

CAPÍTULO V
PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, EXIGIBILIDAD
Y EJECUTORIEDAD

SUMARIO

I. <i>Introducción</i>	V-1
1. Caracteres y nulidades del acto administrativo	V-1
1.1. Remisión metodológica	V-1
1.2. Nulidades del acto administrativo.....	V-2
1.3. Incidencia del decreto-ley 19.549/72 y su eficacia.....	V-2
II. <i>Presunción de legitimidad</i>	V-4
2. La presunción de legitimidad. Crítica	V-4
3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia	V-5
3.1. Jurisprudencia tradicional	V-5
3.2. El caso Pustelnik (<i>Fallos</i> , 293: 133).....	V-7
3.3. El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia	V-8
4. Fundamentos de la presunción de legitimidad	V-10
4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances.....	V-10
4.2. Fundamento positivo de la presunción de legitimidad	V-12
4.3. Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular	V-14
5. Efectos de la presunción de legitimidad	V-20
5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos	V-20
5.2. Necesidad de pedir la ilegitimidad	V-21
5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad?	V-22
5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo.....	V-23
6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo.....	V-24
III. <i>Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad</i>	V-24
7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción... V-24	
7.1. Criterio tradicional. Fundamento y alcances.....	V-26

7.2. Derecho nacional y comparado	V-27
7.3. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo.....	V-33
7.4. Implicancia política del tema.....	V-34
7.5. Otro derecho comparado	V-35
7.6. Conclusiones	V-36
8. La ejecutoriedad. Alcances y medios	V-37
9. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica	V-38
9.1. La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72	V-38
9.1.1. No comprende la coerción indirecta (aplicación de sanciones)	V-38
9.1.2. La ejecución por los propios medios de la administración .	V-39
9.1.2.1. Ejecución en lugar del particular. La propiedad ..	V-39
9.1.2.2. La ejecución violentando al particular. La libertad	V-41
9.1.3. Conclusiones sobre la ejecutoriedad en el art. 12	V-41
9.2. La ejecutoriedad en la práctica	V-42
10. La suspensión administrativa de la ejecución del acto	V-43
10.1. La solución tradicional y su mutación.....	V-43
10.2. La tesis de LINARES	V-43
10.3. El decreto-ley 19.549/72	V-45
10.3.1. Ejecutoriedad y efecto no suspensivo de los recursos	V-45
10.3.2. La facultad discrecional de suspender el acto ante la interposición del recurso	V-46
10.3.3. El caso de la suspensión que perjudica a un tercero	V-47
10.3.4. La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta	V-48
10.3.4.1. La obligación de revocar el acto nulo	V-49
10.3.4.2. La fuente de la disposición	V-49
10.3.4.3. Las obligaciones del cargo	V-49
10.3.4.4. El deber de obediencia	V-50
10.3.4.5. El problema semántico	V-50
10.3.4.6. Conclusiones.....	V-51
11. La suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo	V-51
11.1. En general.....	V-51
11.2. “Recursos” otorgados por leyes especiales.....	V-53
11.2.1. Caso en que la ley no resuelve sobre el efecto de la interposición.....	V-53
11.2.2. Casos en que la ley otorga efecto devolutivo al recurso. V-	54
11.2.3. Conclusiones acerca de los recursos otorgados por leyes especiales	V-55

Capítulo V
**PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, EXIGIBILIDAD Y
EJECUTORIEDAD**

I. *Introducción*

1. *Caracteres y nulidades del acto administrativo*

1.1. *Remisión metodológica*

Hay mucha dispersión en doctrina acerca de cuáles serían los caracteres del acto administrativo, generalmente enunciados como presunción de legitimidad (o ejecutividad) y ejecutoriedad (o ejecución de oficio por la administración): ambos a su vez muy cuestionados.¹ En cualquier caso, corresponde considerar dos caracteres más, fundamentales para el Estado de derecho: Estabilidad² e impugnabilidad.

Una advertencia inicial se impone en punto a los caracteres del acto administrativo: No se trata de indagar apriorísticamente qué notas conceptuales creemos que deben darse al acto, sino de investigar el derecho positivo a fin de averiguar cómo está regulado. Esta advertencia, que es harto fundamental y hemos expuesto ya en diversos lugares,³ adquiere nueva dimensión frente a un decreto-ley que requiere una interpretación que le de sentido constitucional político en un Estado de derecho y en un mundo de derechos humanos de rango supranacional e internacional.

¹ MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 773 y ss., § 440 y ss.; BARRA, RODOLFO, “Ejecutoriedad del acto administrativo,” *RDA*, 1/2: 65, Buenos Aires, Depalma, 1989.

² Tema en el cual retrocedemos en lugar de progresar. La regresión es todavía mayor en materia de contratos: VEGA, SUSANA E., “Política, economía y derecho: Las tres dimensiones de la contratación administrativa,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, LL, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 153-8.

³ Ya lo advertimos en el t. 1, cap. I y anteriormente en el cap. I de la 2ª ed. (1969) de *El acto administrativo*; también *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007; *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª ed., 2001.

En otras palabras, los caracteres jurídicos del acto administrativo deben ser un reflejo de todo el sistema jurídico aplicable y por ello no pueden resolverse a nivel puramente doctrinario sino que se hace necesario apelar a fundamentos sistemáticos y no puntuales de orden jurídico. No puede *primero* afirmarse que los caracteres son tales y *después* preguntarse “¿cuál es su fundamento?” pues primero hay que encontrar y demostrar que ese principio verdaderamente existe y no se encuentra solamente en las obras de la materia.⁴

1.2. *Nulidades del acto administrativo*

Un problema metodológico difícil de solucionar adecuadamente, en otro sentido, es el de la vinculación de los caracteres del acto administrativo con el sistema de nulidades. En rigor, ambos deben ser analizados conjuntamente y el lector hará bien en remitirse desde ya al cap. de nulidades.⁵

De todas maneras, debemos adelantar que los caracteres del acto administrativo no son los mismos según que el acto adolezca de una u otra clase de nulidad: específicamente, distinguimos tres categorías de nulidad del acto administrativo, denominadas estipulativamente anulabilidad (o nulidad relativa), nulidad (o nulidad absoluta, o actos nulos de nulidad absoluta) e inexistencia (o actos administrativos inexistentes, o vías de hecho administrativas, o inexistencia de acto administrativo.) A diferencia del derecho civil, en que se distingue entre el acto nulo y anulable, como dos categorías y la nulidad absoluta y relativa, como otras dos categorías distintas, en el derecho administrativo se hacen solamente dos o a lo sumo tres (si se incluye la inexistencia) categorías. La utilización de los términos anulable y nulo no tiene una necesaria correlación con los vocablos análogos del derecho privado, pues el sistema de nulidades administrativas tiene sus propios principios, derivados de la doctrina, la jurisprudencia y el decreto-ley 19.549/72.

Adelantando aquí las conclusiones que iremos desarrollando en los caps. que siguen, podríamos delinear como características generales las siguientes: el acto administrativo válido y el acto administrativo anulable, que son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares; el acto administrativo nulo, que es el que tiene vicios graves o muy graves, es un acto irregular. En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente.

1.3. *Incidencia del decreto-ley 19.549/72 y su eficacia*

Las normas del decreto-ley 19.549/72, con todo que han significado un avance en la materia y justifican intrínsecamente una presunción de legitimidad limitada,

⁴ O sea, no hay que partir de una supuesta naturaleza o esencia de una institución, pretendidamente descubierta por cada doctrinario: ver *supra*, t. 1, cap. I, § 6, “Lenguaje, método y derecho administrativo;” ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 111 y sus referencias.

⁵ Ver *infra*, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

en particular al acto administrativo anulable o no muy gravemente viciado, no son suficientes para justificar una presunción de legitimidad amplia, que comprendiera también el acto nulo, en tanto no produzcan efectivamente una mutación de los comportamientos administrativos.

En efecto, no siempre la administración respeta las garantías del procedimiento establecidas en defensa de los particulares: audiencia previa, fácil acceso y fotocopia de las actuaciones, producción de la prueba solicitada, alegato, dictamen jurídico previo, etc., todo ello *antes* de la emisión de un acto que *fundadamente* pueda afectar los derechos o intereses de los individuos.

No siempre fundamenta de forma suficientemente amplia, en los hechos⁶ y en el derecho aplicable al caso, la resolución que adopta, etc. La justicia, a su vez, considera que todos estos vicios son subsanables, sea por un dictamen posterior, una explicación tardía, la oportunidad de defenderse judicialmente si no se pudo hacerlo en sede administrativa, etc. A su vez el criterio de apreciación de la gravedad de los vicios del acto administrativo (que será determinante para optar entre anulabilidad o nulidad, p. ej.) se hace siempre a favor del acto,⁷ con lo cual los casos de nulidad del acto administrativo serán menos y a su vez menos defendibles. Todo esto debe verse reflejado en la forma que el intérprete explica el resto del sistema jurídico. Por ello, si bien se puede admitir en base al decreto-ley 19.549/72 una presunción de legitimidad limitada, no puede hacérselo con el alcance de cubrir también el acto nulo.⁸

Por lo demás, en el acto nulo se da casi por hipótesis una violación grave justamente de las normas que se han dictado para garantizar al individuo, con lo cual sería contradictorio argumentar, en base concretamente a la existencia de las normas violadas o transgredidas en el caso, que el acto debe presumirse legítimo. La razón de ser de la presunción de legitimidad habrá de estar, entonces, en el cumplimiento de tales garantías, pero no precisamente en su incumplimiento. La experiencia argentina, como en tantas otras cosas comenzando con la Constitución, es el incumplimiento sistemático del orden jurídico supremo y también del decreto-ley de procedimiento y actos administrativos, sin que la justicia lo sancione con la nulidad insanable del acto, ni la doctrina le reproche unánimemente por ello. El pasado absolutista es todavía demasiado fuerte entre nosotros

⁶ Lo cual es decir, por supuesto, la *prueba*, no las afirmaciones dogmáticas del autor del acto: CSJN, *Cabrera, Fallos*, 305: 1937, año 1983, cons. 6°.

⁷ *Infra*, cap. XI, "Sistema de nulidades del acto administrativo," § 17, "Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo."

⁸ Así lo adelantamos en 1963 y 1969, antes del decreto-ley 19.549/72 (*El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, 1ª ed., p. 98, nota 33; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., pp. 126-9.) Mantuvo y desarrolló el criterio DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Acto administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1973, p. 44. Hemos mantenido el criterio en 1979, 3ª ed. y actualmente. En el ínterin han seguido y desarrollado todavía más el criterio MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 777 y ss., § 443, con excelentes argumentos a los que nos remitimos; BARRA, *op. loc. cit.* y las referencias que luego haremos a BIANCHI, TAWIL, etc.

y como ha dicho con acierto MAIRAL, el decreto-ley 19.549/72 da “una respuesta coherentemente autoritaria.”⁹

II. Presunción de legitimidad

2. La presunción de legitimidad. Crítica

El Código Civil establece para los actos privados una presunción de validez que alcanza a los actos de vicios no manifiestos, o sea anulables;¹⁰ pero expresamente excluye a los actos de vicios manifiestos, o sea nulos.¹¹ De los primeros dice el art. 1046 lo siguiente: “Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.”

Ninguna norma de derecho administrativo establecía antes de 1972 para los actos administrativos una presunción semejante, pero tampoco una distinta; de tal modo, aplicando por analogía la norma civil, podía concluirse que los actos administrativos anulables se presumen legítimos o válidos, *no así los actos administrativos nulos*. (“Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.”)¹² A ese argumento normativo civilista cabía agregar otro de índole lógica: si un acto tiene un vicio que no es manifiesto o aparente, es plausible que deba considerárselo, en principio y provisoriamente (hasta que una autoridad competente resuelva lo contrario), legítimo; si, en cambio, el vicio es claro y evidente, no podría presumirse que el acto es —a pesar de ese vicio manifiesto— válido;¹³ ello equivaldría tanto como cerrar los ojos ante la realidad, como decir “el sol brilla, pero presumo que no brilla.” En otras palabras, es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica ni siquiera podría ser superada por una hipotética norma legal expresa que así lo dijera,¹⁴ pues allí tendríamos una pretendida presunción legal cuya irrazonabilidad parece manifiesta. En tal sentido cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera que “Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone.” Pero es claro que ello resulta irrazonable, por ende inconstitucional.

No podría ni siquiera en ese caso, postularse que “si encuentras un acto manifiestamente ilegítimo, *presume a pesar de ello que es legítimo*,” pues ello es como ordenar que se piense en cierto modo, lo que es una imposibilidad material y

⁹ MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 773.

¹⁰ Art. 1046.

¹¹ Art. 1038: “Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.”

¹² Ver también *supra*, nota 1.5 y sus referencias.

¹³ WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 15. Ver también *supra*, nota 1.5 y sus referencias, esp. MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 777.

¹⁴ WINKLER, *op. cit.*, p. 29.

moral y por ende una imposibilidad jurídica. El decreto-ley no cambia ni puede cambiar, pues, la razón. Ni tampoco la ley de la gravedad.¹⁵

Así surgía para nosotros que la presunción de legitimidad del acto administrativo podía existir, por vía analógica, respecto de los actos anulables cuyo vicio no era evidente o manifiesto; que, en ausencia de norma expresa, no podía en cambio jurídicamente hablarse de una supuesta presunción de legitimidad para *todos* los actos sin distinción. Es que, como dice IMBODEN, la nulidad de un acto excluye necesariamente su exigibilidad, por la lógica inmanente al ordenamiento jurídico.¹⁶ Por tales razones ya en la primera edición (1963) de *El acto administrativo* sostuvimos que “el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legitimidad [...] El acto administrativo nulo no debe tener presunción de legitimidad” y agregábamos que el criterio contrario “representa un pensamiento político estatista y autoritario;”¹⁷ tal criterio lo reiteramos en otra obra, un año más tarde, destacando entonces que: “Ello, evidentemente, carece de toda razonabilidad ya que ninguna argumentación doctrinaria puede destruir el hecho de que puedan existir actos manifiestamente viciados; y ello, a su vez, implicará necesariamente que en tales casos el acto no podrá tener presunción de legitimidad.”¹⁸ Este mismo criterio ha sido también adoptado crecientemente por la doctrina argentina.¹⁹

3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia

3.1. *Jurisprudencia tradicional*

Un asunto diverso era determinar qué posición había asumido la jurisprudencia en la cuestión. La generalidad de los autores que han analizado el tema, comenzando por los trabajos pioneros y aún hoy fundamentales de BOSCH²⁰ y LINARES,²¹

¹⁵ Reiteramos como constante problema nuestra dificultad en percibir la realidad y no imaginarla, como en aceptar los postulados más elementales de la razón: “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

¹⁶ Citado por WINKLER, *op. cit.*, p. 15, quien se pronuncia en igual sentido.

¹⁷ *El acto administrativo*, *op. cit.*, 1963, 1ª ed., p. 98, nota 33; 1969, 2ª ed., p. 121.

¹⁸ *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, p. 105, nota 48.

¹⁹ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 468, 477-8. Si bien este autor, posteriormente a nuestra obra, nos atribuye la opinión contraria (*op. cit.*, p. 500) nuestro criterio fue y es el que hemos reproducido en el texto. En igual sentido, FIORINI, BARTOLOMÉ, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 295; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 9, § 9.1.2, p. 140; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, § 1.1.2, p. 234 y autores citados *supra*, nota 8.

²⁰ BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia,” en la *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1946 (marzo), pp. 192-5.

²¹ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 26 y ss.; *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 191, p. 229; *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 362.

continuando por las obras de BIELSA,²² DIEZ²³ y otros,²⁴ han entendido que a partir del año 1941 —año éste hasta el cual se aplicaba pacíficamente el Código Civil a los actos administrativos, sin diferencias sustanciales— la Corte Suprema de Justicia de la Nación había adoptado un criterio diverso.²⁵ Según la interpretación que esa doctrina en su momento otorgara a la citada jurisprudencia, ella consagraba el criterio de que en el derecho administrativo los actos administrativos deben presumirse legítimos a pesar de tener un vicio manifiesto.

Otros autores, en cambio, entienden que *ese mismo fallo* de 1941 consagra un criterio distinto, semejante al del Código Civil, lo que no deja de tener trascendencia habida cuenta que en 1975, luego de la vigencia del decreto-ley 19.549/72, la CSJN en *Pustelnik* viene a decir precisamente lo contrario que la interpretación doctrinaria de *Los Lagos*: que el acto manifiestamente nulo no puede presumirse legítimo. La realidad de *Pustelnik*, entonces, viene a dar alguna forma de razón a los que pensaban que *Los Lagos* no permitía inferir tal conclusión²⁶ o que esa sentencia pecaba tan sólo de generalidad, no variando la jurisprudencia anterior,²⁷ o al menos, que ha sido abandonada ulteriormente en *Pustelnik*.

Nada nos gustaría más que constatar que el derecho ha progresado, o no era tan anticuado como lo creía todo el mundo. Pero vemos que siguen reapareciendo fallos y doctrina que insisten en el viejo criterio, tomando muy al pie de la letra las viejas palabras del tribunal: “Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio.”²⁸ Esto es un error, pero se repite. La jurisprudencia en materia de recurso de amparo, si bien utilizó terminología que indujo a pensar en una solución distinta, de hecho llegó a consagrar los mismos principios. Esa jurisprudencia, en efecto, si bien expresaba que el recurso de amparo es procedente contra los actos administrativos viciados de “ilegitimidad manifiesta,” en la práctica sólo consideró que un acto se encuentra en esas condiciones cuando tiene un vicio de tal manera grosero y extraordinario como para ser descalificado

²² BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., pp. 116-7.

²³ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, pp. 431-2; del mismo autor, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., p. 298.

²⁴ Nuestra 1ª ed. de *El acto administrativo*, p. 83 y ss. y previamente “Teoría de las nulidades del acto administrativo,” *ED*, 2: 1091, año 1962.

²⁵ En ese mismo fallo la CSJN ensayó su criterio de que la inconstitucionalidad de un acto no puede declararse de oficio, contra el que se han levantado primero votos como los de FAYT y BELLUSCIO: *Fallos*, 306: 303, *LL*, 1984-B, 426; *Fallos*, 310: 1401, *LL*, 1987-E, 126; a los que se suma BOGGIANO, *Ricci*, *LL*, 1998-E, 233. Es de esperar que finalmente impere el *derecho*. Volvemos sobre esto en el cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

²⁶ SPOTA, ALBERTO G., “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos. Aplicación del Derecho Civil,” *JA*, 75: 918; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, lo da a entender en su artículo “Los contratos de petróleo,” *LL*, 111: 1050 y ss., notas 73 *bis* y 74.

²⁷ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 477.

²⁸ CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*, 1941. Desde luego, esto no excluye que también se la alegue y pruebe ante la administración.

como acto administrativo; es decir, que sólo tratándose de vicios groseros que de acuerdo a la doctrina constituyen vías de hechos,²⁹ o actos inexistentes, pero no actos administrativos nulos o anulables, dejan abierta la vía del amparo. En consecuencia, lamentablemente, esa jurisprudencia no implicó un apartamiento categórico del principio consagrado a partir del caso *Los Lagos*.³⁰ Con todo, avanza la idea de que corresponde declarar la nulidad cuando existen varios vicios que, aislados, tal vez no hubieran llevado a la misma conclusión.³¹

De todas maneras, cabe reconocer que tanto la administración como la justicia habían comenzado a admitir, en algunos casos, la no exigibilidad de actos nulos: la Corte Suprema, p. ej., ha dicho en el caso *Acuña Hnos y Cía. SRL*³² que “el derecho de la actora de ningún modo ha de estimarse disminuido ni excluido por la circunstancia de que ella no haya observado las prescripciones de una cláusula manifiestamente inválida;” algo parecido ha sostenido también la Procuración del Tesoro de la Nación.³³

3.2. *El caso Pustelnik (Fallos, 293: 133)*

La tesis de negar presunción de legitimidad a los actos administrativos nulos, que se venía abriendo lentamente paso en la jurisprudencia última, recibe un nuevo elemento de sustentación en el decreto-ley 19.549/72, cuya interpretación sistemática lleva a la misma conclusión.³⁴

Sin embargo, más importante es destacar que la propia discusión teórica ha sido reformulada, en términos categóricos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pustelnik*, de 1975.³⁵ Expresa ahora la Corte que “la invalidez *manifiesta* de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece *patente* en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto algunos, constituye un concepto general del orden jurídico” (cons. 3°); o sea, la Corte adopta el criterio de que es un principio o concepto general del derecho, inevitablemente aplicable en cualquier disciplina, el que un acto manifiestamente viciado no puede ser presumido legítimo; por ello aclara el tribunal “Que dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos *no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta.*” (Cons. 2°)

Este tipo de acto con invalidez evidente, patente o manifiesta, es llamado por el decreto-ley 19.549/72 y por la misma Corte, irregular: “Dicho acto irregular

²⁹ MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 213.

³⁰ Comp. LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 191, p. 230.

³¹ *Infra*, cap. IX, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios;” cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros.”

³² *Fallos*, 252: 39, 50, año 1962.

³³ *Dictámenes*, 91: 364.

