática del Estado de Derecho,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 17, Buenos Aires, 1960, p. 97 y ss.

—“Derecho subjetivo y derecho reflejo (o «interés legítimo»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960-III, p. 177 y ss.

—“La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1961, n° 1, p. 45 y ss.

—“La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1960, p. 227 y ss.

—“La desviación de poder en el derecho argentino,” en *Revista de Administración Pública*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 93 y ss.

—“La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.

HAURIUO, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1933, 12ª ed.

HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949.

HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1953-54, 2ª ed.

IHERING, RUDOLF VON, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, 1946.

JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed; reimpresión Offenburg, 1948.

KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960.

—*Teoría del Derecho y del Estado*, México, 1958.

LAUBADÈRE, ANDRE DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed.

LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958.

—*Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, 1946.

MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed.

MERKEL, ADOLFO, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 1924, 5ª ed.

MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, traducción de *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena y Berlín, 1927.

MICHOD, LÉON, *Théorie de la Personnalité Morale*, París, 1924.

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1947.

PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949.

ROGUIN, *La règle du droit*, Lausanne, 1889.

- SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903.
- SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, Córdoba, 1950, 4ª ed.
- Estudios de Derecho Administrativo*, Córdoba, 1934.
- Teoría del recurso Contencioso-Administrativo*, Córdoba, 1943, 3ª ed.
- TUREGG, KURT EGON VON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed.
- VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949-56.
- STEIN, LORENZ VON, *La scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897.
- WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed.
- WOLF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Múnich y Berlín, 1959, 3ª ed.
- ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milán, 1958, 8ª ed.