³⁴ Ver *infra*, § 4, “Fundamentos de la presunción de legitimidad” y § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad” y cap. XI, § 9.2, “El supuesto de las sanciones de menor gravedad.”

³⁵ *Fallos*, 293: 133, *Pustelnik*, 1975.

no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la *gravedad y evidencia* del vicio que contiene.” (Cons. 5°.) Y agrega la Corte que “regular” no es sinónimo de válido, por cuanto un acto inválido puede ser regular si su vicio no es manifiesto, supuesto en el cual gozará de presunción de legitimidad hasta que una autoridad administrativa o judicial lo anule; o se, el acto “regular” puede ser tanto válido como anulable, el acto irregular es siempre nulo. Esa es la terminología del decreto-ley.

Precisamente en tal sentido el tribunal critica el fallo apelado, al cual deja sin efecto, por haber hecho el razonamiento viciado de que el acto en cuestión era irregular aún teniendo un vicio no aparente; en efecto, expresa la Corte que “en cuanto la sentencia apelada afirma simultáneamente que la autorización para edificar aparentó ser un acto regular³⁶ cuando en verdad constituía un acto irregular,³⁷ resulta autocontradictoria en los términos de la doctrina de derecho administrativo citada [...] y respaldada por la jurisprudencia [...] según la cual *no priva de su carácter regular al acto administrativo una causa de invalidez no manifiesta*” (cons. 15); en efecto, continúa la Corte, “no le es dable al poder jurisdiccional calificar retroactivamente como irregular un acto que aunque los jueces valoren inválido en sus sentencias era aparentemente válido y regular al momento de dictarse.” (Cons. 16.)

Otros párrafos del fallo *Pustelnik* insisten en que la presunción de legitimidad existe solo en tanto y en cuanto “el acto no fue manifiesta ni evidentemente inválido” (cons. 17) y que aún para el supuesto de una posible desviación de poder, “debería mediar *evidente* desviación de poder para irregularizar el acto en su finalidad” (cons. 17, *in fine*); que en el caso *sub examine* “aquella autorización no estuvo viciada, en su origen, de ilegitimidad *evidente*.” (Cons. 7°.)

Por referirse a un caso de derecho local, en el cual no resulta de aplicación directa el decreto-ley 19.549/72 (a cuyas normas no hace entonces referencia el fallo), la doctrina de la Corte se ubica en los principios generales del derecho administrativo.

3.3. *El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia*

El derecho penal y constitucional realizan también un aporte sustancial al tema en materia de órdenes de personal de seguridad. En efecto, entre las modificaciones de nuestro orden jurídico no es menor aquella que niega a la autoridad policial la facultad de detener o de otro modo aplicar la coerción, realizar requisita, requerir identificación, etc., sin causa probable o indicios vehementes de culpabilidad. Esta solución, por lo demás, proviene de establecer el principio de que “toda privación de libertad dispuesta en relación con la investigación de un

³⁶ Regular, claro está, en el sentido de acto válido o *anulable*.

³⁷ O sea, nulo.

delito, no importa su duración, debe estar precedida por orden judicial.”³⁸ Es a partir de ese principio que se admite la validez de ciertas leyes que “conferen, con carácter de excepción a la regla, la facultad a las fuerzas de seguridad e incluso a los particulares de efectuar aprehensiones sin la previa orden del órgano judicial competente.”³⁹

Tomando dicha facultad como excepción, se sigue entonces que si el acto carece de causa probable o no hay indicios vehementes de culpabilidad, carece de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad,⁴⁰ no existe deber alguno de obediencia al acto y se puede resistir su cumplimiento.⁴¹ Es así absolutamente nulo, en el más pleno sentido de la palabra. En el caso de la autorización u orden para la utilización injustificada de armas de fuego, la vía de hecho queda configurada. Ni qué decir del acto que ordena o permite las torturas y otros vejámenes: no puede recibir el nombre de acto administrativo.

Como ya dijieran tres votos de la mayoría de la CSJN en el caso *Daray*, ello también era aplicable con la derogada ley “que permitía a sus agentes detener con fines de identificación en circunstancias que lo justifiquen y por un lapso no mayor de 24 hs., a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes. Esta norma no constituye una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de las autoridades oficiales, ella requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y al mismo tiempo proscribir que cualquier habitante esté expuesto en cualquier circunstancia y momento de su vida sin razón explícita alguna a la posibilidad de ser detenido por la autoridad.”⁴²

³⁸ CARRIÓ, ALEJANDRO, *Justicia criminal*, Buenos Aires, 1986, p. 27; *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p. 130 y ss. Y no se trata tampoco de que el Juez tenga discrecionalidad para esto: la coerción está siempre subordinada, también para el Juez, al principio de la legalidad, del cual sólo puede prescindir cuando aplica una coerción innominada menor que la autorizada por la ley, por el principio de mínima intervención, pero aún así con autorización legal: SOLIMINE, MARCELO A., “Principios generales de las medidas de coerción,” *LL*, 1998-E, 1213, 1222.

³⁹ Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia*, *LL*, 1998-E, 311, 316.

⁴⁰ Ver, en otras palabras pero igual criterio, Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia*, *LL*, 1998-E, 311, con nota en igual sentido de SANDRO, JORGE ALBERTO, “Síndrome del maleante e intervención policial drástica,” “tras la reforma legal no existe la facultad policíaca de identificación «pura» o «directa» frente al ciudadano que recorre o se detiene en las calles o lugares públicos y la demora de una persona con ese propósito queda ahora supeditada, rigurosamente, al presupuesto genérico del arresto sin orden judicial («indicios vehementes de culpabilidad») o, en el vocabulario de la jurisprudencia estadounidense, «causa probable»,” p. 311.

⁴¹ TOral Criminal, *Heredia*, *op. loc. cit.*; SANDRO, *op. loc. cit.*: “Las consecuencias que genera el arresto ilícito para el derecho penal material resultan casi automáticas. No hay *tipo* de resistencia a la autoridad, por falta del elemento normativo característico, si el renitente se opone a un funcionario público que ejerce *ilegítimamente* sus funciones aunque la autoridad crea, por error, que obra dentro de sus facultades.”

⁴² Voto de NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR y LEVENE *in re Daray*, que el Tribunal Oral Criminal hace propio, *Heredia*, *op. cit.*, p. 317.

Si ello está postulado así en materia de fuerzas de seguridad, parece más razonable que se lo aplique a los actos de las autoridades civiles. Claro está, siempre se puede argumentar que la solución penal contemporánea —comparada y finalmente nuestra— deriva en realidad del deseo de tutelar en mayor medida la libertad personal; pero dado que esa solución se ha formulado frente al equilibrio entre la seguridad pública y la libertad personal, dos elementos clásicos de confrontación histórica, pareciera que el mismo tipo de razonamiento es aplicable con mayor razón cuando lo que está en juego no es la seguridad pública, sino alegados intereses públicos de menor entidad, o un bien común menos intenso que dicha seguridad pública.⁴³

4. Fundamentos de la presunción de legitimidad

4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances

Es así manifiesta la debilidad o inexistencia del fundamento en que se hace reposar esa presunción de legitimidad: aún dejando de lado la vieja afirmación de la Corte, que los actos administrativos “por serlo” se presumen legítimos y atendiendo a la que ofrece alguna doctrina,⁴⁴ se advierten sus limitaciones. Se afirma en la jurisprudencia que el fundamento radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, lo que demuestra la tesis contraria. La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. La ausencia de alguno de ellos —aislado y a veces ni siquiera sumados—, no lleva a la nulidad judicial sino a su anulabilidad, saneable *per se*. Cabe pues concluir, *de lege lata*, que no están dadas en el derecho viviente las condiciones postuladas para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo. Tiene razón NAVA NEGRETE cuando sostiene que esta situación “se antoja como hacerse justicia por propia mano, lo que expresamente prohíbe la Constitución a toda persona.”⁴⁵ Lo grave es que la justicia deja

⁴³ Decíamos en este mismo lugar, en la 8ª ed. de 2004, que: “Por lo demás, un cálculo de probabilidades pareciera afirmar que es posible que se llegue a dicha solución para los actos administrativos ya que cabe apuntar en distintos aspectos de este razonamiento votos bastante categóricos, nunca reunidos en una misma solución pero sí sobrevolándola: NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR y LEVENE *in re Daray*; PETRACCHI; FAYT, BELLUSCIO y BOGGIANO en cuanto a la declaración de oficio de la inconstitucionalidad y no como *última ratio* del orden jurídico. Está todo preparado para un cambio de escenario.” Y recordábamos a FAYT y BELLUSCIO: *Fallos*, 306: 303, *LL*, 1984-B, 426; *Fallos*, 310: 1401, *LL*, 1987-E, 126; a los que se sumaba BOGGIANO en *Ricci*, *LL*, 1998-E, 233.

⁴⁴ TIVARONI, CARLO, *Teoría degli atti amministrativi*, Turín, 1939, p. 54; RIVALTA, MARÍA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, 1960, pp. 195-6; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 370; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., pp. 109-10.

⁴⁵ NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, FCE, 1996, p. 306.

que la administración se haga justicia por su propia mano, como si estuviéramos en el *Ancien Régime*.

En el derecho argentino no existen todavía garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar en forma plena, eficaz y oportuna los derechos individuales;⁴⁶ a lo que cabe agregar la ausencia de entes reguladores autónomos e independientes, no controlables por el Poder Ejecutivo.⁴⁷ Tampoco podría encontrarse un fundamento teórico de manera similar que para las leyes, que por razones prácticas se establece que el derecho se supone conocido por todos, aunque de hecho ello no sea así. Es que —en épocas normales, para las cuales tales principios son establecidos— la ley está rodeada de garantías reales y no teóricas que morigeran la comisión de arbitrariedades: La discusión o debate parlamentario, distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, un mayor control social, etc. En cambio, el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un sólo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley,⁴⁸ como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.

El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, en condiciones de imparcialidad, etc., entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad.⁴⁹ Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto *manifestamente viciado*, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que cierto acto es lo que *manifestamente no es*. El acto nulo, en consecuencia, no puede en ningún caso tener presunción de legitimidad.

⁴⁶ *Supra*, t. 2, caps. XII, “La licitación pública” y XIV, “Problemas del acceso a la justicia.”

⁴⁷ *Supra*, t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores” y t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.” Algo se va progresando, con la improcedencia del recurso de alzada contra sus decisiones: *infra*, t. 4, cap. XI.

⁴⁸ Ver VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “Sólo por ley...,” *LL*, 2005-E, 279.

⁴⁹ Ver SCJBA, *Clemeno*, 12-III-2003, en *LL*, 2005-C, 475, con nota de ISABELLA, DIEGO P., “El silencio administrativo relativiza la aplicabilidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado. En torno a un trascendente fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.” El tribunal sostuvo que la presunción de legitimidad debía restringirse por la configuración del silencio administrativo, ante un recurso planteado por el particular, porque tal accionar era violatorio del derecho al debido proceso y en particular al derecho a obtener una decisión expresa y fundada.

4.2. *Fundamento positivo de la presunción de legitimidad*

El decreto-ley 19.549/72 consagra expresamente la presunción de legitimidad como característica del acto administrativo, cuando dice, en el art. 12,⁵⁰ primera parte, que: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad.” Ahora bien, como la norma no precisa si esta característica se aplica al acto administrativo válido, al anulable, al nulo y al inexistente, cabe analizar el alcance de la extensión del principio en el decreto-ley. A nuestro juicio, para esto se torna de importancia la fuente que el decreto-ley ha utilizado al tratar en sus arts. 17 y 18 la estabilidad del acto administrativo. Allí expresa, de conformidad con lo que sostuviéramos en el proyecto de 1964 y en el proyecto de LINARES y nuestro, que como regla general el acto administrativo regular tiene estabilidad y el acto administrativo irregular no la tiene, entendiéndose por acto administrativo irregular específicamente el acto nulo. Tanto el acto administrativo válido como el anulable tienen carácter de actos regulares, no así el acto administrativo nulo, que se considera irregular. En los proyectos indicados se establecía que la presunción de legitimidad solamente alcanzaba al acto administrativo regular,⁵¹ no así al irregular.

La misma solución está receptada en el decreto-ley razonablemente interpretado, pues sería incongruente construirlo en el sentido de que el acto nulo sería un acto irregular, como claramente surge del texto normativo, pero que a este acto irregular de todas maneras habría de presumírsele legítimo. Ello atenta contra la armonía del sistema y no hay ningún motivo que pueda llevar a esa afirmación. Lleva a la misma conclusión el hecho de que el art. 17 destaca expresamente la *obligación* de la administración pública de revocar el acto nulo, por razones de ilegitimidad. Esta obligación no es extensiva al acto anulable, respecto del cual la administración puede optar por sanarlo, en lugar de revocarlo. Si la administración debe, pues, revocar el acto nulo, no resultaría tampoco armónico interpretar que a pesar de ello puede presumirlo legítimo. La presunción de legitimidad es así una tolerancia al funcionamiento del acto anulable, la que se basa en la posibilidad de que el acto sea finalmente saneado, con lo cual su cumplimiento previo, derivado de la presunción de legitimidad que se le asigna, queda coonestado. No habrá de ocurrir lo mismo, entonces, con el acto irregular o nulo.

En cambio, en el caso del acto nulo no sería posible llegar a la misma idea, precisamente porque es un acto insanablemente viciado y entonces no tiene sentido jurídico ni práctico cumplir o exigir el cumplimiento de un acto que deberá finalmente ser extinguido por razones de ilegitimidad.⁵²

⁵⁰ En igual sentido Honduras, art. 30.

⁵¹ El fundamento es la menor importancia del vicio, no interesando que sea más o menos evidente. Cabe suponer, desde luego, que generalmente no será manifiesto.

⁵² Conf. FIORINI, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, 2ª ed., p. 452; LINARES, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 362, quien cambia así la opinión contraria que expresara en *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 230.

De cualquier manera, no puede razonablemente —a una norma tan vaga, imprecisa e indeterminada como el referido art. 12— atribuírsele válidamente la generalidad que parece ostentar. Como dijera el mismo Tribunal Oral Criminal *in re Heredia* ya citado, recordando un voto de PETRACCHI.⁵³

“¿No es ello acaso sólo un mito asentado en el resabio de la larga historia de autoritarismo que nuestro país ha padecido, durante cuyo imperio surgía como una de sus características más visibles la proliferación de prohibiciones como único recurso para el control de las relaciones sociales, resultando así que se hallaba prohibido desde la circulación de ciertos libros, el acceso a la exhibición de ciertas vistas cinematográficas, el uso de faldas cortas o pelos largos, el salir del domicilio sin documento de identidad y toda una amplia ristra de prohibiciones que determinaron, al cabo, que nadie tuviere muy claro en qué consistía, de existir, el marco de su libertad individual?”

“¿Cuál es la ley que nos prohíbe a los habitantes de la Nación el decidir salir de nuestros domicilios sin documentos de identidad, bajo el riesgo de tener que soportar ser detenidos y conducidos, por esa sola circunstancia a una comisaría?”

“¿Qué norma establece la facultad legítima de las autoridades policiales para detener a una persona, exigirle la exhibición de documentos de identidad, palparla en sus ropas, introducirlo a un patrullero, etc., si esa persona no ha realizado con carácter previo conducta alguna que indique ha cometido o está por cometer un hecho ilícito?”

“¿A qué quedaría reducida la operatividad de la garantía que consagra la Constitución Nacional y reglamentan las normas legales arriba mencionadas, si los jueces de la Nación afirmáramos que en definitiva todo habitante de este país puede ser legítimamente detenido y obligado a exhibir su documento de identidad [...] mientras se encuentra en la fila de ingreso a un local bailable o en la fila de un banco o de un cine, o bien, mientras conversa con otras personas en la vía pública, o en un bar, etc.?”

Obviamente, el tribunal no piensa que el art. 12 del decreto-ley 19.549/72 sea una de esas normas: su extrema generalidad, desde un gobierno *de facto*, no puede ser un *bill de indemnidad* para las autoridades de gobiernos *de jure*. Ese alcance es el que surge también de los pronunciamientos de la CSJN en iguales materias policiales y de seguridad pública y libertad personal. Falta generalizarlo a las autoridades civiles. Es en efecto el viejo dilema entre autoridad y libertad, que *toda* la jurisprudencia debiera ahora decidir *in favorem libertatis*. No se nos oculta que esto remueve muchas cosas del inconsciente colectivo, como lo demuestra la apasionada discusión con las diferentes versiones del Código de Convivencia Urbana de la Ciudad de Buenos Aires, la autocensura que todavía despierta todo lo relativo al último período de facto,⁵⁴ las gestiones que se han

⁵³ Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia, LL*, 1998-E, 311, 317.

⁵⁴ Algunos de cuyos ejemplos explicamos, remitiéndonos a las publicaciones pertinentes, en la nota 1 de la “Introducción.”

efectuado en los casos *Regina v. Evans*⁵⁵ y complementarios, las discusiones sobre los límites de la libertad de expresión del pensamiento y la creatividad artística, etc. Son tiempos de consolidación democrática que van a producir lentamente, con esperanza, un nuevo equilibrio social. Lo comentamos *supra*, en la “Introducción” al presente vol.

4.3. *Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular*

Admitir la presunción de legitimidad en forma amplia, como lo hizo la Corte Suprema en el pasado, lleva a la consecuencia de proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso, dificultar la efectiva vigencia de los derechos de los individuos.⁵⁶

Ahora bien, cabe preguntarse, como seguramente muchos lo harán, si reducir la presunción de legitimidad sólo a los actos válidos y anulables (o sea los regulares, en el esquema del decreto-ley, que sigue en esto la tradición doctrinaria), no extendiéndola a los actos nulos,⁵⁷ o sea los actos irregulares, no puede tener efectos negativos sobre la eficiencia y continuidad de la actividad administrativa, que se vería algo así como continuamente amenazada por la desobediencia.

Es en esa orientación que parecieran haberse orientado los temores de la Corte, cuando en alguna oportunidad llegó a decir que “la sola voluntad” del interesado es insuficiente para quitarle presunción de legitimidad y eficacia al acto administrativo.⁵⁸ Ahora bien, cuando se ha generalizado en el país el corte de calles por lo que se denomina, a veces correctamente y a veces no, la protesta social, se está violando el orden jurídico: ¿se arregla esto estableciendo la obligatoriedad de la ejecución del acto nulo?

A este interrogante se da la siguiente respuesta: “Los efectos ulteriores de una suposición desatinada [...] no alteran el punto de vista del orden jurídico [...] ya que los límites de lo legal o ilegal son establecidos por el derecho con independencia de las representaciones de los súbditos del orden jurídico.”⁵⁹

Tradicional es también la respuesta de SOLER: no se trata de que “los actos de la autoridad estén entregados a la libre apreciación de los particulares ni que se sancione la anarquía. El problema no es erigir a los particulares en jueces de los actos de la autoridad y tampoco es en qué circunstancias debe un ciudadano

⁵⁵ LL, 1999-A, 431, año 1998, y comentarios que efectuáramos *supra*, cap. II, nota 120, p. II-29.

⁵⁶ Por ello dice WINKLER, *op. cit.*, p. 35, que en el Estado de derecho la nulidad absoluta, que no se presume legítima, es un baluarte del individuo frente a la actividad antijurídica estatal.

⁵⁷ Cabe la misma aclaración que antes: aunque generalmente la nulidad será manifiesta, puede no serlo. En el primer caso es indubitable que no puede existir presunción de legitimidad. En el segundo puede ser una cuestión debatible.

⁵⁸ Igual criterio en GIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen vewaltungsrechts*, t. 1, Zurich, 1960, p. 429.

⁵⁹ SANDRO, *op. cit.*, p. 311.

rechazar un acto ilegítimo de autoridad [...] No se trata de otorgar un premio al renitente sino de ver qué condiciones deben mediar para imponerle o no una pena. Y la imposición de una pena no puede basarse en el propósito de rendir *un homenaje perpetuo a la autoridad, incluso la abusiva*.⁶⁰

Es claro que aquella duda es un error de apreciación producto del pasado: ninguna duda cabe de que “la sola voluntad” del afectado no puede privar de eficacia al acto, pero nadie pretende semejante conclusión; lo que se propone es que, de resultar acreditado que un acto *manifiestamente* viciado fue desobedecido, no puede además de ello castigarse a quien lo desobedeció; a la inversa, que si una persona desobedece un acto y no prueba que el acto estaba gravemente viciado, recibirá las sanciones pertinentes.⁶¹ Por ello, las consecuencias que se derivan de reconocer al acto administrativo presunción de legitimidad sólo cuando carece de vicios manifiestos, en ningún modo implican incitar a la desobediencia de los actos de las autoridades públicas. Si una persona no obedeciera un acto por considerarlo gravemente viciado, la administración puede a su vez sancionarla por el incumplimiento si ella estima que el acto no tiene tal tipo de vicio o incluso es válido. Y tocará al fin a la justicia resolver si el individuo tuvo o no razón en considerar al acto como nulo.⁶² En caso de resolverse en definitiva que el acto tenía un vicio grave, se dejará sin efecto la sanción que se hubiera impuesto por el incumplimiento y el individuo habrá tenido razón;⁶³ si en cambio se resuelve que el acto no tenía un vicio grave sino leve, entonces se decidirá que debió haberlo obedecido y que la sanción aplicada por la desobediencia es válida.⁶⁴

⁶⁰ *Derecho penal argentino*, t. IV, 4ª ed. de la parte especial, Buenos Aires, TEA, 1988, p. 139; la bastardilla es nuestra. No es la razón la base de aquellos temores: es el temor mismo o, al decir de CARRARA, la pasión.

⁶¹ ULE, citado por WINKLER, *op. cit.*, p. 32; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 341; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 681. Ver también el caso *Resch*, que comenta TIMONIN, MARÍA FLORENCIA, “*Resch*: ¿Alcanza con invocar el artículo 1º del decreto-ley 19.549/72 para no aplicar el título IV? Una interpretación integrativa de un tema que no se agota,” en prensa.

⁶² HUBER, *op. cit.*, p. 681.

⁶³ Y por supuesto, el particular que fue sancionado ilegalmente por haber desobedecido un acto nulo, deberá luego ser indemnizado del daño material y del agravio moral ocasionado a él por la administración y sus funcionarios. La responsabilidad que le caben al Estado, sus concesionarios o licenciatarios y al funcionario (*supra*, t. 2, caps. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios” y XX, “La responsabilidad del estado y de sus concesionarios y licenciatarios”) ha de ser así un freno adicional a la tentación (*infra*, § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad,” nota 80 *in fine*, p. V-20, con cita de SUNDFELD) en que puede caer la autoridad, de exigir de todas maneras la ejecución de un acto suyo que el particular impugne con razonables fundamentos como manifiestamente nulo. Desgraciadamente la condena y su ejecución judicial tardan demasiado en llegar y pierden así mucho de su significación empírica.

⁶⁴ Como dice KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 159, “En estas órdenes, el individuo puede, a lo sumo estimarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.” Este aspecto de la desobediencia “por cuenta y riesgo” del interesado es mencionada por la mayor parte de la doctrina alemana. Ver también *supra*, nota 63, p. V-15.

Decía CARRARA en el siglo XIX que “cuando la política se mezcla en las cuestiones jurídicas, suelen escucharse más las voces de la pasión que las de la lógica. En efecto, vemos que aquí los criminalistas se dividen en dos bandos opuestos. Unos, seguidores de la obediencia pasiva e idólatra del predominio del Estado, aún en menoscabo de la soberanía del derecho, no admiten distinciones y afirman: «Los agentes del gobierno tienen derecho a mandar y los súbditos tienen el deber de obedecer ciegamente a todas sus órdenes. A los súbditos no puede dárseles la potestad de analizar las órdenes y los actos de la autoridad pública, pues están en la sociedad únicamente para obedecer. Si la orden o el acto son injustos, que recurran a la justicia, presentando querrela contra el funcionario delictuoso, pero obedezcan ante todo. En cambio si pretenden anteponer la fuerza y el juicio propio para impedir las órdenes o los actos de los superiores, inflíjaseles la pena de la resistencia, aunque después se les castigue también por los abusos cometidos».”

“En cambio, los [...] que respetan el sagrado derecho de la libertad individual, que no ven en la sociedad civil sino un medio destinado a proteger los derechos de la humanidad y en la autoridad social un instrumento necesario para mantener la soberanía del derecho, rechazan la doctrina tiránica de la obediencia pasiva y propugnan el derecho de libre resistencia contra los actos injustos de los funcionarios públicos.”

“Así como el pueblo tiene derecho de reaccionar contra el soberano cuando se vuelve tirano, así también todo ciudadano tiene el derecho de reaccionar contra los funcionarios subalternos cuando realizan actos tiránicos. El poder les fue dado a éstos para mantener el derecho; pero, si para servir a pasiones individuales, quieren abusar de ese poder para conculcar el derecho ya no son agentes de la justicia, sino individuos y nada más que individuos delictuosos.”⁶⁵

En ningún modo se afecta la continuidad de la acción administrativa regular, ni el efectivo cumplimiento de las decisiones regulares, o sea válidas o no muy gravemente viciadas y anulables, ni se supedita el cumplimiento de los actos administrativos a la “sola voluntad” de los individuos.

Al contrario, se contribuye a tratar de detener nuestros males endémicos de corrupción sistemática y endémica en prácticamente todos los gobiernos, que no obstante cuántas sean sus premisas previas de honestidad, no logran evitar que el aparato del Estado, una vez en sus manos, que arman y dirigen con sus propios funcionarios, caiga en las mismas prácticas corruptas que son parte de la sociedad misma.

A ello hay que agregar en ocasiones el terrorismo de Estado, la inseguridad generalizada tanto jurídica como personal o física. No se puede preconizar la obediencia ciega a todas estas conductas, pero cabe sí indicar al particular que

⁶⁵ CARRARA, FRANCISCO, *Programa de derecho criminal*, Bogotá y Buenos Aires, Temis-Depalma, 1997, t. 7, pp. 338-400.

sólo puede desobedecer a su propio riesgo, pues la protesta transmutada en desobediencia no es legítima sino cuando puede demostrar que lo que desobedece es nulo de nulidad absoluta.

Nuestra sociedad está bastante madura en esta materia como para no incurrir en desobediencia generalizada a actos administrativos regulares. Es sólo la verdadera desesperación o incluso la furia colectiva que lleva a veces a actos grupales de agresividad o daño intencional, eso nada tiene que ver con la posibilidad de desobedecer un acto nulo de nulidad absoluta. Bien al contrario, es la continua obediencia a actos inválidos lo que lleva a esos actos sociales de desesperación colectiva.

En otras palabras, admitir la no presunción de legitimidad del acto irregular, es decir del acto nulo o inexistente, no afecta en modo alguno a la totalidad de los actos administrativos y mucho menos a los actos regulares. Si por acaso una persona desobedeciera un acto *válido* o un acto *anulable*, ella cargará con las consecuencias y las sanciones correspondientes;⁶⁶ no tendrá como excusa ni siquiera el error.

Es parecido al dilema que se le presenta a la persona que dentro de la función pública recibe órdenes ilegales de sus superiores, o incluso contrarias al orden público internacional: Tortura, genocidio, piratería, esclavitud y sus sucedáneos de reducción a la servidumbre y trata de blancas; o los delitos también de lesa humanidad que están *in statu nascendi*, tales como el narcotráfico, el crimen organizado y especialmente la corrupción.⁶⁷

Resulta obvio que nadie puede dar ni obedecer impunemente esas órdenes, pues si lo hace serán susceptibles, tanto el autor como el ejecutor, de reproche penal internacional y extranjero imprescriptible, aunque no lo sufran en el ámbito interno.⁶⁸ A la inversa, la desobediencia al acto administrativo individual puede acarrear sanciones internas, que más tarde deberá el afectado podrá a lo sumo

⁶⁶ En este sentido indica WOLFF, *op. cit.*, p. 341, que en el derecho alemán, en que el acto nulo es ineficaz de antemano, “no necesita ser obedecido por nadie, ni siquiera por el afectado o por la autoridad que lo emanó.” “Sin embargo el afectado soporta el riesgo de asumir erróneamente nulidad; él no puede remitirse a su buena fe. En los casos de duda debe pues acudir al tribunal administrativo.” SUNDFELD, CARLOS ARI, *Acto administrativo inválido*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 22 y 26, destaca este riesgo del particular y señala también que el acto no existirá cuando “fuere desconocido como tal por los destinatarios,” enfatizando acertadamente el efecto de la resistencia civil al acto. Evoca a HART que comentamos *infra*, en el cap. VIII, § 9.1, “La ley inmoral.” En igual sentido acerca de la resistencia de los ciudadanos y la no ejecución por el funcionario, VIGNOCCHI, GUSTAVO, *La natura giuridica dell' autorizzazione amministrativa*, Padua, CEDAM, 1944, p. 130.

⁶⁷ Nos remitimos a lo explicado *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes nacionales del derecho administrativo;” ver también en este t. 3, cap. V, § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad.” Ver también nuestra conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO, *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, 1998, pp. 101-19.

⁶⁸ Se trata del caso *Regina v. Evans (La Reina c. Evans y ot.)* resuelto por los *Law Lords, LL*, 1999-A, 432, que comentamos en el cap. II, nota 120, p. II-29; ver también WILLIAM, SYLVIA MAUREEN, “El derecho británico y la inmunidad soberana,” *LL*, 1998-F, 1233.

intentar revertir en el orden internacional⁶⁹ si no logra su anulación interna: Es el precio que hay que pagar por la libertad y por no poder entre todos saber o tener el coraje de parar la tiranía en ciernes, como corresponde si es que pretendemos que la resistencia sea útil.⁷⁰ No es un ejercicio que resulte precisamente gratis. Hay en esto no solamente un *derecho* a la objeción de conciencia, como lo han dicho en materia de libertad de cultos algunos votos en *Bahamondez*,⁷¹ sino también un *deber* a la objeción de conciencia, cuando la orden contraviene el orden público internacional o las normas básicas de convivencia en una sociedad civilizada. Si no cumplimos con este deber moral, somos tan responsables como los que los cometen y los que los cobijan, desde la justicia o desde la cátedra, sobre todo desde esta última, donde muchos esconden sus prejuicios y privilegios de poder. No cabe esperar que comience la persecución política, los asesinatos anónimos, los seudo suicidios, para comenzar la resistencia: Debemos comenzar siempre y en cada caso con toda infracción al Estado de Derecho, con todo apartamiento del sistema republicano de gobierno, con toda violación de la división de poderes, con cada amenaza o persecución al periodismo o al pensamiento independiente, con cada ataque a la independencia del poder judicial. De lo contrario será siempre demasiado tarde y los culpables seremos nosotros mismos. Es el mismo deber de resistencia a la autoridad, tanto en el plano mayor de la tiranía, como en el concreto de la orden individual ilegítima: “las conductas [...] fueron realizadas con la finalidad de impedir que la autoridad policial concretara una medida ilegítima, que, por ende, ningún ciudadano debe soportar.”⁷² La tiranía tiene también reproche constitucional expreso en los arts. 29 y 36 y en el sistema internacional de derechos humanos, por lo que un intérprete del derecho no puede desentenderse del problema en el derecho positivo por la mera invocación de un decreto-ley de

⁶⁹ El que no obedece órdenes ilegales y es sancionado obtiene luego la reparación internacional, aunque el *pretium doloris* desde luego no es mensurable. Los antecedentes pueden encontrarse a través de diversos pronunciamientos locales que aplican la condena internacional, ejecutada por las leyes 24.043 y 24.096: CSJN, *Birt*, último voto, *LL*, 1995-D, 292; CSJN, *Noro*, *LL*, 1997-F, 700; CNFed. CA, Sala III, *LL*, *Rinaudo*, 1995-E, 504; CNFed. CA, Sala V, *Ceballos*, *LL*, 1998-D, 216. Ver también notas a algunos de estos fallos en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 2, “¿Una excepción a la ley 24.447?”, pp. 33-6; § 16, “La implacable tasa de justicia,” pp. 63-6; § 91, “Una historia que no cierra: reparación histórica vs. *ultima ratio*,” pp. 189-91. Ver también nuestro art. “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998. Se trata del caso de los Testigos de Jehová, que la CSJN resolvió favorablemente, en cuanto a la tutela de la libertad religiosa, en *Bahamondez*, *LL*, 1993-D, 130, pero no la Cámara ni tampoco después la propia Corte en el caso comentado en la *RAP*, 234: 91.

⁷⁰ Repitamos una vez lo que dijo MANNHEIM, a quien hemos citado en el t. 1, *Parte general, op. cit.*, 8ª ed., cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales,” p. III-24, nota 20.2: “una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura.”

⁷¹ El voto de CAVAGNA MARTÍNEZ y BOGGIANO en *Bahamondez*, *LL*, 1993-D, 130, expresa que la libertad religiosa “incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como *el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona.*” El destacado es nuestro.

⁷² Tribunal Oral Criminal n° 23, *Heredia*, *LL*, 1998-E, 311, 321.

un gobierno de facto.⁷³ En sus manifestaciones más extremas, equivale a decir que no hay Dios, ni justicia, ni sociedad universal. Menos aún cuando se ha podido señalar que el derecho a que no se ejecute por la fuerza un acto nulo forma parte de los principios que hacen a una nación civilizada, como ha dicho VEDEL. Pues es bien sabido que son precisamente los principios jurídicos “generalmente aceptados por las naciones civilizadas” los que adquieren carácter *erga omnes*, incluso aunque alguno de los Estados o naciones con *standards* menos elevado de conducta jurídica no los recepten como tales. Existen con independencia de la voluntad de los Estados individuales, como parte del sistema *erga omnes* de derechos humanos preexistentes a la voluntad de Estado alguno; superiores, incluso, al principio del *ius cogens* internacional.⁷⁴ Esa tiranía empieza a asomar su cabeza cada vez que la doctrina o la jurisprudencia reconocen al acto administrativo *gravemente viciado* alguna presunción de legitimidad o alguna ejecutoriedad (o, lo que es lo mismo, se niegan a reconocerlo como tal): ese es el comienzo de la arbitrariedad y la irracionalidad erigidas al nivel de sistema. Ya hablamos en diversos lugares de la responsabilidad moral que le cabe en esto a la doctrina jurídica.⁷⁵ Lo que después siga no debiera ya sorprender, cuando la doctrina comparada, incluso francesa y nacional nos ha advertido que esos preceptos son la base de una sociedad meramente civilizada;⁷⁶ de donde se sigue,

⁷³ Por cierto, la resistencia al poder de turno tiene siempre un costo, que debemos soportar todos, pero la única clave de ser libres es no tener miedo a la muerte ni a los infortunios. Es siempre necesario releer a SÉNECA, *Epístolas morales a Lucilio*, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini, 1997, Libro IX, epístolas 76 y ss., p. 373, quien a su vez recuerda a Eneas en VIRGILIO, VI 103-5, diciendo a la Sibila de Cumas, luego que le ha vaticinado el futuro: “Ningún aspecto del sufrimiento se presenta [...] nuevo o inesperado para mí; todo lo tengo previsto y personalmente lo he revivido en mi ánimo;” a lo que agrega SÉNECA “Tú me anuncias hoy tales sufrimientos; yo me los he anunciado siempre y, como hombre, me he preparado para los reveses humanos;” “Por ello el sabio se acostumbra a los males venideros; los sufrimientos que otros hacen leves con una larga paciencia, él los hace leves con una larga reflexión;” “El sabio sabe que le aguarda toda clase de infortunios. Ante cualquier accidente exclama: «lo sabía»;” también es interesante ver las epístolas siguientes.

⁷⁴ Ver RAGAZZI, MAURIZIO, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 130 y nota 30, quien muestra cómo a partir de votos salvados (nuestro “según su voto,” el Juez TANAKA en el caso *South West Africa* de la CIJ), el *dictum* en *Barcelona Traction* y otras decisiones de la ICJ (como la que figura en *I.C.J. Reports* 1951, p. 23, “principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aún sin ninguna obligación convencional;” RAGAZZI, *op. cit.*, p. 100 y nota 34, 102 y notas) se va formando un nuevo derecho que ya no cabe llamar internacional, sino mundial y que cubre precisamente y entre otros, el sistema de derechos humanos, incluso contra prácticas establecidas en contrario y aún sin la voluntad de las naciones individuales: *op. cit.*, p. 116 y nota 47, quien también se remite, en la p. 130 y nota 52 a TANAKA, “Du droit international au droit mondial,” *Études juridiques offertes a Léon Julliot de la Morandière*, París, 1964, pp. 563-7. Sin duda que todo esto va desarrollándose lentamente y para el futuro, pero un abogado debe estar preparado para la aplicación del derecho también en el futuro.

⁷⁵ Lo hicimos en el *Prólogo* a nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984; lo hacemos en el cap. I de *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed.

⁷⁶ Esta es la doctrina francesa tal como la ve este autor y también BARRA, “Ejecutoriedad del acto administrativo,” *op. cit.*, p. 69, recordando a VEDEL, *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980. Ampliar para el derecho estadounidense y europeo en MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 761 y ss.

sin mayor dificultad, que apartarse de ellos es comenzar a abrazar la barbarie que condenaban nuestros próceres y el *jus cogens*⁷⁷ y condena todavía, cada vez que puede, la humanidad. Asignar tanto poder al acto gravemente viciado es renunciar a vivir civilizadamente, precio que hemos pagado todos por tolerar más de una vez la formación de una tiranía.⁷⁸ Quedará sólo la amenaza de la sanción internacional, como en *Regina v. Evans*. Y la cuestión no se resuelve diciendo que exageramos, porque la tendencia universalista es inconfundible. Ello, a menos que el derecho patrio viviente se decida algún día a aplicar los nuevos principios del art. 36.

5. Efectos de la presunción de legitimidad

5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos

La principal consecuencia de la presunción de legitimidad del acto administrativo regular (válido o anulable, no el nulo cuyo vicio es grave y a veces manifiesto) es sin duda importante: como dice DIEZ, “por ello el acto legítimo y el acto inválido no se diferencian ya que ambos lo vinculan igualmente. De allí, entonces, que la situación jurídica de los actos que se presumen legítimos, hasta que no se demuestre lo contrario, es común a los actos legítimos y a los inválidos.”⁷⁹ En igual sentido expresa LINARES que los actos administrativos viciados “pueden tener si no validez, por subsunción específica normal, validez por habilitación; y en este sentido gozan de una vigencia precaria mientras no se los revoque por el propio autor o por los jueces.”⁸⁰ En otras palabras, de la presunción de legitimidad se deriva la obligatoriedad o exigibilidad del acto, lo que hace que los destinatarios del mismo tengan el deber jurídico de cumplirlo. Esta igualación no es para *todos* los actos ilegítimos, sino sólo para los que tienen el carácter de *regulares*, por carecer de vicios graves. Lo que se igualan son los actos regulares, válidos o anulables, en cuanto a los efectos que provisionalmente producen hasta tanto

⁷⁷ El hablar de comunidad o país civilizado evoca directamente, por supuesto, el orden público internacional o *ius cogens*, con todas sus implicancias: juzgamiento por la comunidad internacional, sean países extranjeros o tribunales internacionales, imposibilidad de alegar el derecho interno, etc. Lo hemos advertido reiteradamente, desde el cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” del t. 1, pasando por *Derechos Humanos, op. cit.*, y llegando al nivel de simple recordatorio, como la primera notícula en *Cien notas..., op. cit.*, § 1, “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” pp. 31-3.

⁷⁸ Reiteramos la cita que hicieramos en la nota 70, p. V-18, de MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168: “Una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura,” WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pp. 85-6. Ampliar *supra*, tomo 1, *Parte general, op. cit.*, cap. III.

⁷⁹ DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 296.

⁸⁰ LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 29. En otra terminología se ha dicho también que tiene una validez provisoria, lo cual es una cierta licencia literaria. Por ello dice SUNDFELD, *op. cit.*, p. 25: “No existe una validez provisoria del acto. O una norma se conforma, o no se conforma, a la jerárquicamente superior. No es posible lógicamente que en un momento haya conformidad y, en otro posterior, disconformidad.”

su invalidez sea declarada por una autoridad competente. Los actos irregulares no se igualan, ni siquiera provisionalmente, a los actos válidos.

5.2. Necesidad de pedir la ilegitimidad

De lo expuesto se deduce un segundo aspecto de la presunción de legitimidad: que para desvirtuarla a veces es necesario pedirla,⁸¹ sea ante la administración o ante la justicia. La administración puede de oficio revocar el acto, salvo los casos que explicaremos.⁸² Esa es la doctrina usual para los actos regulares, conforme la propuesta primigenia de nuestro Proyecto de Código Administrativo de 1964.

La justicia no puede, según habitualmente se entiende, declarar de oficio la invalidez de un acto,⁸³ pero si ella le es requerida, aunque no le sea fundamentada en derecho, de todos modos está obligada a decir el derecho, *iura curia novit* y anular lo que sea contrario a derecho; incluyendo los actos administrativos que lesionen el derecho constitucional, los tratados internacionales y los principios de la comunidad civilizada de naciones. El juez no puede, sin abdicar de lo más elemental de su función que es *decir el derecho*, partir a la inversa de una mal entendida solidaridad con el poder, ni tener una postura de compromiso inicial con el acto, las leyes, sentencias, etc.: su compromiso único es con la justicia y el orden jurídico, en cuya cúspide se halla el orden público internacional, los tratados internacionales y supranacionales y la Constitución nacional.

Ese es el compromiso de un juez que ejerza su *jurisdictio*. Pues no será decir el derecho, sino mentirlo, preferir a los actos de menor rango en la escala normativa, que son del poder de turno y preterir a las normas supremas del ordenamiento, que son las permanentes de un orden jurídico respetuoso del bien común. Por un deber de transparencia al lector, debemos decir que no ocurre así en la realidad y hay muchos y calificados expositores del punto de vista opuesto y virtualmente la totalidad de la jurisprudencia. Que, además, le reconoce a la administración un coto de caza sobre los individuos, una zona liberada para la inconstitucionalidad y el descontrol: la tristemente célebre, entre nosotros, zona de reserva de la administración. Algunos se consideran maltratados con inmerecida dureza e injusticia por estas comparaciones, pues al final de cuentas sólo exponen una teoría jurídica, con hartó fundamento doctrinario. ¿Por qué habría de asignársele una ideología política que no profesan? Porque, lamentablemente, dan ese resultado práctico, no importa cuán buenas sean sus intenciones y cuán empinados sus libros jurídicos de cabecera. Este es uno de los casos en que el derecho público viviente traiciona su compromiso con el origen religioso que algunos autores le

⁸¹ MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 372.

⁸² *Infra*, cap.VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

⁸³ CSJN, *Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Pcia. de Corrientes*, Fallos, 324:3219, LL, *Suplemento de Derecho Constitucional*, 30 de noviembre de 2001, con nota de BESTARD, ANA MARÍA, “El Caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio.” *Supra*, “Introducción,” § 8, “El sistemático incumplimiento de la Constitución.”

asignan.⁸⁴ El individuo “no puede sustituirse a la autoridad competente, a los efectos de establecer la legitimidad del acto;”⁸⁵ él debe pedir la declaración de su ilegitimidad y mientras tanto comportarse como si el acto fuera válido, aunque en verdad no lo sea. Él debe someterse; está sometido.

5.3. *¿Necesidad de probar la ilegitimidad?*

Si bien algunos fallos y autores expresan que la presunción de legitimidad acarrea la necesidad simultánea de *alegar* y *probar* la ilegitimidad del acto,⁸⁶ pensamos que esa doble consecuencia es inexacta. Por de pronto, parece evidente que la prueba —aún admitiendo esta orientación— sólo puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto dependa de situaciones de hecho que éste ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de su mera confrontación con el orden jurídico positivo, parece infundado que ello deba de alguna manera probarse: es obvio a su respecto que la ilegitimidad sólo se *alega*, en primera instancia. Si el vicio es manifiesto, en verdad, debe ser suficiente con *pedirla*.

En la apelación cabe argumentarla expresando los agravios contra la sentencia de primera instancia, para cumplir con el recaudo procesal, so pena de dejar desierto el recurso (“probándola,” si acaso, en sentido argumental o lógico-jurídico, pero no fáctico), pero ninguna prueba concreta es necesario ofrecer o producir si la cuestión es de puro derecho o el vicio manifiesto. Lo mismo puede decirse del caso del hecho notorio y del hecho evidente en derecho procesal. Típicos de esta situación son los casos en que el vicio del acto no resulta de situaciones de hecho susceptibles de prueba (desviación de poder, desconocimiento de los hechos del caso, etc.), sino de la interpretación del derecho aplicable. Puede un acto ser nulo por tener “manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley” (*Pustelnik*, cons. 4°), o puede en cambio ser anulable por estimar el órgano que declara el vicio, que el acto en cuestión no interpretó rectamente el orden jurídico aplicable. En este caso no se habrá de “probar” la ilegitimidad del acto, sino de allegar a la causa argu-

⁸⁴ STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law,” *European Review of Public Law*, 10-3: 621,633, Londres, Esperia, 1998, para quien el derecho público debe a las iglesias parte de sus orígenes; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten,” 1997- 31:5/30, *Essener Gespräche*; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres,” en JORGE MIRANDA (ed.), *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, 1996, pp. 737-68. De la *corruptio naturae* que en SAN AGUSTÍN era la base del pecado original (*De civitate Dei*, XIII 14, 23; XXI 12), SANTO TOMÁS enfatizó la ausencia de justicia natural: *Peccatum originale materialiter quidem est concupiscentia; formaliter vero, defectus originales iustitiæ: Summa Theologiæ* I-II qu. 82, 3; por eso la tentación a denegar acceso a la justicia (MAIRAL, *Control judicial...*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 141) ha de verse como una tentación al pecado. El desafío contemporáneo es actuar conforme a la justicia natural, p. ej. el *ius gentium*. El orden *eterno* no puede aliarse “como principio” al poder sólo *temporal* del gobierno de turno; no puede postularse un compromiso, inicial ni final, con el poder político de cada tiempo.

⁸⁵ DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 296.

⁸⁶ Ver los fallos que cita HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, p. 110.

mentos de derecho suficientes para demostrar que el acto impugnado no aplicó correctamente el orden jurídico vigente. Pero aún aclarado ese obvio equívoco del principio, es de todos modos inexacto que la presunción de legitimidad implique la necesaria probanza de los hechos desconocidos por la administración. Ya hemos recordado que, como dice TREVES, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*;⁸⁷ de allí se sigue, en palabras de MICHELI, que “de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios” y que no puede sentarse un principio de “en la duda a favor del Estado,”⁸⁸ sino en un estado democrático *in dubio pro libertate*,⁸⁹ en otras palabras, que “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba,”⁹⁰ ni libera al administrador de aportar las pruebas que sustenten su acción.⁹¹

5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo

Además de estas consecuencias que resultan en una igualación práctica de los actos válidos y algunos de los inválidos, se produce otro efecto trascendente: es la exigibilidad u obligatoriedad que el acto presumido legítimo tiene y que algunos autores extienden hasta reconocerle lo que se denomina ejecutoriedad. A ella nos referiremos luego. Sin embargo, no debe pensarse que cualquier disposición emanada de la administración reúne inexorablemente esas condiciones de presunción de legitimidad y exigibilidad: tanto si se admite la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, como si en su lugar se habla de las vías de hecho de la administración, o de los simples hechos administrativos, en todos esos casos es evidente que la actividad administrativa no tiene *siempre* presunción de legitimidad ni es por lo tanto base suficiente para generar obligaciones exigibles. Con todo que el principio ha sido formulado con latitud, pues no alcanza a *cualquier* manifestación de la actividad administrativa, sino sólo a los actos válidos y anulables (actos regulares), cabe siempre recordar, aún de acuerdo a las tesis positivistas, que no alcanza, pues, a los actos irregulares. (Nulos e inexistentes.)

⁸⁷TREVES, GIUSEPPINO, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, p. 84 y ss., 161 y ss.; *supra*, t. 2, cap. I; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, § 440 y ss., p. 773 y ss.

⁸⁸MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, nota 110; *supra*, t. 2, *op. loc. cit.*

⁸⁹Ampliar en SCHNEIDER, PETER, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960.

⁹⁰MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119, *in fine*. Antiguos y superados pronunciamientos decían lo contrario: Cámara Federal de la Capital, Sala CA, *JA*, 1967-I, 205, *Renaud*, 1966.

⁹¹MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118. Esto, que debe ser así en sede judicial en cuanto al *onus probandi*, no siempre realmente lo es (*Adecua c. ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 338); en cambio se formula correctamente en el procedimiento administrativo, donde se postula el imperio del principio de la verdad material, de la instrucción e impulsión de oficio. Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 15.1, “Principio de la impulsión de oficio,” a § 15.6, “Principio de la verdad material.”

6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo

En la jurisprudencia tradicional existía una inconsecuencia, que oportunamente criticamos,⁹² en cuanto se sostenía que el acto nulo no tenía estabilidad, pero sí presunción de legitimidad. Esa falta de sistematicidad se corrige en el decreto-ley 19.549/72, en que el acto nulo es irregular y no tiene presunción de legitimidad ni estabilidad. Por excepción, el art. 17 establece que en determinados casos el acto nulo tiene estabilidad en sede administrativa y sólo puede ser extinguido en sede judicial.⁹³ “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.” Por ello, si el acto es irregular y debe ser revocado en sede administrativa o pedida su nulidad en sede judicial, con mayor razón el acto carece de las características del acto regular, entre ellas la presunción de legitimidad.

III. Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad

7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción⁹⁴

Más de una vez en nuestro derecho administrativo se ha tomado como fuente el derecho francés, sin reparar en la diversidad de sistemas constitucionales.⁹⁵ Así ocurre en materia procesal administrativa,⁹⁶ la llamada zona de reserva de la administración,⁹⁷ etc.

⁹² *El acto administrativo*, op. cit., ed. 1969, p. 130.

⁹³ *Infra*, cap. VI, § 7.2.1., “Requisitos de la estabilidad del acto nulo.”

⁹⁴ HUTCHINSON, p. 110-1, equipara “ejecutividad” a exigibilidad u obligatoriedad.

⁹⁵ D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, § 24, pp. 90-92, cap. IV, § 65, pp. 196, cap. V, § 87, pp. 235-242, § 93, pp. 251-3, cap. VI, pp. 159-260; MAIRAL, *Control judicial...*, t. I, op. cit., § 71, p. 90; GARCÍA-MANSILLA, MANUEL y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006; nuestro artículo “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2001, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RAP 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006 y sus referencias; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, *Serie de Estudios*.

⁹⁶ Ver *supra*, t. 2, cap. XIII, § 3, “Las confusiones entre «lo contencioso administrativo» y el derecho procesal administrativo,” § 4, “Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés,” § 5, “Superación de la confusión entre el «contencioso administrativo» provincial y el derecho procesal federal;” BOSCH, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*, Buenos Aires, 1951; “Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional,” LL, 81: 830, 832; “El origen de la jurisdicción contencioso administrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes,” en *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1945, p. 91 y ss.; LINARES, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal,” LL, 94: 919; “Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires (la deformación jurisprudencial de un código),” LL, 96: 852; FIORINI, “La crisis del contencioso administrativo,” LL, 107: 1168.

⁹⁷ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración.”

Pero a veces se ha tomado mal, además, la misma fuente del derecho francés. Es el caso del contencioso administrativo, del que no se toman las virtudes que ese sistema tiene.⁹⁸ En otros supuestos se mezclan interferencias bien curiosas que para mayores deforman el modelo francés, aún siendo él inaplicable.⁹⁹ El caso más llamativo, con todo, es el presente. Acudimos constantemente a los antecedentes franceses sin lograr aplicar el modelo original, creando en cambio uno que termina siendo, en palabras de BRAIBANT, una caricatura.¹⁰⁰

Para no perdernos de entrada en las lecturas francesas de nuestra propia doctrina o de nosotros mismos, puede ser útil recordar a CASSESE cuando explica, desde Italia pero también en Francia,¹⁰¹ cómo es el sistema. La administración francesa tiene dos privilegios: *du préalable* y *de l'action d'office*. (*Exécution forcée, exécution d'office*.) Uno es el poder de tomar unilateralmente decisiones obligatorias. En el derecho privado hace falta la intervención previa del juez, la administración en cambio “puede decidir unilateralmente y evitar pedirle al juez la autorización de actuar.”¹⁰² Se invierte así la relación y le toca entonces al particular demandar la suspensión de los efectos del acto.¹⁰³ El otro es una excepción a la prohibición de hacerse justicia por mano propia, pero se aplica, como excepción que es, “solamente en ciertos casos y dentro de ciertos límites.”¹⁰⁴ Esas excepciones son tres: cuando la ley lo autoriza puntualmente en un caso concreto; cuando hay urgencia;¹⁰⁵ cuando no hay vía judicial y ningún medio, ni siquiera indirecto, para cumplir el acto.

Es importante destacar, con todo, que aún en el sistema francés los límites son más severos aún, pues *no existe privilegio alguno* para ejecutar el acto *per se* si se trata de limitaciones a la libertad personal¹⁰⁶ o al derecho de propiedad. En las restricciones a la propiedad no se reconoce según CASSESE *ningún* privilegio de ejecución administrativa, aplicando con carácter *extensivo* (pues cesa la excepción y retoma vigencia la regla general) el principio de la ley de 1910 “*pas*

⁹⁸ P.ej. la sugerida por JEAN RIVERO y adoptada por el Consejo de Estado, que aquél relata en “Une crise sous la V^e République: de l'arrêt Canal à l'affaire Canal,” en CONSEIL D'ÉTAT, *Le Conseil d'État de Van VIII à nos jours*, La Spezia, Italia, Adam Biro, 1999, pp. 32-6.

⁹⁹ Así, en materia de actos de gobierno, la derivación a los “actos institucionales” brasileños; *supra*, t. 2, cap. VIII, esp. nota 24.3.

¹⁰⁰ Por supuesto, constituye una manifestación hecha constructivamente al suscripto y sólo de manera verbal. No por ello menos cierta.

¹⁰¹ CASSESE, SABINO, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, París, Montchrestien, 2000, pp. 101-2.

¹⁰² CASSESE, *op. cit.*, p. 101. No siempre es así en nuestro derecho. Ver *Enapro c. Puerto de Rosario S.A.*, año 2000, Juzg. Civil y Com. n.º 1, Rosario, firme, LL, 2000-C, 766, p. 20, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “La extinción concesional con fundamento en la realidad social.”

¹⁰³ CASSESE, *op. loc. cit.*

¹⁰⁴ CASSESE, *op. loc. cit.* y nota 44, donde recuerda a LAVIALLE, C., *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, París, LGDJ, 1974. El destacado es nuestro.

¹⁰⁵ Se sigue citando las risueñas conclusiones de ROMIEU, año 1902, “Cuando se quema la casa, no se va a pedir al juez autorización para enviar los bomberos.”

¹⁰⁶ Pues ello compete, en Francia, a la justicia ordinaria: CASSESE, *op. cit.*, p. 102.

d'expropriation par mesure administrative."¹⁰⁷ Todo eso viene entre nosotros mal citado, mal legislado, mal aplicado. Una verdadera caricatura del original con la pretensión de luego afirmar que no hace ya falta recurrir al derecho comparado, pues tenemos suficientes fuentes autóctonas: se nos pide que no comparemos ya con el mundo, que sólo nos fijemos en quienes aquí lo han deformado.

7.1. Criterio tradicional. Fundamento y alcances

La doctrina argentina tradicional reconocía al acto administrativo, con variantes terminológicas y de manera imbricada recíprocamente, una doble característica proveniente *ab initio* del derecho francés: *a*) que debe cumplirse (*préalable*) y *b*) que la administración tenía a su disposición los medios necesarios para hacerlo cumplir por medio de la coerción directa o indirecta. (*Action d'office, exécution forcée, execution d'office.*)¹⁰⁸ La ejecutoriedad se dividía entonces en propia e impropia, según que la administración tuviera ella misma los medios de coerción, o debiera solicitarlos a la justicia: en el segundo caso la ejecutoriedad sería impropia, p. ej., el cobro de una multa. Aún aceptando ese punto de partida ya parece más propio, en cambio, señalar que en el segundo caso no existe ejecutoriedad alguna, pues en nada se diferencia entonces el acto administrativo del acto de un particular.¹⁰⁹

En el derecho francés tradicional los autores distinguen dos tipos de supuestos:

a) "cuando la ley da a la administración el poder de actuar de oficio, la administración no lo posee sino en la medida estricta en que la ley se lo reconoce"¹¹⁰ y

b) cuando no hay ley reglamentando el punto, "la administración no puede asegurar ella misma la ejecución de su orden o de su prohibición sino cuando no

¹⁰⁷ CASSESE, *op. cit.*, p. 102, quien recuerda en nota 47 a HAURIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, París, Larose, 1929, 3ª ed., p. 39.

¹⁰⁸ ROCCO, FERDINANDO, *Scritti e discorsi di diritto pubblico*, Milán, 1961, p. 15 y ss.; lo critica NAVA NEGRETE, *op. loc. cit.* Ha existido sin embargo una errónea percepción del derecho francés e italiano, como lo destacaron, GONZÁLEZ PÉREZ, ORTIZ, BARRA y otros. Dice ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la administración pública*, San José, Costa Rica, 1973, p. 87: "El privilegio de «*préalable*» o de la decisión ejecutoria, como quiera llamárselo, consiste en la potestad de dictar actos administrativos, inmediatamente eficaces para alterar la situación jurídica de otros sujetos, sin necesidad de su consentimiento; y si el resultado jurídico no es inmediato (porque faltan requisitos de eficacia) es siempre unilateral, sin la voluntad concurrente del destinatario." "La ejecutoriedad del acto es totalmente otra cosa. Es el régimen jurídico de ejecución de sus efectos, que, de consiguiente, sólo es propia de aquellos que la requieren, porque exigen un resultado real e histórico, que sale del mundo del derecho. La ejecución del acto es la conformación de la realidad para su adaptación a los efectos del mismo" (*op. loc. cit.*). Esa distorsionada percepción del derecho francés, p.ej. en MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, 4ª ed., 1993, p. 378, lleva a las reflexiones de REAL que recordamos en las pp. Int.7/8 y notas 41-2 de la "Introducción;" es la escuela *in dubio pro administratione* que siempre domina.

¹⁰⁹ HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁰ CHINOT, R., *Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, París, 1945, p. 52, citado por LEFÉBURE, MARCOS, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, París, 1961, p. 156.

hay sanción penal, ni sanción civil, e incluso ni sanción administrativa y aún en este caso ella no debe ir más allá de lo que sea necesario para la realización inmediata de la ley o del acto administrativo.” Aún en el derecho francés clásico, pues, se requerirá la inexistencia de toda sanción —sea ella penal, civil o administrativa— por el incumplimiento para que proceda la ejecución de oficio. Cabe recordar también a VEDEL, quien expresa que “El problema de la ejecución forzada de decisiones ejecutorias es pues un problema límite; no alcanza a toda fuerza ejecutoria de las decisiones y no es por ello contradictorio decir que una decisión ejecutoria no es necesariamente susceptible de ejecución forzada.”¹¹¹

O sea que en la doctrina francesa decir que una decisión es ejecutoria no significa afirmar que proceda la ejecución forzosa. Por ello creemos más adecuado hablar de la exigibilidad u obligatoriedad del acto, como un concepto diferente de la ejecutoriedad; muchos autores han confundido ya, de la doctrina francesa, la ejecutoriedad con la ejecución forzosa, como para que convenga en castellano seguir con dicha terminología. De todas maneras, valga la pena reiterar que el mismo VEDEL expresa con acierto que “la ejecución forzosa conlleva frecuentemente un ataque a derechos fundamentales (libertad individual, propiedad, inviolabilidad del domicilio, etc.); y es un principio de una sociedad civilizada que tales ataques no puedan ser realizables sino bajo el control y con la autorización de un juez.”¹¹²

La regla general es que las intervenciones sobre la propiedad o la libertad de los individuos no las puede disponer ni menos actuar la administración, sino que debe hacerlo la justicia. Hay y habrá excepciones a esta regla, qué duda puede existir: pero no se puede perder el punto de partida de que son excepciones en derecho administrativo. Por supuesto que para que haya una excepción a la regla no es suficiente con establecerla por vía legislativa, como se ha pretendido últimamente en materia fiscal, facultado a la administración tributaria a actuar por sí y ante sí respecto al derecho de propiedad de los contribuyentes.¹¹³

7.2. Derecho nacional y comparado

Por nuestra parte preferimos caracterizar al acto administrativo en general como exigible u obligatorio (ejecutivo, como diría HUTCHINSON, aunque este vocablo es proclive a confusión con el título “ejecutivo” en el proceso ejecutivo judicial, lo cual por cierto él no postula), señalando con ello el que *debe cumplirse* y tomar como característica aparte, especial, la de su eventual ejecutoriedad, en cuanto posibilidad de uso de la fuerza por la administración.¹¹⁴ La legislación

¹¹¹ VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 161.

¹¹² VEDEL, *Droit administratif*, *op. loc. cit.*

¹¹³ Ver *infra*, nota 116, p. V-28 y los supuestos resueltos por nuestra jurisprudencia, que ejemplificamos *infra*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” nota 119, p. VIII-24.

¹¹⁴ Salvo el alcance que pueden dar a cada terminología, es la misma distinción que formula HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, pp. 108-9.

local ofrece un inconcebible retroceso, pretendiendo dar fuerza ejecutoria, en el sentido indicado de usar los propios medios de coerción, al cobro de impuestos y a las medidas de fuerza de la administración tributaria, sin intervención judicial: la justicia no ha podido sino declararlos una invasión inconstitucional al derecho de propiedad aunque tuviera autorización legislativa.¹¹⁵ Se dirá que es *ejecutorio* cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir por la coerción directa o indirecta (*v.gr.*, sanciones) y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento. Va de suyo que el modo normal de ejecución forzosa de un acto administrativo, cuando avanza sobre la libertad de los individuos o la propiedad *lato sensu* de las personas físicas o jurídicas, es con la debida intervención judicial que controle que el acto es al menos regular, esto es, válido o anulable pero jamás nulo o inexistente. La reciente innovación de la provincia de Buenos Aires, que pretende que la administración pueda ella misma dictar medidas cautelares contra el particular, sin intervención judicial y durante el proceso administrativo en materia tributaria es simplemente un disparate que no resiste el menor análisis: sólo muestra el estado feudal en que nuestra sociedad se encuentra.¹¹⁶ Ese modo de ejecución forzosa, por intermedio de la justicia, es el normal en un Estado de Derecho; no puede llamarse impropia: es la propia o normal *en derecho*. Será impropia en un Estado de Derecho, en todo caso, cuando la administración pueda hacerlo ella misma en virtud de una norma que la autoriza especialmente para el tipo de casos de que se trata, que no deberán versar sobre la libertad o propiedad de terceros. Que la terminología esté al respecto invertida no es sino una muestra más del profundo disvalor político con el cual a veces se construye el derecho administrativo. La diferencia, a más de terminológica, radica en que en la doctrina tradicional se afirmaba, sin fundamento positivo expreso y puntual, no genérico, que la administración tiene por principio el uso de la coerción a su disposición. Por el contrario, varios autores entendemos que dicho principio no existe y que sólo cuando el orden jurídico la autorice expresamente o en forma razonablemente implícita y para los casos concretos y específicos en que ello ocurra, o categorías muy puntuales de casos, tendrá la administración el uso de la coerción para lograr ella misma y por sí sola el cumplimiento de sus actos, debiendo en los demás casos solicitar judicialmente la ejecución coactiva del acto. Expresa en igual criterio LINARES que puede entonces sostenerse “la regla de que la ejecutoriedad propia requiere, en nuestro país, un texto legal [caso por caso] fundante,”¹¹⁷ lo que hace extensivo al decreto-ley de procedimiento en el sentido de que él no es suficiente texto

¹¹⁵ *Infra*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” nota 119, p. VIII-24; también las notas 113 y 116 de este cap. V.

¹¹⁶ Ver SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” *LL*, 2007-B, 435.

¹¹⁷ LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 326, p. 366.

expreso, por su insuperable generalidad, para fundar tal ejecutoriedad propia.¹¹⁸ Es coincidente la opinión posterior de BARRA, que a pesar del texto del art. 12 del decreto-ley 19.549/72, la administración “no goza de ningún privilegio especial que le permita invadir la esfera de libertad o de propiedad de los administrados. El ordenamiento le ha reservado este privilegio al Poder Judicial.”¹¹⁹

“Por eso es criticable el art. 12, L.P.A., el cual, en una redacción no demasiado afortunada, mueve a confusión presentando como regla lo que es una evidente excepción.”¹²⁰ Se advierte una etapa de inflexión en la que se pone en tela de juicio el derecho administrativo argentino.¹²¹ En este sentido, lo que fue normal en el pasado, admitirle a la administración invocar su propia torpeza y volver sobre sus propios actos,¹²² parece cada vez menos admisible en el Estado contemporáneo. Muestra de esta nueva tendencia es la admisión creciente del precedente administrativo y de la confianza debida.¹²³ La seguridad jurídica es un principio construido en tutela de los derechos individuales, aunque con frecuencia se lo utiliza al revés, en refuerzo de la potestad pública y en contra de los derechos individuales.¹²⁴ Hay importantes precedentes a considerar.¹²⁵ “De esta manera, la regla se invierte: la administración podrá ejecutar el acto, sólo cuando una norma de jerarquía suficiente lo autoriza,”¹²⁶ lo cual no es ciertamente el caso del art. 12 en cuanto se refiere a la ejecución forzada sobre las personas o las cosas o bienes de terceros. Por eso cabe enfatizar y reiterar que “La autotutela” es “una propiedad que no posee” la administración,¹²⁷ y cuando la tiene por una norma —expresa y concreta para un tipo de actos, según vimos, no para todos y cualquier acto como podría leerse erróneamente el art. 12—, “no es un privilegio

¹¹⁸ LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., § 327, p. 367. Posteriormente en su obra *Derecho administrativo*, op. cit., p. 362, sostiene que la presunción de legitimidad no alcanza al acto nulo, incluso en el sistema del decreto ley 19.549/72. De allí se sigue que tampoco la ejecutoriedad.

¹¹⁹ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. cit., p. 90.

¹²⁰ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. cit., p. 91.

¹²¹ Tal como fuera expuesta por ejemplo por GRECCO, CARLOS MANUEL “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091,” *LL*, 1980-B, 906 (y que la matizara él mismo —a nuestro juicio— al comenzar a admitir los precedentes y la práctica administrativa, según veremos más abajo); COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo*, 1998, 2ª ed., p. 55 y ss. y *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37.

¹²² COMADIRA, *La anulación...*, op. cit., p. 53 y ss.

¹²³ Que sugerimos en el cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido,” nota 4.5. y sus referencias, a partir de lo también expuesto por COMADIRA y COVIELLO, el primero en *Derecho administrativo*, op. cit., p. 126 y nota 37 y el segundo en “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894.

¹²⁴ Como agudamente sugieren CAPUTI, MARÍA CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

¹²⁵ STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, *Miranda*, *LL*, 1998-E, 198, 202; CN-Fed. CA, Sala III, *Casik*, 26-XI-85; CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional*, *J.A.*, 1989-IV, 429; *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, *LL*, 1992-B, 216, cons. 4º *in fine*. Ver también MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

¹²⁶ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. cit., p. 92.

¹²⁷ BARRA, “Ejecutoriedad...,” op. loc. cit..

sino una competencia, que [...] es [...] de interpretación restrictiva, pues sólo puede nacer del ordenamiento y no de la naturaleza del acto, como equivocadamente parece establecerlo el art. 12, L.P.A.”¹²⁸

Por todo ello es representativo del derecho universal VEDEL cuando afirma que “sería un error creer que, por definición, una decisión ejecutoria puede ser ejecutada por la fuerza.” El reconocimiento de su fuerza ejecutoria “no equivale en absoluto a afirmar que puede, en cualquier caso, ser objeto de ejecución forzosa.”¹²⁹ Es lo mismo que señala BENOÎT cuando dice “que ninguna ejecución forzosa (en sede administrativa) es posible sin un texto expreso que la prevea”¹³⁰ en el caso particular, o grupo de casos concretos determinados. Algunos actos administrativos se ponen en práctica sin recurrir a la fuerza porque no la requieren materialmente: si un funcionario es separado del cargo se le deja de pagar el sueldo y queda desposeído del cargo; la designación de un funcionario y puesta en funciones no requiere tampoco de la fuerza;¹³¹ la revocación de una beca, subsidio, etc., importa la automática suspensión del pago administrativo; la revocación de una licencia importa la obligación de retomar el cargo o enfrentar las sanciones por no hacerlo; una determinación tributaria genera la obligación de pagarla y si no se provocan automáticamente intereses moratorios o punitivos, así sucesivamente.

En cuanto a los actos que sí requieren de la fuerza para ser puestos en práctica, sólo el juez, en los sistemas civilizados, puede aplicar violencia sobre las personas y las cosas. Esta es la doctrina francesa,¹³² aunque algunos autores nacionales no describen igual la doctrina francesa por una posible equiparación de dos nociones diferentes en derecho francés, el *privilège du préalable* y la *exécution forcée*.¹³³

El primero se asemeja a lo que llamamos presunción de legitimidad o decisión ejecutoria y el segundo a lo denominado ejecutoriedad, que para la doctrina francesa —en esta terminología de la *exécution forcée*— requiere de autorización legislativa puntual, al menos para grupos o categoría de casos, nunca para todos los actos administrativos. Esa confusión es la que llevó a la equivocada —y no conforme a los parámetros del Estado de derecho— redacción de nuestro art. 12 del decreto-ley 19.549/72.

¹²⁸ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. loc. cit.*

¹²⁹ VEDEL, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 167; BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 68.

¹³⁰ Ver BENOÎT, FRANCIS PAUL, *El derecho administrativo francés*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pp. 673-4, también recordado por BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 69.

¹³¹ VEDEL, de quien BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. loc. cit.*, recuerda también la ed. española: *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 167-8.

¹³² BARRA, *Ejecutoriedad...*, *op. loc. cit.*

¹³³ También BARRA insiste en que no debe confundirse el “*privilège du préalable*” con el “*privilège d'exécution d'office*” o “*forcée*.” (“Ejecutoriedad...,” *op. loc. cit.*); el primero es la obligatoriedad o exigibilidad (ejecutividad en los españoles), el segundo la ejecutoriedad. Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, muchos los confunden. La doctrina francesa hace la distinción con pulcritud: RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1962, p. 89; BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 69, nota 8; ORTIZ, *op. loc. cit.* y nosotros.

Pero como una norma que puede ser interpretada de una manera que la lleve a un resultado absurdo, injusto o inconstitucional debe ser interpretada del modo que la haga compatible con el resto del orden jurídico, no puede jamás asignársele el sentido que su texto literal inadvertidamente contiene, por una referencia mal tomada del derecho francés, que ni siquiera allí existe. Por lo demás, si ello es el sistema civilizado en un sistema donde la administración no se somete a la justicia sino a su propia jurisdicción, lo es con mayor razón en nuestro sistema de división de poderes, donde sólo el juez puede aplicar violencia sobre las personas o las cosas. Ese sometimiento de la administración a la Justicia no es para que ésta actúe de mero ciego verdugo o ejecutor de la administración: el Poder Judicial no es la Policía que ejecuta una sentencia y menos de la administración.¹³⁴

La función irrenunciable de los jueces, que no todos ejercen debidamente, es precisamente controlar la conformidad con el orden jurídico del acto cuya ejecución se le pide, no ejecutar ciegamente lo que la administración dispone, aunque tenga fundamento normativo aparente. Por ello señala BARRA que no cabe confundir “una cualidad procesal del acto” “con un aspecto sustancial de su régimen jurídico.”¹³⁵ Recuerda con BENVENUTTI que la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad “no son cualidades del acto, sino solamente atributos que se le derivan de reflejo por efecto de la capacidad que le es reconocida a la administración,”¹³⁶ por lo que son expresiones “totalmente atécnicas” agregando que “Otra vez se nos aparece un problema de competencia más que de caracteres del acto administrativo.”¹³⁷ Hace lo propio con VIRGA,¹³⁸ que en sus palabras afirma también que “la coercibilidad [...] sólo puede ser ejercida por la administración en propia sede, cuando afecte directamente a las personas o a las cosas (de propiedad del administrado en cuestión) si la ley lo autoriza expresamente y en la medida y con la modalidad de tal autorización;” que, agregamos nosotros, debe necesariamente ser puntual y concreta y no puede ser genérica como pareciera sugerirlo el art. 12 del decreto-ley 19.549/72. “Por lo tanto, la posibilidad de utilizar la fuerza pública por propia decisión administrativa (y no mediante la intervención judicial, por el procedimiento que sea) *no es un atributo propio del acto administrativo*, sino una competencia especial otorgada por la ley a la administración.”¹³⁹ Recuerda igualmente a SANDULLI: “la ejecutoriedad (poder de autotutela que habilita la ejecución forzada en propia sede) no es un atributo de todos los actos administrativos. *En un ordenamiento basado sobre el principio de legalidad* (el destacado es nuestro), el privilegio de la coercibilidad, independientemente de un pronunciamiento de la autoridad judicial, con relación al deber

¹³⁴ Conf. MAIRAL, *Control judicial...*, t. I, *op. cit.*, pp. 778-85.

¹³⁵ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 72.

¹³⁶ BENVENUTTI, FELICIANO, *Appunti di diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1959, p. 147 y ss., 156.

¹³⁷ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 76.

¹³⁸ VIRGA, PIETRO, *Il provvedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 32.

¹³⁹ BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 76.

impuesto a los individuos, no puede ser reconocido a la administración fuera de los casos en que la ley (expresa o implícitamente) lo concede¹⁴⁰ en el caso particular, sea para una categoría de actos o para un acto concreto, pero nunca para todos los actos en forma indiscriminada. Tampoco, por cierto, para los actos que no cumplen sus propios requisitos básicos de audiencia previa, dictamen jurídico previo, fundamentación razonable, suficiente y adecuada, etc. No se trata de una “licencia para violar la ley,” como parecen entenderlo quienes le asignan o ejecutan todas las virtualidades de ejecución forzada por la justicia sin el cumplimiento mínimo por el acto de los recaudos que el decreto-ley establece.¹⁴¹ Es llevarlo a la autocontradicción, agregarle otros deméritos a los que ya tiene por su origen netamente favorable a la autoridad y no a la libertad. No se puede razonablemente interpretarlo como que confiere sus potestades a quien lo transgrede. También FIORINI sostuvo que “la ejecutoriedad genérica del acto administrativo encuentra su repulsa cuando se dirige a una persona física, al domicilio, a la propiedad, a la libertad individual o a la correspondencia. La ejecutoriedad del acto, en estos casos, está negada por una norma superior, cual es la Constitución.”¹⁴²

A veces se menciona como ejemplo de ejecutoriedad lo que parte de la doctrina llama autotutela del dominio público, pero ocurre que se trata de materia legislada de manera completamente diversa, en la cual la administración también debe ocurrir ante la justicia, como es el caso del decreto-ley 17.091/67.¹⁴³ En dichas normas se requiere específica acción judicial decisoria y ejecutoria para invadir el ámbito del derecho de propiedad; en ellas en momento alguno se contempla la supuesta autotutela que la doctrina tradicionalmente y con tanto énfasis mentaba.¹⁴⁴ Incluso en las nuevas normas de la Ciudad de Buenos Aires se limitan las facultades policiales para detener a las personas por faltas o contravenciones locales, lo que requiere la intervención de fiscales integrantes del Poder Judicial local. Tampoco existe allí ejecutoriedad del acto administrativo policial, siendo la policía por ahora incluso nacional.

¹⁴⁰ SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, t. I, Nápoles, Jovene, 1984, p. 595.

¹⁴¹ En igual sentido RANELLETTI, *op. cit.*, p. 128, aclara que la ejecutoriedad se aplica a los actos válidos y *anulables*, pero no a los nulos.

¹⁴² FIORINI, B., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 147, igualmente recordado por BARRA, “Ejecutoriedad...,” *op. cit.*, p. 77.

¹⁴³ Ver CENTANARO, ESTEBAN, “Desocupación de bienes del dominio privado del Estado,” en BALBÍN, CARLOS F. (dir.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, título XIII, cap. III, comentario al art. 463, p. 884 y ss.; CABEZAS CESCATO, PAOLA, “El artículo 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *LL*, 2002-D, 719; STUPENENGO, JUAN ANTONIO Y ZAYAT, VALERIA E., “El art. 463 del CCAT y un debate relativo a la autotutela administrativa,” *ED, Serie Especial de Derecho Administrativo*, 31-VII-2002; CORDEIRO, MARIANO LUCAS, “Reflexiones en torno al artículo 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su constitucionalidad,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO/ VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coords.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 59-82.

¹⁴⁴ CNFed. CA, Sala III, *FE.ME.SA c. Intrusos y/u ocupantes*, *LL*, 1995-E, 491; GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 14, “Intrusos y ex concesionarios en inmuebles del Estado,” pp. 59-61.

La ejecutoriedad mal llamada propia, con el alcance de otorgar a la administración el uso de la coerción para ejecutar por sí sus actos, aún cuando se encuentre en contraposición a derechos de los particulares, sólo puede razonable y constitucionalmente otorgarse en grupos de casos determinados, a texto expreso o razonablemente implícito; nunca podría admitirse, sin incurrir en arbitrariedad, que una norma legal general diera a la administración una suerte de potestad omnímoda e indiscriminada para usar de la coerción de la manera que discrecionalmente le pareciera más oportuna, en cualquier caso, en todo acto que se le ocurra dictar, de cualquier modo, con cualquier incumplimiento del orden jurídico. En tal sentido expresa BREWER CARÍAS que “En principio, la ejecución forzosa del acto administrativo *por vías coercitivas* no puede tener lugar sino por vía judicial;” “Por tanto la administración, a pesar de que es detentadora de la fuerza pública, no puede recurrir directamente y en principio a la coerción para ejecutar sus propias decisiones,”¹⁴⁵ y agrega que la administración “sólo puede recurrir a la fuerza pública para ejecutar forzosamente sus decisiones, en tres casos precisos que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico vigente: Por una parte, *cuando una ley lo permite expresamente* [...] por otra parte [...] en los casos de Estado de Emergencia Nacional declarado [...] Por último, en caso de necesidad o urgencia comprobada.”¹⁴⁶

7.3. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo

Por lo demás, no debe confundirse el *ejercicio* material, físico, de la fuerza con la facultad de disponer, ordenar o autorizar su ejercicio ya que si bien por lo general “las medidas de ejecución son obra exclusiva del Poder Ejecutivo [...] el Poder Ejecutivo no puede, en principio, tomar estas medidas *más que en virtud de una decisión de justicia*: únicamente el juez tiene la cualidad de autorizar las vías de ejecución.”¹⁴⁷

Y tal como explicáramos más arriba, un juez no puede ser un verdugo autómatas que se limita a ejecutar las órdenes de la administración:¹⁴⁸ la razón de ser de la necesidad de intervención judicial es que un juez, resguardando precisamente la libertad y la propiedad privadas, controle la legalidad del acto tanto en lo formal como en lo sustancial.¹⁴⁹ De otra forma la intervención judicial constituiría más que el vicio de privación de justicia efectiva, sería directamente complicidad en la ilegalidad.

¹⁴⁵ BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, p. 132 y ss.

¹⁴⁶ BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 134-5.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 368, refiriéndose a la doctrina y jurisprudencia francesas. Ver también BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, p. 133, nota 83.

¹⁴⁸ Conf. CABEZAS CESCATO, *op. loc. cit.*; STUPENENGO y ZAYAT, *op. loc. cit.*; CORDEIRO, *op. cit.*, § V, pp. 75-7 y § VII, p. 81.

¹⁴⁹ CCAyT, Sala II, 5-X-06, *Padilla*, con nota de POLI, JUAN DOMINGO “Cuando presumir la legitimidad del acto administrativo no es suficiente,” *LL, Supl. Adm.*, 2007 (mayo), 45.

7.4. *Implicancia política del tema*

No nos hallamos en este punto ante una mera discusión académica o terminológica: estamos en verdad delineando uno de los puntos fundamentales del régimen político-administrativo; por ello señala ORTIZ que “la ejecución forzosa es el medio de resolver por la fuerza un conflicto entre administración y administrados, anticipando la labor del juez. Esto pone en juego, en su punto crítico, el dilema y la confrontación entre autoridad y libertad.”¹⁵⁰

Ya recordamos que VEDEL llega incluso a afirmar que es propio de toda sociedad *civilizada* que tales ataques a los derechos de los particulares no puedan ser realizados “sino bajo el control y con la autorización del juez.”¹⁵¹ Nuestra realidad arrastra demasiado autoritarismo y exceso en el poder como para que podamos considerar llegada la hora para aproximarnos al Estado de Derecho también en esta materia. La potestad de utilizar la fuerza sólo puede nacer en un Estado de Derecho para situaciones determinadas y por leyes expresas y concretas; jamás puede admitirse, sin caer en un verdadero Estado de Policía, en una supuesta ley general que otorgue una potestad coactiva indiscriminada a la administración, por más “límites” que luego se le quieran poner en doctrina o en legislación. Señaló hace ya mucho tiempo EDUARDO ORTIZ que “La más nueva doctrina apoya esta solución, cuya síntesis se puede hacer diciendo que, por tratarse de la forma máxima de imperio posible, el empleo de la violencia administrativa sobre cosas y personas, sólo puede darse en la medida en que esté autorizada por una norma expresa [...] inequívocamente.”¹⁵² “La solución clásica del derecho administrativo en garantía de la libertad ha sido someter a la Administración a la ley siempre que sus poderes amenazan aquella libertad. Ha sido y es el principio de legalidad. Esto significa que para que se dé tutela de un derecho subjetivo de la Administración contra él, es necesario encontrar apoyo en la existencia de una norma que [...] autorice el empleo de la fuerza *en esa circunstancia*. Y esto es así [...] porque [...] el principio de legalidad es enteramente normal y la sujeción al mismo es la condición natural de cualquier actividad administrativa autoritaria e imperativa. El principio de legalidad como fundamento necesario de cualquier potestad de imperio, hace únicamente excepción cuando se trata de situaciones de urgencia (emergencias, catástrofes, perecimiento de bienes jurídicos o materiales al cuidado de la administración, etc.) o de las relaciones especiales de poder.” El denominado principio de autotutela queda así, irremediabilmente, relegado al pasado de las doctrinas autoritarias.¹⁵³

¹⁵⁰ ORTIZ, *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵¹ VEDEL, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁵² ORTIZ, *Los privilegios...*, *op. cit.*, pp. 100-1.

¹⁵³ Cfr. MAIRAL, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino,” en AA.VV., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, IEDA, 2000, p. 41 y ss., esp. p. 56; “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2006, esp. secc. III, § 1.

7.5. Otro derecho comparado

En el derecho colombiano, si bien hay una norma legal genérica autorizando la ejecución, VIDAL PERDOMO advierte que en numerosos casos se debe de todos modos acudir a la vía judicial.¹⁵⁴ A mayor abundamiento ya la doctrina francesa recuerda que en el derecho inglés si la ley no da expresamente a la administración el uso de la coerción, debe pedirse la ejecución del acto por vía judicial;¹⁵⁵ obviamente, nadie piensa en esos derechos en una suerte de norma general de autotutela, como sí los doctrinarios de nuestro decreto-ley, que aplicaron la doctrina de *uno* de ellos en la materia. Pero aunque la doctrina se escriba con forma de decreto-ley, igual no alcanza para transmutar el sistema constitucional, supranacional e internacional. Menos aún puede frenar el futuro desarrollo institucional: de un Estado no sometido al derecho internacional y muy poco a su propia Constitución, pasamos a un pleno sometimiento a los tratados de derechos humanos y a la interpretación que de ellos realizan los órganos competentes en el plano externo, tal como hemos explicado en el cap. VI del t. 1. Es ahora inevitable que la internacionalización y constitucionalización del país haga ver también sus efectos plenos en el nivel de las leyes, decretos-leyes, jurisprudencia y práctica administrativa. La doctrina deberá hacer, también su *Stirb und Werden*. Todos ellos deben adecuarse y ser adecuados al nuevo orden jurídico constitucional e internacional, en el cual los derechos humanos se dan no para, sino contra el Estado.¹⁵⁶

Otros autores distinguen dos tipos de supuestos, pero con igual resultado final: a) “cuando la ley da a la administración el poder de actuar de oficio, la administración no lo posee sino en la medida estricta en que la ley se lo reconoce,”¹⁵⁷ y b) cuando no hay ley reglamentando el punto, “la administración no puede asegurar ella misma la ejecución de su orden o de su prohibición sino cuando no hay sanción penal, ni sanción civil, e incluso ni sanción administrativa y aún en este caso ella no debe ir más allá de lo que sea necesario para la realización inmediata de la ley o del acto administrativo.”¹⁵⁸ Aún en el derecho francés, pues, se requerirá la inexistencia de toda sanción —sea ella penal, civil o administrativa— por el incumplimiento para que proceda la ejecución de oficio.

En el derecho alemán señala FORSTHOFF que “tampoco existe —y hay en la actualidad especiales motivos para señalarlo— una norma jurídico-administrativa

¹⁵⁴ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., p. 156; ya en su 4ª ed., Bogotá, 1975, da como ejemplos de ejecución de oficio solamente casos en los cuales una norma legal autoriza en forma expresa a la administración a proceder directamente (pp. 391-2).

¹⁵⁵ LEFÉBURE, *op. cit.*, p. 157 y ss. Esto se conforma a la filosofía del derecho público inglés, explicada comparativamente a otros por WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961, pp. 37-8; YARDLEY, D. C. M., *A Source Book of English Administrative Law*, Londres, 1963, p. 223 y ss.

¹⁵⁶ Ver GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” pp. 165-71, comentario al fallo *Arce* de la CSJN.

¹⁵⁷ CHINOT, *op. loc. cit.*

¹⁵⁸ LEFÉBURE, *op. loc. cit.*; CHINOT, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. ult. cit.*, p. 368.

general que autorice a la autoridad a servirse de medios coactivos cada vez que se trate de forzar el cumplimiento de deberes administrativos. *No hay un Derecho general coactivo y ordenador*. Todo acto de aplicación de coacción (y también, naturalmente, de la amenaza de su imposición) tiene que fundarse en un título jurídico concreto. Por consiguiente, la Administración tiene que estar autorizada por una norma jurídica *cada vez que trata de aplicar la coacción*.¹⁵⁹

En el derecho belga encontramos una situación análoga a la francesa, por cuanto se niega a la administración la potestad de aplicar la coacción material al individuo que se niega a cumplir el acto, cuando existan sanciones penales o administrativas aplicables.¹⁶⁰

7.6. Conclusiones

En nuestro derecho, pareciera a nuestro modo de ver que si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar ella misma el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente o hay sanción penal, civil o administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración *no puede* ejecutar el acto de oficio por la coerción, cuando con ello invade derechos de particulares. Sólo podrá solicitarlo judicialmente, para que el juez, previo indispensable escrutinio del acto, disponga su ejecución en caso de ser regular. La solución opuesta no tendría fundamento alguno de orden positivo e implicaría un claro disvalor político. Por lo demás, negar la potestad de ejecución coactiva cuando la ley no la otorga, en forma expresa o razonablemente implícita *en un caso concreto*, o al menos en una categoría definida y delimitada de casos concretos, no es sino la aplicación del principio de que cuando una norma no otorga a la administración determinada facultad, ha de interpretarse que no la tiene. (Interpretación restrictiva de la competencia, a diferencia de la interpretación extensiva de la capacidad del derecho privado.)¹⁶¹ Ello no significa que nos encontremos ante una laguna, pues el ordenamiento jurídico nos da así claramente la solución de que tal “potestad” *no corresponde*, en el caso concreto, al órgano de que se trate.

La pretendida potestad genérica que da el art. 12 del decreto-ley 19.549/72, es en nuestro derecho absurda e irracional si se la interpreta como algunos lo hacen y en todo caso netamente insuficiente para sostener el principio del uso indiscriminado de la coerción por la administración. Sobre esto volveremos luego.¹⁶²

¹⁵⁹ FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 392: “si se admite que para alcanzar un fin administrativo puede utilizarse, con carácter general, como medio coactivo el poder de que dispone la Administración sobre el individuo, se abandona el principio jurídico válido hasta ahora, según el cual todo medio coactivo *necesita un título jurídico propio para que sea lícito su empleo*,” *op. cit.*, p. 393; el destacado es nuestro.

¹⁶⁰ BUTTGEBACH, ANDRÉ, *Manuel de droit administratif*, t. I, Bruselas, 1959, pp. 325-6; MAST, ANDRÉ, *Précis de droit administratif belge*, Bruselas, 1966, p. 8.

¹⁶¹ *Supra*, t. 1, cap. XII, § 6, “La competencia,” 7.1, “La competencia y los «postulados de la permisión»” y ss.

¹⁶² Ver *infra*, § 9, “La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica.”

8. *La ejecutoriedad. Alcances y medios*

De acuerdo a lo expuesto, la ejecutoriedad no constituye un carácter propio, permanente, del acto administrativo, sino que puede darse circunstancialmente como una competencia de la administración, independiente del acto, para ejecutarlo por sí misma cuando la naturaleza del acto lo permite (dejar de pagar el sueldo al funcionario separado del cargo; otorgar una vista o traslado; denegar un permiso de conducir, etc.) y en los demás casos solamente cuando el orden jurídico, en forma expresa¹⁶³ y en los casos concretos —o categoría determinada de actos—, reconozca a la administración la potestad de utilizar la coacción para hacer cumplir su acto por la fuerza. Se trata de una potestad excepcional, cuya existencia debe demostrarse en los casos ocurrentes y que no puede suponerse *a priori* como un principio universalmente presente en la actividad de la administración, no bastando según vimos la genérica norma del art. 12, producto de la confusión verbal con el derecho francés que distintos autores han señalado. La ejecutoriedad, a su vez, puede ser otorgada por el orden jurídico a través de distintos medios:

8.1. *La coerción directa*, cuando se puede forzar al individuo a cumplir con el acto, p.ej., retirarse de un lugar cuyo acceso está prohibido. Si bien la regla general es que el acto debe ser escrito,¹⁶⁴ es admisible que en esos casos de urgencia, pueda darse verbalmente, pero con suficiente explicación o fundamentación. El “porque sí” no existe en un Estado de Derecho. En realidad, los casos que a veces parecieran ser de empleo de la coerción directamente, sin ejecución de acto alguno, son hipótesis en que la administración ha emitido el acto verbalmente: así

¹⁶³ O en forma razonablemente implícita, según dijimos, pero nunca en ausencia de fundamentación suficiente y adecuada. No creemos, pues, que sea válido afirmar que “los actos administrativos son ejecutorios sin necesidad de que una ley expresamente lo autorice,” ni que deba recurrirse a la justicia para la ejecución coactiva del acto únicamente cuando “una norma general o particular despoja en expresa forma la ejecutoriedad de ciertos actos administrativos” (FIORINI, *Derecho Administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 300), pues el principio será siempre la necesidad de ley expresa en el caso concreto, para que la administración pueda ejecutar ella misma por la coacción el acto; en ausencia de esa norma, procede solicitarla judicialmente. Fácil es advertir qué ocurriría si, no habiendo ley que diga nada, la administración decidiera ejecutar directamente una multa y vender ella misma los bienes del particular para satisfacer el pago de una multa así “ejecutoria.”

¹⁶⁴ Tiene dicho la CSJN que la “realización verbal” de un acto administrativo importa una “ausencia de toda forma” incompatible con los “recaudos mínimos de forma y competencia” exigibles “para la validez de los actos administrativos.” *Fallos*, 256: 277 y 280, *Gómez Zorrilla*, 1963. La misma solución consagra el art. 8° del decreto-ley 19.549/72. Ver también nuestra nota “El deber de obediencia. Formalidades que debe reunir la orden del superior,” *RAP*, 2: 99, Buenos Aires, 1961. La SCJBA en *Curone*, 2006, ha declarado que el acto administrativo ha de ser dictado antes de comenzar a surtir sus efectos, pues caso contrario la administración incurre en vías de hecho, en un “proceder manifiestamente arbitrario.” *Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, La Plata, 2006, año I, núm. 0, pp. 97-105, con nota de ESPINOZA MOLLA, MARTÍN RENATO, “El principio de juridicidad y los derechos constitucionales como límites fundamentales opuestos a las vías de hecho administrativas,” pp. 105-22. *Infra*, cap. VIII, § 5.2., “Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución.”

la orden de circular o retirarse de un lugar de peligro, o de reunión pública, etc. En tales casos, obviamente, la fundamentación no siempre es exigible, aunque sí la razonabilidad de la orden. El uso directo de la coerción administrativa sólo se justifica cuando se trata de hacer cumplir un acto administrativo: nunca sin existir acto alguno de por medio.¹⁶⁵

8.2. *La coerción indirecta*, cuando la administración aplica otro tipo de sanciones (multas, clausura, inhabilitación, etc.), a fin de forzar al individuo a cumplir el acto;

8.3. *La ejecución directa, por la misma administración o por terceros*, con cargo al obligado a cumplir el acto (p.ej. en la construcción de cercos y veredas: si el propietario no lo efectúa, lo hace la administración por sí o por terceros y le cobra el gasto al propietario). Este caso puede también asimilárselo a alguno de los anteriores.

9. *La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica*

9.1. *La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72*

9.1.1. *No comprende la coerción indirecta (aplicación de sanciones)*

El art. 12 ya citado expresa a continuación de la presunción de legitimidad del acto administrativo que “su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial.”¹⁶⁶

Si se observa bien, se advertirá de inmediato que de los tres casos de *medios* de instrumentar la ejecutoriedad que vimos en el punto anterior: *a)* coerción directa sobre el particular para forzarlo físicamente a cumplir el acto; *b)* sanciones para obligarlo indirectamente a cumplirlo y *c)* ejecución directa por la administración, con sus propios medios o los de terceros, sólo uno (el tercero) o a lo sumo dos (el primero) están contemplados como medios de ejecutoriedad.

¹⁶⁵ Nos apartamos así de VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 222 y ss., salvo que se trate de cosas o animales cuyos dueños no estén presentes (retirar un objeto de la vía pública, capturar un animal escapado): ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 243. El uso directo de la coerción debe respetar el principio de la intervención mínima necesaria para lograr el efecto, o prohibición del exceso: AGIRREAZKUENAGA, IÑAKI, *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas e Instituto Vasco de Administración Pública, 1990, p. 382 y ss.

¹⁶⁶ CABA, art. 12 del decr. 1510/97, ratificado por res. 41/98 de la Legislatura, exige expresamente la intervención judicial para lo casos de “coacción contra la persona o bienes de los administrados,” salvo “cuando deba protegerse el dominio público, desalojarse o demolerse edificios que amenacen ruina, o tengan que incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad, salubridad o moralidad de la población, o intervenir en la higienización de inmuebles.” Ampliar en AGUSTÍN GORDILLO / MABEL DANIELE (directores), *Procedimiento Administrativo. Decreto ley 19.549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2006, 2ª ed., comentario al art. 12, secc. V, pp. 176-180; en la 1ª ed, 2003, eran las ps. 167-9.

El decreto-ley excluye de la ejecutoriedad la posibilidad de aplicar *sanciones* al particular que no cumple el acto. En esta primera advertencia vemos que la consagración legal del principio de la ejecutoriedad no significa abandonar el criterio de que toda pena, por leve que sea, como así también la tipificación de toda infracción, debe estar previamente determinada por el orden jurídico para que exista legalmente.¹⁶⁷ En otras palabras, la administración no puede comenzar a aplicar indiscriminadamente las sanciones que estime oportunas a los particulares que no cumplan actos administrativos que aquélla estime ejecutorios. Las sanciones aplicables serán solamente las previstas en el orden jurídico para los casos concretos; no podría crearse una autorización genérica para aplicar sanciones para los que no cumplan actos administrativos de cualquier índole.¹⁶⁸

9.1.2. *La ejecución por los propios medios de la administración*

En lo que se refiere a la ejecución por sus propios medios como expresamente autoriza el art. 12, se trata de los casos en que:

a) sea factible ejecutar el acto por la administración *en lugar* de hacerlo el interesado (el retiro de una instalación ubicada en un bien del dominio público; el retiro por la grúa policial de un automóvil mal estacionado), o

b) en que sea admisible forzar materialmente por la coerción al individuo. (El agente de policía que toma a una persona y la detiene por la fuerza.) Nada impide y todo aconseja que la administración extreme la prudencia en el uso de esta atribución. Mucho más sensato es ocurrir a la vía judicial y pedir allí medidas cautelares, incluso autosatisfactivas.¹⁶⁹ Los jueces, por diversas circunstancias, se sentirán inclinados a concederlas. En otra variante, la administración con frecuencia opta por suspender ella misma el acto en sede administrativa, sin revocarlo y pedir de inmediato su nulidad en sede judicial.¹⁷⁰

9.1.2.1. *Ejecución en lugar del particular. La propiedad*

En ambos casos existe una limitación constitucional, fundada en la garantía de la propiedad, en el primer caso y de la libertad, en el segundo; esta limitación la hace el art. 12 cuando aclara a continuación “a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial.”¹⁷¹

¹⁶⁷ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración;” CSJN, *Fallos*, 237: 636, *Mouviel* (1957). La Constitución actual es más exigente, como allí explicamos.

¹⁶⁸ Hay a veces normas locales que prevén la posibilidad de aplicar multas a cualquier incumplimiento de órdenes. Ello atenta contra el principio expuesto más arriba en el texto.

¹⁶⁹ Así lo hizo con éxito la administración concedente en el caso *Enapros c. Prosa*, Juzg. Civil y Com. n° 1, Rosario, firme, *LL*, 2000-C, 766, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “La extinción concesional con fundamento en la realidad social.”

¹⁷⁰ PTN, *Dictámenes*, 164: 17; 156: 278; 195: 49, 52.

¹⁷¹ Ver POLI, JUAN DOMINGO; “Cuando presumir la legitimidad del acto...” *op. loc. cit.*, nota al fallo *GCBA c/Padilla, Alberto Lorenzo s/otros procesos especiales*.

Los casos en que la ley, expresa o implícitamente, exige la intervención judicial, son obvios: la ejecución de una multa, p.ej., no puede hacerla la administración procediendo ella misma a vender los bienes del particular en subasta pública y retener el importe que se le debe: debe iniciar la acción judicial pertinente para la ejecución del crédito. Igual solución es aplicable a todas las obligaciones de dar sumas de dinero a la administración que no tengan un origen contractual sino unilateral.¹⁷²

Lo mismo puede decirse en general de los actos que impliquen un cercenamiento de la propiedad, salvo casos expresos en que la ley autorice en forma clara a la administración a ejecutar ella misma el procedimiento.¹⁷³ Hablamos de cercenamiento de la propiedad, en el sentido de extinción del derecho de propiedad; los casos de meras restricciones administrativas son en cambio ejecutables directamente por la administración.¹⁷⁴ A su vez, las servidumbres administrativas son impuestas directamente por la administración, en virtud de autorización legal expresa específica en materia de cada tipo de servidumbres,¹⁷⁵ pero no en virtud de la autorización genérica de este art. 12 del decreto-ley 19.549/72.

En estas distintas formas de afectación del derecho de propiedad, vamos encontrando que en realidad los casos de ejecución directa del acto suelen emerger específicamente de las normas legales particulares del caso, las cuales con frecuencia han sido declaradas inconstitucionales cuando le otorgan o pretenden otorgar a la administración el supuesto derecho de cobrar compulsivamente impuestos o acreencias, sin orden judicial.

No creemos que en ausencia de norma legal específica que además sea constitucional pueda avanzarse en forma ejecutoria sobre el derecho de propiedad en virtud de la mera norma general que comentamos, salvo el caso de meras restricciones a la propiedad y del retiro de bienes privados que ocupan el dominio público. Ahora bien, dado que estas soluciones ya preexistían al decreto-ley en el derecho administrativo argentino, es inevitable llegar a la conclusión, frecuente en nuestro derecho, de que dicha norma esta en realidad simplemente vacía de contenido dispositivo.

¹⁷² Salvo, pues, que exista una relación bilateral previa, en la cual la administración pueda retener al particular sumas que ella por su parte le adeude, en compensación de las que éste le adeuda a ella, como ocurre por lo general en los contratos administrativos. Ver también LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 367.

¹⁷³ Así en materia de aduanas, en que la administración decomisa y vende en subasta pública los bienes introducidos de contrabando al país. Todos los casos de decomiso están expresamente previstos por la ley. Ver LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 367.

¹⁷⁴ Sobre la forma en que la propiedad se encontraba regulada en el derecho argentino frente al Estado, puede verse nuestro trabajo "Expropriation in Argentina," en el libro *Expropriation in the Americas*, dirigido por ANDREAS LOWENFELD, Nueva York, 1971, p. 11 y ss. Para el desarrollo del régimen del decreto-ley 21.499/77, ver AA.VV., *La ley nacional de expropiaciones*, Buenos Aires, AADA, 1977.

¹⁷⁵ Ver nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, cap. XVII, "El dominio público."

9.1.2.2. *La ejecución violentando al particular. La libertad*

En cuanto a la garantía constitucional de la libertad, la limitación es lógicamente mayor.¹⁷⁶ Están de por medio principios tales como el de la dignidad de la persona, que impiden p. ej. que cualquier órgano de la administración ejerza violencia física sobre los individuos: esta potestad, sumamente delicada como se advierte para la vigencia del principio de libertad, debe entenderse limitada exclusivamente a las fuerzas de seguridad (policía, fuerzas armadas en general, en los casos en que a su vez el ejercicio de la fuerza esté autorizado en forma expresa o razonablemente implícita). La “naturaleza del acto,” para utilizar aquí la ambigua expresión del art. 12, exige la intervención, sea de los organismos administrativos especializados y facultados para ello por la ley expresa del caso, sea de los órganos judiciales. No puede entonces admitirse que cualquier funcionario público pueda aplicar violencia física sobre una persona para obligarla a cumplir su acto.¹⁷⁷

En sentido similar expresa FIORINI que la limitación contenida en el art. 12, al tratar de la “naturaleza del acto,” se refiere al caso en que el acto se contrapone “ante derechos individuales asegurados por la Constitución con el amparo de las reservas de la ley. La «naturaleza» está en su contenido jurídico y se asienta en este caso en la base constitucional de los derechos individuales que levantan fronteras ante la actividad ejecutoria de la administración pública.”¹⁷⁸

9.1.3. *Conclusiones sobre la ejecutoriedad en el art. 12*

Surge claramente de lo expuesto que el art. 12 no ha venido a introducir un principio nuevo en el derecho argentino, sino más bien a ratificar la interpretación restrictiva de la ejecutoriedad que habíamos hecho anteriormente.¹⁷⁹

Por ello la ejecutoriedad no es una característica general o permanente del acto administrativo y ni siquiera contingente, pues es una competencia que a veces tiene la administración, independientemente del acto y por autorización puntual

¹⁷⁶ ORTIZ, *Los privilegios...*, op. cit., p. 106.

¹⁷⁷ En materia migratoria la ejecutoriedad está expresamente prohibida por la ley 25.871 que exige la intervención del órgano judicial para la ejecución de los actos administrativos, especialmente el de extrañamiento. Ver CARRILLO, SANTIAGO R., “El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871,” LL, 2007-B, 465.

¹⁷⁸ FIORINI, *Derecho administrativo*, t. I, op. cit., p. 449, quien agrega: “En ese ámbito es donde se encuentra la «naturaleza del acto» capaz de paralizar la eficacia ejecutoria de la administración, que se encuentra en el objeto del acto. La «naturaleza» impeditiva de la ejecutoriedad no puede tener otra causa que la garantía limitadora de los derechos individuales. La ejecutoriedad en estos casos, en un Estado de derecho y democrático se realiza bajo el control del poder judicial, pues así lo exige la «naturaleza» de las normas en colisión.”

¹⁷⁹ La hemos expuesto en este mismo cap., en los § 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción” y 8, “La ejecutoriedad. Alcances y medios,” donde reproducimos lo antes desarrollado en *El acto administrativo*, ed. 1969, pp. 130-5. El punto que sigue, “La ejecutoriedad en la práctica” está también tomado del mismo lugar, p. 135, pues entendemos que la nueva norma legal no hace sino ratificar lo expuesto por nosotros anteriormente, en este aspecto concreto.

del orden jurídico, existente sólo en la medida en que el ordenamiento la autorice para casos concretos en forma expresa o razonablemente implícita.¹⁸⁰

9.2. *La ejecutoriedad en la práctica*

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre en la práctica administrativa? Entendemos que lo que expusimos refleja esa realidad, en cuanto de ordinario nadie entiende que si yo desobedezco una orden de cualquier funcionario público, éste pueda por sí mismo hacérmela cumplir por la fuerza física, o aplicarme cualquier sanción indirecta, *sin necesidad de norma expresa o razonablemente implícita que se lo autorice*.

Si un profesor ordena a un alumno: “Retírese del aula” y éste dice: “No me retiro” ¿se entenderá acaso que el profesor puede llamar a cuatro ordenanzas y entre todos levantarlo en vilo y sacarlo del aula? En esta hipótesis, al no haber norma que autorice la coerción directa, sólo se podrá aplicar alguna de las sanciones disciplinarias que prevé la reglamentación; y si dichas normas establecen que las sanciones las aplica el Decano, entonces no podrá aplicarlas directamente el profesor, por una supuesta “ejecutoriedad” del acto administrativo. En tal situación, bien se advierte, el profesor no tiene a su alcance la posibilidad de hacer cumplir por la fuerza física el acto, ni tampoco la de aplicar sanciones que indirectamente obliguen al alumno a cumplir el acto: lo más que puede hacer es *pedir* que sean aplicadas. Ello significa que *su* acto no tiene ejecutoriedad. Ejemplos de esta índole pueden repetirse fácilmente, casi hasta el infinito, pero la tendencia de alguna doctrina persiste.

Si con similares ejemplos se consideran los actos que puedan dictar los diversos funcionarios de la administración, se encontrará que nunca, salvo en el caso de las fuerzas de seguridad, puede aplicarse la coerción física directa,¹⁸¹ y que en cuanto a *las sanciones* que puedan servir indirectamente como coerción, ellas *deben siempre estar expresamente previstas en el ordenamiento jurídico* y sólo pueden ser aplicadas por los funcionarios contemplados en estas normas y en los casos que ellas disponen. La realidad del derecho administrativo argentino, se advierte, funciona de modo tal que no cualquier funcionario que dicta un acto administrativo puede considerarlo “ejecutorio” con el supuesto alcance de que tiene a su disposición todos y cualquier medio de coerción para hacerlo cumplir por la fuerza, contra la voluntad del individuo afectado por el acto. Ello no ha privado de eficacia ni de regular cumplimiento a sus actos, lo que demuestra la conveniencia, además de la corrección jurídica, de lo expuesto.

¹⁸⁰ Ver BARRA, *op. loc. cit.*; comp. DROMI, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 24.

¹⁸¹ Dicha coerción física debe por supuesto ser razonable, adecuada y proporcional. Ello lleva a la necesaria distinción entre el empleo de las llamadas armas y medidas no letales o que, al menos, no causan un daño físico a la persona cuyo desplazamiento de un lugar público se está ordenando excepcionalmente por claras y suficientes razones de orden público, como por ejemplo la amenaza de invasión y daños a un edificio público.

10. *La suspensión administrativa de la ejecución del acto*

10.1. *La solución tradicional y su mutación*

Una de las principales consecuencias que se pretende desprender de la “ejecutoriedad” del acto administrativo, además del empleo indiscriminado de la coacción aún sin ley que la autorice, es que el acto debe por principio ejecutarse a pesar de la interposición de recursos contra él; dicho de otra manera, que la interposición de recursos contra el acto no suspende su ejecución,¹⁸² sin perjuicio de que la administración puede, si quiere, suspenderlo.¹⁸³ Adelantamos desde ya que es una proposición que también procuraremos poner en duda. Pero antes de entrar al desarrollo del tema, conviene adelantar que hay una institución contemporánea del derecho procesal administrativo nacional que ha venido de alguna manera a revertir el principio tradicional y adelantarse hacia la reversión que aquí estamos proponiendo. Se trata de la admisibilidad de interponer judicialmente medidas cautelares autónomas al exclusivo fin de que la justicia suspenda la ejecución del acto administrativo recurrido en sede administrativa, por lo menos hasta tanto la propia administración resuelva en forma expresa y fundamentada, con prueba, dictamen jurídico y audiencia del interesado, como está obligada conforme a derecho, el recurso interpuesto.¹⁸⁴ En algunos pronunciamientos ello es casi automático, en otros se destaca cuanto menos la generosidad con que procede otorgarlas en supuestos de esta naturaleza. Es la buena tendencia.¹⁸⁵

10.2. *La tesis de LINARES*

Aquel viejo principio doctrinario había sido criticado por LINARES,¹⁸⁶ a quien hemos seguido anteriormente en este punto¹⁸⁷ y a cuyos fundamentos nos re-

¹⁸² Entre otros, HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 114 y el precedente *Pulichino* que cita, de la Sala III, *LL*, 1996-A, 648, 1995. Pero ese principio comienza a abandonarse, p. ej. en Colombia (art. 55): BREWER-CARIAS, *Principios...*, *op. cit.*, séptima parte, § 5, p. 241.

¹⁸³ Art. 12 del decreto-ley 19.549/72; Costa Rica, art. 148; Perú, art. 216.2; Venezuela, art. 87.

¹⁸⁴ Ampliar en CARRILLO, SANTIAGO R., “Las medidas cautelares contra el Estado,” *Res Publica Argentina*, *RPA* 2006-2: 34-5, Buenos Aires, Rap, 2006.

¹⁸⁵ CNFed. CA, Sala I, *Procaccini*, 28-IV-98; *Monges*, *LL*, 1997-C, 150; Sala IV, *Bodegas y Viñedos Iglesias*, 10-V-85; CNCiv., Sala C, *Fernández*, *LL*, 1995-C, 680; CNFed. Civ. y Com., Sala II, *Sáenz Briones*, *LL*, 1995-C, 681; *Sindicato de Luz y Fuerza*, citados en *Procaccini*, que aplica “la línea jurisprudencial que ha preferido proceder con amplitud de criterio para decretar una medida precautoria, [...] resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez o parquedad en negarlas,” cons. 8º, 2º párr., *in fine*. REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, *op. cit.*, p. 165 y ss.

¹⁸⁶ LINARES, “Efectos suspensivos de los recursos ante la administración,” *LL*, 85: 906, a quien también siguieron DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 246-59; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 288; opinión contraria fue la de ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 290 y ss. LINARES mantuvo su criterio, en el caso de la nulidad manifiesta, ante el decreto-ley 19.549/72, en *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 230: “Si la nulidad es absoluta y manifiesta, el mero recurso administrativo o judicial suspende las consecuencias del acto.”

¹⁸⁷ Nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., p. 183 y ss. A igual conclusión arriba DROMI en *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 122.

mitimos para coincidir en que si antes se decía que el recurso administrativo en principio no suspende la ejecución del acto, pero que por decisión fundada la administración podía suspenderlo, ahora se propone en cambio el criterio de que el recurso interpuesto en principio *suspende* la ejecución del acto, pero que la administración por decisión fundada puede no obstante ejecutarlo, siempre que no se pida y obtenga una cautelar autónoma en sede judicial pendiente la resolución del recurso administrativo. Pues si la administración tiene real interés jurídico en ejecutar el acto, lo menos que cabe pedirle es que resuelva en forma expresa, con la diligencia que estime necesaria, el recurso interpuesto, atendiendo a los planteamientos formulados por el recurrente. Es una forma, tardía pero no ineficaz, de supeditar los efectos del acto a que exista una acabada fundamentación de los hechos que lo determinan y el derecho que lo justifica.¹⁸⁸ El criterio de LINARES y nuestro ha sido recogido por algunos tribunales, a nivel de principio,¹⁸⁹ haciéndolo incluso extensivo al efecto suspensivo de la interposición de un recurso judicial;¹⁹⁰ también ha sido receptado en el derecho comparado.¹⁹¹ Desde luego, hay también fallos en contra: la cuestión no es pacífica¹⁹² y el propio LINARES resulta ulteriormente ambiguo ante el texto del art. 12, del que a pesar de sostener que “viene a ser irrazonable en una Administración como la nuestra,” concluye que “nada cabe ya sino lamentarlo.”¹⁹³

Si es irrazonable como LINARES lo piensa y nosotros concordamos en que lo es, por la falta de garantías *efectivas* de audiencia previa, dictamen jurídico previo, fundamentación suficiente y adecuada que los tribunales sancionen con nulidad absoluta e insanable, entonces obviamente corresponde declarar judicialmente la inconstitucionalidad. De dos cosas una, o se reputa irrazonable la norma porque nada se cumple de lo que la administración debe cumplir antes de dictar un acto, o se exige en serio el cumplimiento de la ley y no se permiten supuestas conductas saneadoras en sede judicial que no hacen sino alentar la *mala praxis administrativa* en violación del ordenamiento jurídico.

Más, llegamos a un resultado absurdo en que se lo considera con presunción de legitimidad cuando le falta hasta visualmente, de su propia desnuda lectura, fundamentación, dictamen jurídico, audiencia previa, etc. Si el acto no expresa que hay dictamen, que se oyó a la parte, cuál fue la prueba rendida, cuáles son sus propias razones, su antijuridicidad es manifiesta.

¹⁸⁸ Respecto a la motivación o fundamentación en general ver también cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación;” en lo que hace al desarrollo del principio de la defensa previa al acto, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso. (Garantía de la defensa.)”

¹⁸⁹ V.gr., Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, en la revista *Derecho del Trabajo*, XXVII-4: 184, 186-8, abril de 1967, con nota en contra de MARIENHOFF.

¹⁹⁰ Fallo citado, pp. 189-91.

¹⁹¹ ORTIZ, *Los privilegios...*, op. cit., pp. 97-9.

¹⁹² Ver CNFed. CA, Sala III, *Banco Central c. Rota, Pedro C., LL*, 1996-C, 454 y GORDILLO, *Cien notas...*, op. cit., § 37, “No procede excepción de espera por recurso pendiente,” pp. 103-4.

¹⁹³ LINARES, *Derecho administrativo*, op. cit., § 296, pp. 330-1; comp. § 330, p. 362 y ss.

La práctica ha evolucionado de hecho y es frecuente encontrar casos en que, sin tomarse determinación alguna expresa sobre los efectos del recurso que se haya interpuesto contra un acto administrativo, se deja de todos modos en suspenso la ejecución del acto. (Pero sin pronunciamiento expreso sobre la suspensión.) Precisamente porque en la tesis que proponemos no hace falta dictar un acto expreso para suspender el acto, sino para ejecutarlo a pesar de estar recurrido, estimamos que esta orientación se acerca a la solución que entendemos correcta. En suma, consideramos que hay en la práctica una evolución implícita hacia el reconocimiento de efectos suspensivos a los recursos interpuestos contra actos administrativos.

10.3. *El decreto-ley 19.549/72*

El art. 12, segunda parte, del decreto-ley 19.549/72 se inclina en principio al mantenimiento de la solución tradicional, con una excepción que luego analizaremos en el caso de nulidad absoluta del acto.¹⁹⁴

10.3.1. *Ejecutoriedad y efecto no suspensivo de los recursos*

Si se acepta la redacción de esta parte del art. a la letra, resulta que la índole no suspensiva de los recursos administrativos se presenta solamente en el caso de los actos administrativos que tienen ejecutoriedad. Ahora bien, como ya hemos visto que la ejecutoriedad no es una característica normal sino contingente del acto administrativo y que los actos nulos carecen de ella, se concluye de allí que lo mismo cabe decir del efecto no suspensivo de los recursos. Toda vez que el órgano administrativo que emite un acto no tiene jurídicamente los medios de coerción a su alcance para ejecutarlo “por sus propios medios,” o no lo puede hacer por afectar garantías constitucionales como las ya mencionadas en su lugar,¹⁹⁵ entonces se encuentra en la situación mentada: no se le aplica el criterio que establece este art. 12 en el aspecto comentado y retomaría su aplicación la regla general que enunciamos más arriba.¹⁹⁶

Bien es cierto que constituye un error doctrinario fundar *en teoría* el efecto no suspensivo de un recurso contra un acto administrativo, en la ejecutoriedad de éste. Pero el error está, entre otras cosas, en querer sacar de la ejecutoriedad, cuando ella exista, conclusiones aplicables también al acto *cuando no tiene ejecutoriedad*.

Ahora bien, es de hacer notar que dada la redacción del art. 12, él no es pasible de esta crítica, puesto que de su texto no se infiere el alcance de negar efectos

¹⁹⁴ Dice la norma “su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios [...] e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos.”

¹⁹⁵ Ver *supra*, § 9.1.2.1, “Ejecución en lugar del particular. La propiedad” y § 9.1.2.2, “La ejecución violentando al particular. La libertad.”

¹⁹⁶ Ver *supra*, § 10.2, “La tesis de LINARES.”

suspensivos al recurso *sino cuando el acto tiene ejecutoriedad*; y en este último punto ya vimos, el decreto-ley consagra en realidad la tesis restrictiva y no la amplia.

Estimamos, en conclusión, que el sentido y la letra de la disposición se orientan a afirmar el efecto no suspensivo de los recursos solamente en las situaciones en las cuales el acto administrativo tenga ejecutoriedad —otorgada, según vimos más arriba, en forma expresa o razonablemente implícita por el orden jurídico para el caso concreto—, y que en las demás situaciones no consagra dicho efecto no suspensivo, dejando en consecuencia paso a la aplicación de la teoría —y la práctica— de suspender los actos administrativos cuando se interpone un recurso contra ellos, salvo desde luego que se dicte una resolución expresa disponiendo la ejecución del acto por razones de interés público, no obstante la interposición del recurso.

10.3.2. *La facultad discrecional de suspender el acto ante la interposición del recurso*

De todos modos, aún en los casos en que por tener el acto ejecutoriedad, le resultaría *prima facie* de aplicación la regla normativa de su no suspensión *ipso jure* por efecto de la mera interposición del recurso administrativo o acción judicial, siempre queda la posibilidad de que el propio órgano emisor o uno superior decidan la suspensión del acto, formal o informalmente; lo segundo ocurre con frecuencia: por mera prudencia, el acto no se ejecuta hasta tanto exista decisión firme de una autoridad competente.

La norma orienta la acción de los órganos administrativos, dándoles algunos ejemplos en los cuales corresponde la suspensión del acto impugnado. Salvo en el caso de la nulidad absoluta¹⁹⁷ esta enunciación no taxativa de ejemplos tiene el sentido no de obligar a la administración a suspender el acto cuando la situación se presenta, sino de facultarla a hacerlo. Dice el art. 12: “Sin embargo, la administración podrá, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado.”¹⁹⁸

El primer caso, motivos de interés público,¹⁹⁹ comprende aquellas hipótesis en que exista la probabilidad de que el recurrente tenga razón, o que la prueba ofrecida, de dar resultado positivo, pueda demostrar que le asiste derecho en su impugnación. Sería en verdad contrario al interés público persistir en la ejecu-

¹⁹⁷ Ver *infra*, § 10.3.4, “La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta.”

¹⁹⁸ CABA, art. 12; ver GORDILLO (dir.), *op. cit.*, comentario al art. 12, secc. V, pp. 169-73.

¹⁹⁹ Ver también *supra*, t. 2, cap. VI, § 5; MAIRAL, *Control judicial...*, *op. cit.*, t. II, p. 829, § 468; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989, y su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, en que sigue nuestra construcción.

ción de un acto que luego será extinguido por la administración o la justicia: aumentando la futura responsabilidad por la emisión y ejecución de un acto ilegítimo. Una regla de sana administración (e incluso de interés público, como se advierte), entonces, recomienda suspender expresa o tácitamente la ejecución del acto en tales situaciones.

El segundo caso, “para evitar perjuicios graves al interesado,” está redactado de una manera encomiable: no se exige la presencia de un perjuicio “irreparable” como a veces hace la jurisprudencia,²⁰⁰ sino tan sólo de un perjuicio “grave.” Esto es correcto, pues la existencia de un perjuicio irreparable puede siempre ser reargumentada con la tesis de que al particular le queda en definitiva la acción de daños y perjuicios para resarcirse del daño ocasionado por el acto. Este argumento ha sido sostenido más de una vez y es un argumento falaz, porque el resarcimiento en sede judicial de los daños y perjuicios puede a veces llevar tantos años como para hacer inútil o impráctico su intento de obtención, sin perjuicio de que la responsabilidad interna del Estado se encuentra en la actualidad disminuida.²⁰¹

Cualquier abogado con experiencia en la materia sabe perfectamente cuál es la respuesta de cualquier individuo a quien se le explica lealmente que, aún teniendo razón y ganando el pleito, puede tener que llevarlo por las tres instancias de la justicia nacional antes de obtener un pronunciamiento definitivo a su favor y que esto puede llevar en ocasiones más de cinco o seis años en total; y que luego hay que penar para la ejecución de la sentencia con el Estado. Los gastos de tasa de justicia, honorarios, tiempo, eventuales costas adversas, etc., raramente justifican a criterio del particular iniciar una vía tan azarosa.²⁰²

Por eso, porque es falaz e irreal la aseveración de que al individuo siempre le queda la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño, es correcta la solución de la norma en no exigir un daño irreparable sino sólo un daño grave a los intereses del recurrente, para que sea en tales casos procedente la suspensión del acto impugnado, en tanto se resuelve en definitiva el recurso interpuesto contra él.

10.3.3. *El caso de la suspensión que perjudica a un tercero*

Ya explicamos que la estabilidad del acto administrativo, en cuanto prohibición a la administración de revocar un acto regular que ha reconocido u otorgado un derecho a un tercero, implica también la prohibición de suspenderlo.²⁰³ Esta regla es también vigente aquí y por ello, si lo que un particular recurre es un acto regular que a su vez reconoce de manera estable un derecho subjetivo a otro individuo, la suspensión no es admisible en sede administrativa, como tampoco lo

²⁰⁰ Ampliar *infra*, § 11 y DROMI, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 97.

²⁰¹ Ver *supra*, t. 2, cap. XX.

²⁰² Ver *supra*, t. 2, caps. XIII, “La tutela judicial” y XIV, “Problemas del acceso a la justicia.”

²⁰³ *Infra*, cap. VI, § 7.2.2, “La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable.”

es la revocación del acto; en tales hipótesis, por lo tanto, no queda otro camino que seguir la vía judicial para obtener una solución del diferendo. Por supuesto, si la suspensión puede disponerse sin causar perjuicios a terceros, entonces no se aplica esta excepción que comentamos y ella puede en consecuencia ser libremente dispuesta. Advertimos, con todo, que este principio de que la suspensión no procede cuando se ha impugnado un acto administrativo estable en el sentido del art. 18 del decreto-ley 19.549/72, corresponde únicamente al acto regular (válido o anulable), no así al acto irregular (nulo) por las razones que se verán a continuación.

10.3.4. *La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta*

La última parte del art. introduce un caso de suspensión que a nuestro modo de ver requiere una interpretación distinta. Se trata de la hipótesis en que el particular afectado por el acto “alegare fundadamente una nulidad absoluta.”

Si bien la redacción de la norma es que “La Administración podrá [...] suspender la ejecución [...] cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta,”²⁰⁴ no estimamos que se trate en el caso de una facultad discrecional, como el término “podrá” parecería sugerirlo, sino de una facultad reglada, sujeta a la determinación en el caso concreto de si existe o no una nulidad absoluta.

Por de pronto, debe aclararse que a diferencia de otras leyes y antecedentes, que exigen la nulidad *manifiesta* del acto para hacer procedente la suspensión, la ley de procedimiento no introduce este requisito sino que se limita a referirse a la alegación *fundada* de la nulidad. Es una muy importante diferencia que no debe ser dejada de lado.

En esta tesitura es oportuno recordar las palabras de MAIRAL cuando expresa, en relación a tal distinción, que “parecería más amplio el concepto de alegación fundada que el que depende del carácter manifiesto de la nulidad, pues para el primero podría ser suficiente el *fumus boni iuris* de que habla la doctrina procesal en materia de medidas precautorias, o sea, en este caso, *la verosimilitud de la irregularidad y no ya la clara evidencia de ésta.*”²⁰⁵

Por ello, aunque el particular no exponga fundadamente la tesitura de que el acto impugnado es nulo, si el funcionario estima²⁰⁶ que sí lo es: ¿tendrá él acaso la libertad de ejecutar el acto aún conociendo su nulidad? ¿Le sirve de eximente a su responsabilidad por la ejecución, el sostener que el particular no alegó “fundadamente” la nulidad? Pensamos, obviamente, que no.

²⁰⁴ Ver *supra*, nota 10.17.

²⁰⁵ MAIRAL, *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 89; *Control judicial de la administración pública*, t. II, *op. cit.*, p. 643 y ss.

²⁰⁶ Y en muchos casos esto no será opinable sino manifiesto: falta de audiencia previa o vicios de procedimiento (no admitir una parte, no recibir prueba propuesta), falta de dictamen jurídico razonado, falta de fundamentación fáctica, etc.

10.3.4.1. *La obligación de revocar el acto nulo*

En primer lugar, el propio art. 17 del decreto-ley dice que cuando el acto es nulo debe considerársele irregular “y *debe* ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa.” Esta obligación de revocar el acto nulo existe con prescindencia de que un particular lo alegue, o lo alegue con fundamentos. El funcionario tiene la obligación de revocar el acto nulo.

Ahora bien, si de acuerdo al art. 17 el agente tiene la obligación de hacer lo más, o sea *revocar* el acto nulo, ¿podrá acaso interpretarse que no tiene la obligación de hacer lo menos, o sea *suspenderlo*? No puede afirmarse coherentemente que el funcionario tiene la *obligación de revocar* el acto, pero en cambio sólo la atribución *discrecional de suspenderlo* o no.²⁰⁷

10.3.4.2. *La fuente de la disposición*

Contribuye a la misma solución la fuente tomada por los autores de la norma, que es la obra de MARIENHOFF. Para este autor el funcionario *deberá* suspender el acto cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.²⁰⁸ Si bien el art. sustituye el término “deberá” por “podrá,” ello puede haber ocurrido por incluir el caso de la nulidad dentro de la misma frase que se refiere a los otros casos de ejemplos de posibilidad de suspender el acto impugnado.

10.3.4.3. *Las obligaciones del cargo*

Por otra parte, el funcionario está obligado por el art. 1112 del Código Civil a un regular cumplimiento de sus funciones, siendo responsable de su irregular ejecución.²⁰⁹ a su vez, por irregular cumplimiento de sus funciones no se entiende única y exclusivamente violación de normas concretas y específicas que le prescriban conductas determinadas; la suya es una responsabilidad profesional, que existe cuando actúa irregularmente aunque ninguna norma le haya pres-

²⁰⁷ En sentido contrario HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos...*, *op. cit.*, p. 115, quien es menos terminante en la p. 116: “Debería bastar la alegación fundada del particular para que la Administración reconociera el vicio.” Tampoco admite la no suspensión del acto estable CANDA, FABIÁN OMAR, “La suspensión del acto administrativo estable,” en el libro de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 106 y ss. Pero como también expresa GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 257, siendo la nulidad de pleno derecho, no existe en realidad una decisión a tomar, sino una comprobación, un detectar o constatar que no constituye un acto negocial ni discrecional. No se justifica la distinción “esencial” entre revocación y suspensión del acto nulo; ambas son obligatorias para la administración y *a fortiori* para el juez.

²⁰⁸ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 632. “La suspensión del acto por ilegalidad manifiesta no tiene límite alguno, es absoluta. Demostrada la ilegalidad, procede la suspensión. En un Estado de Derecho es inconcebible que la Administración Pública actúe al margen de la legalidad, pues, como función estatal, su actividad es siempre sublegal.” Esta discordancia con la fuente ya la señaló MAIRAL, *La licitación pública*, *op. cit.*, pp. 88-9.

²⁰⁹ Ampliar sobre esta cuestión *supra*, t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios.”

cripto la conducta debida. Su responsabilidad es similar, en tal sentido, a la de un médico, abogado, etc., que son responsables por una omisión en el ejercicio de sus funciones aunque ninguna norma les obligue expresamente a adoptar la conducta omitida.²¹⁰ Por lo tanto, si el funcionario ejecuta un acto nulo, a pesar de haberse interpuesto un recurso contra el mismo, incurre por su parte en irregular cumplimiento de sus funciones y se crea a sí mismo responsabilidad civil por el daño que ocasione: cuando el particular demande conjuntamente al funcionario y al Estado por los perjuicios ocasionados; el funcionario no podrá alegar en su descargo que si bien él debía revocar el acto, tan sólo “podía” suspenderlo. En tal caso se le dirá que podía suspenderlo y *debió* haberlo hecho para no incurrir en responsabilidad civil.²¹¹

10.3.4.4. *El deber de obediencia*

Contribuye a la misma solución la regla del deber de obediencia, que no es un criterio de obediencia *absoluta* a todas y cualesquiera sean las órdenes de sus superiores, sino solamente a las órdenes legales que ellos le emitan,²¹² en consonancia con el principio de la presunción de legitimidad, que no alcanza a los actos nulos.²¹³ Ya que ambos, presunción de legitimidad y obligatoriedad, sólo se aplican a los actos regulares (válidos o anulables) y no a los irregulares (nulos), es inevitable la conclusión: el deber de obediencia del funcionario público sigue las mismas reglas y se aplica solamente a los actos regulares, no a los irregulares o nulos.

En consecuencia de ello, el funcionario no sólo *no debe* obediencia al acto nulo, sino que *debe* proceder a la suspensión de su ejecución cuando ha sido impugnado por un recurso administrativo o una acción judicial. De lo contrario, compromete personalmente no sólo su responsabilidad civil, sino también administrativa e incluso, eventualmente, penal. Es, además, una regla de elemental prudencia no ejecutar materialmente el daño o perjuicio cuando aún no se conoce cuál es la decisión de la autoridad competente al respecto.

10.3.4.5. *El problema semántico*

Todas estas razones podrían parecer atentar contra la clara expresión utilizada en el art. 12, que dice que la administración “podrá” (no “deberá”) suspender el acto en el caso de la nulidad absoluta. Pero es sabido que no corresponde hacer interpretación meramente exegética y que debe buscarse, además del sentido

²¹⁰ *Supra*, t. 2, cap. XIX.

²¹¹ MAIRAL, *La licitación pública, op. cit.*, p. 90, nota 35.

²¹² Conf. Costa Rica, arts. 107 y 108,1; Venezuela, arts. 8° y 28.

²¹³ *Supra*, § 4.1, “Fundamento teórico y práctico. Sus alcances,” 4.2, “Fundamento positivo de la presunción de legitimidad,” 5.1, “Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos,” 5.4, “Exigibilidad del acto ilegítimo” y 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción.”

literal de los términos utilizados, el significado de la disposición dentro del contexto del sistema. También, que debe darse un sentido razonable y justo a la norma para que sea constitucional.²¹⁴ Por lo demás, no es la primera vez en derecho administrativo que alguna ley, habiendo utilizado la tímida redacción de “podrá,” fue interpretada sistemáticamente con el alcance de “deberá.” Es lo que ocurrió, entre otros casos, con la ley 12.910 de mayores costos, que en su art. 6° decía que la administración podría en los sucesivos pliegos de licitaciones de obras públicas incluir cláusulas de mayores costos. La interpretación uniforme de la administración fue que esto constituía una obligación y que en caso de haberse omitido la cláusula, ella era de todos modos aplicable, por tratarse de una facultad reglada.²¹⁵ Esta interpretación del art. 12 coincide con la que en igual sentido efectúa MAIRAL: “en síntesis, siempre que un oferente impugne la adjudicación alegando un vicio grave en el trámite y la existencia de dicho vicio resulte manifiesta o, incluso, verosímil, la Administración podrá y *en rigor deberá, otorgar efectos suspensivos* al acto.”²¹⁶

10.3.4.6. Conclusiones

En suma, cuando el acto impugnado es nulo, el funcionario tiene la obligación de suspender, expresa o tácitamente, la ejecución del acto impugnado y que, consecuentemente, no puede proceder legítimamente a su ejecución.

11. La suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo

11.1. En general

En ausencia de norma especial sobre el caso, el tribunal puede disponer la suspensión del acto administrativo y otras medidas cautelares, en cualquier etapa del proceso.²¹⁷ Es común que la suspensión del acto se pida al tribunal en forma simultánea con la interposición de la demanda, pero a veces se puede pedirlo como medida previa o anticipada, antes de la interposición de la acción.²¹⁸ Nada impide, aunque es menos frecuente, pedirlo con posterioridad al inicio del proceso. Esto último puede ocurrir cuando la verosimilitud del derecho se aprecia con el comienzo de producción de la prueba. El tribunal decide en forma sumaria si la suspensión es procedente, en auto que es apelable al sólo efecto devolutivo.²¹⁹

²¹⁴ *Supra*, t. 1, caps. I y VI.

²¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 47: 11; 57: 149 y otros. Ver también AA.VV., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, AADA, 1978 y reimpressiones posteriores por Astrea, cap. V.

²¹⁶ MAIRAL, *La licitación pública*, *op. cit.*, p. 90. El destacado nos pertenece.

²¹⁷ Ver CNCiv, Sala C, Ybáñez, *Juan A. c. Municipalidad de Buenos Aires*, LL, 1996-E, 109; GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 46, “El amparo como cautelar autónoma innovativa,” pp. 125-6; MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 799 y ss.; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, cap. XI, p. 167.

²¹⁸ Ver CNFed. CA, Sala I, *Aguas Argentinas S.A. LL*, 1996-A, 646; Sala III, *Edesur*, LL, 1995-D, 318; GORDILLO, *op. cit.*, § 25, pp. 85-6; y § 9, pp. 49-50.

²¹⁹ GRAU, *op. cit.*, p. 242.

Algunos códigos provinciales exigen la irreparabilidad del perjuicio que su ejecución ocasionaría²²⁰ y/o su ilegalidad manifiesta;²²¹ una solución del *Ancien Régime* francés, que antes tomara pero ya repudia el derecho español, a favor de toda clase de medidas cautelares.²²² El derecho comparado ya no sostiene las aquellas prácticas que cada vez menos sobreviven en nuestro país; la Provincia de Buenos Aires²²³ ha receptado una amplia gama de medidas precautorias: las reguladas en el CPCC, las positivas o de hacer, por ende innovativas y la suspensión de la ejecución del acto. La posibilidad de sufrir perjuicios, o la alteración de una situación de hecho o de derecho, habilitan la suspensión judicial,²²⁴ que puede ser pedida en cualquier etapa del proceso. Sin embargo es lamentable el retroceso de la ley 13.101²²⁵ que dispuso la obligación de pedir la suspensión primero en sede administrativa, esperar una resolución adversa expresa o el transcurso de cinco días hábiles para recién entonces, ante el silencio de la administración, acudir a la instancia judicial por denegación tácita.²²⁶ Afortunadamente ya existen casos en los que se ha advertido²²⁷ la inconstitucionalidad de este recaudo.²²⁸

²²⁰ Ver ARGANARÁS, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 247, para los códigos antiguos. Una crítica de este principio en MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 630.

²²¹ Ver BIELSA, *Sobre lo contencioso administrativo*, Santa Fe, 1964, 3ª ed., p. 236 y ss.

²²² Art. 129, inc. 1º: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia:” ver GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa...*, t. II, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 2019 y ss.

²²³ Ver SCJBA: 24-IX-2003, *Eco-System S.A.*, con nota de OROZ, MIGUEL H. E., “La admisión de las medidas precautelares en el proceso administrativo bonaerense,” *LLBA*, 2004: 249.

²²⁴ Para la CABA ver GORDILLO (dir.), *Procedimiento...*, *op. cit.*, secc. V, § 1, pp. 170-3; PICASSO, SEBASTIÁN, “Suspensión de ejecución de acto administrativo,” en BALBÍN (dir.), *Código...*, *op. cit.*, título V, cap. II, comentario a los arts. 189 y 190, p. 401 y ss.; ZAYAT, VALERIA E., “La suspensión del acto administrativo impugnado en la administración ¿regla o excepción?,” *LL*, 2001-F, 84.

²²⁵ Se siguen así sumando eslabones al proceso que explicamos en “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, 30-XI-01; “Administrar sin justicia,” *RAP Buenos Aires*, 2003, I/1: 11-25. Son los jueces de primera instancia “el instrumento más útil y más inmediato de la reforma política:” ver “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *RAP Buenos Aires*, II/13: 7-12, abril de 2004.

²²⁶ Prov. Buenos Aires, art. 25, inc 2º). La a justicia ha interpretado que no es necesaria la previa petición cuando, de la impugnación administrativa, surge implícitamente el pedido de suspensión (Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 234, *Ledesma*; ver *infra*, nota 228). Existen dos supuestos en los que los efectos del acto se suspenden por la mera interposición de la acción judicial: 1º) la impugnación del acto que suspende o destituye a un intendente y 2º) las acciones contra resoluciones del Tribunal de Cuentas que imponen cargos o multas a agentes o funcionarios (ley 10.869, art. 36).

²²⁷ Sabida es la discusión terminológica propuesta por algunos autores entre declarar la inconstitucionalidad e inaplicar la norma por su advertida inconstitucionalidad. Tal como lo explicamos en el t. 1, cap. 1, esta es una discusión meramente semántica, sin sentido práctico.

²²⁸ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 234, *Ledesma*, 2-III-2004, firme: una pretensión de amparo fue transformada de oficio por el magistrado en medida cautelar anticipada, a la que se hizo lugar no obstante la falta de reclamo previo, por considerar “que las normas procesales pueden constituirse, ocasionalmente, en verdaderos valladares para el logro del fin jurídico perseguido por las normas sustanciales y es deber de los Jueces evitar que dicho efecto se produzca” (cons. IV, c, 2º). Se trataba de un jubilado por invalidez a quien le notifican de un importante cargo deudor, “sin informar el origen del mismo ni resolución alguna al respecto.” El fallo invoca precedentes de la SCJBA, causas B 56.252, *Frías de Marcon*, año 1995; B 55.891, *Pérez de Irigoyen*, mismo año; B 59.788, *Mazzuca*, año 1999 y otras.

La jurisprudencia nacional ha tenido ocasión por su parte de utilizar principios más elásticos que los mencionados en primer lugar, tales como los “graves perjuicios” que la ejecución del acto puede causar, la “verosimilitud *prima facie* del derecho invocado” y la “apariencia de ilegitimidad” del acto cuestionado.²²⁹ Por lo demás, la Cámara Federal de la Capital hace de antaño una interesante fórmula de equilibrio entre estos requisitos y señala que “a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.”²³⁰

Otros tribunales por su parte, han caído en el mismo error de las legislaciones provinciales, exigiendo la “ilegalidad manifiesta” del acto para suspenderlo,²³¹ o han introducido otros criterios de apreciación, tales como el perjuicio o la lesión que la suspensión produciría a la gestión administrativa.²³² Como se ve, dista mucho de existir uniformidad en esta materia. El tema se emparenta directamente con otras grandes cuestiones: la procedencia amplia o restringida del amparo para ponerlo a tenor de la nueva constitución y el nuevo orden internacional, y de las medidas urgentes y cautelares innovativas, que tanto esfuerzo demandan y tanta discusión provocan.²³³

11.2. “Recursos” otorgados por leyes especiales

11.2.1. Caso en que la ley no resuelve sobre el efecto de la interposición

Tratándose de “recursos” judiciales previstos por leyes especiales para la impugnación de actos administrativos determinados²³⁴ se ha sostenido el carácter directamente suspensivo de la interposición del remedio judicial, aun sin que norma especial así lo establezca. Ha dicho la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que “aunque, según se ha señalado, en virtud de la incompatibilidad con los principios constitucionales del ejercicio de la función

²²⁹ CNFed., Sala CA, *Asual S.R.L.*, LL, 119: 844, año 1965.

²³⁰ *Banco Popular de La Plata*, LL, 120: 762, año 1965; *Gobierno Nacional c. N. N.*, LL, 125: 633, año 1966.

²³¹ Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, *Castoldi*, LL, 121: 102, año 1965.

²³² Ver REIMUNDÍN, *op. cit.*, p. 284 y ss.; LINARES, “La prohibición de innovar (Bases para su sistemática),” en la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. XX, año XXI, n° 6.

²³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla de las medidas cautelares*, Civitas, 1995; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa...*, *op. cit.*, p. 2019 y ss. Ver *supra*, t. 2, cap. XIII, § 8, “El amparo” y ss. y en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. XII, “Un día en la justicia. Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional,” reproducido en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.; y en LL, 1995-E, 988. Ver también GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 88, “Rechazo *in limine* de la acción de amparo: que sea excepcional, no normal,” pp. 185-7 y LL, 1998-D, 208; § 65, “El moribundo amparo,” pp. 145-9 y LL, 1997-C, 843; § 50, “Amparo: nunca, jamás,” pp. 130-1 y LL, 1997-A, 82.

²³⁴ Sobre el carácter de “acción” o “recurso,” ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración.”

jurisdiccional por el Poder Administrador, debe entenderse que cuando las leyes reglan «recursos» judiciales contra actos administrativos, no se trata, en realidad sino de la reglamentación de procesos especiales con trámite administrativo previo regidos por las reglas del proceso de apelación,²³⁵ por lo que le resulta aplicable el principio procesal de que “la apelación se concede en ambos efectos cuando no esté expresamente dispuesto que debe concederse a uno sólo, es decir, sin efecto suspensivo.” “Esta conclusión no debe resultar, a mi juicio, ni remotamente sorprendente. En efecto, debe entenderse que, al estatuir el proceso especial de revisión del acto administrativo, reglado como «recurso» judicial, el legislador quiso habilitar un medio de impugnación más eficaz o más rápido que los recursos generales ante la Administración [...] a la acción judicial genérica que exista para la tutela de los derechos de los administrados [...] a la cual, sí, no habría por qué reconocerle eficacia suspensiva por su sola deducción.”²³⁶

De acuerdo a las conclusiones de este fallo, que compartimos, resultaría que las acciones o “recursos” regidos por leyes especiales que estatuyen un proceso más rápido que el ordinario, tiene *ipso jure*, aún sin norma expresa, efecto suspensivo sobre el acto impugnado; no así las acciones ordinarias, en las que la suspensión debe ser pedida y podrá ser ordenada por el tribunal cuando se den causas que lo justifiquen.

11.2.2. Casos en que la ley otorga efecto devolutivo al recurso

Lo expuesto se refiere a los casos en que las leyes que otorgan un “recurso” especial ante la justicia contra actos administrativos, no contemplan expresamente el efecto suspensivo o devolutivo de tal recurso. Pero hay casos graves, en que las leyes resuelven expresamente el punto en sentido contrario a la suspensión de la ejecución del acto y se pronuncian entonces por la inmediata ejecución de la resolución impugnada, no obstante la interposición de la acción judicial. Entendemos que es inconstitucional pretender privar al magistrado de su potestad jurisdiccional y al mismo tiempo restringir el acceso útil a la justicia de parte del individuo afectado en sus derechos por un acto administrativo. El caso se plantea con motivo de la ley 14.878, art. 28, apartado segundo: “En los casos en que el Instituto Nacional de Vitivinicultura resuelve la clausura o suspensión de los establecimientos o locales en infracción a la presente ley o a su reglamentación, a fin de que exista *una inmediata ejecución de la sanción aplicada*, el recurso de apelación ante el juez competente *se concederá al sólo efecto devolutivo* y en relación.” La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo *Dumit*, de 1972,²³⁷ resolvió expresamente la inconstitucionalidad de una norma de esta índole que pretende ejecutoriar una sanción, hacerla cumplir efectivamente, sin el debido

²³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, revista *Derecho del Trabajo*, año XXVII, n° 4, abril de 1967, pp. 189-90.

²³⁶ Fallo citado, p. 190.

²³⁷ Fallos, 284: 150, *Dumit*.

previo contralor judicial. Como dijo el tribunal en esta ocasión “no cabe hablar de «juicio» —y en particular de aquel que el art. 18 de la Carta Magna exige como requisito que legitime una condena—, si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente, ni de «juicio previo», si esta instancia no ha concluido y *la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma.*”²³⁸

El tema, con todo, se repite a través del tiempo. Una de ellas ha sido la absurda pretensión de que las acciones o recursos judiciales interpuestos contra las sanciones de clausura impuestas por la DGI no tengan efectos suspensivos, lo que con toda lógica ha sido declarado inconstitucional.²³⁹ La CSJN ha rechazado los recursos extraordinarios interpuestos contra fallos análogos, que no hacen sino aplicar la correcta doctrina de *Dumit*.²⁴⁰ Ello es así aún cuando la legislación invoque pretendidas facultades jurisdiccionales que se confieren al órgano administrativo, pues debiera ser claro que “en nuestra Nación no existen otros jueces que los del Poder Judicial, los únicos que pueden dictar sentencias y que son tales —jueces— por su carácter de imparciales. No lo son los de carácter administrativo, aunque algunos de ellos también posean la denominación de jueces.”²⁴¹

11.2.3. Conclusiones acerca de los recursos otorgados por leyes especiales

De la jurisprudencia que acabamos de glosar en los puntos precedentes resultaría que el otorgamiento por leyes especiales de recursos para ante la justicia contra actos administrativos determinados, debe ser interpretado como una forma en que el ordenamiento jurídico tiende a tutelar de manera diferente los intereses comprometidos. Mientras que en las acciones ordinarias el particular dispone de los plazos normales para iniciar su acción, tiene un amplio régimen contencioso y de prueba, etc., en los recursos de leyes especiales, en cambio, tiene plazos más breves y hasta angustiosos, le es más difícil realizar actividad probatoria, etc.;

²³⁸ *Fallos*, 284: 150, 153, cons. 12°. Comp. MAIRAL, *Control ...*, t. II, *op. cit.*, p. 692 y ss.

²³⁹ CFed. San Martín, Sala I, *Zampolini, LL*, 1998-E, 519, 521: “declarar la inconstitucionalidad de los arts. 10 y 11 de la ley 24.765, que reforman los arts. agregados a continuación del art. 78 de la ley 11.683 (t.o. 1978), en cuanto establecen la ejecutoriedad sin otra sustanciación de las resoluciones resultantes de la apelación administrativa y el efecto devolutivo de los recursos de apelación judicial previstos,” p. 521, con nota de PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Inconstitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la ley 24.765 (clausuras).” Como expresa el autor citado, siguiendo jurisprudencia de la CSJN, “este tipo de sanción necesariamente debe contar con el dictado de una sentencia emanada del juez competente del Poder Judicial.” Ver también JÁUREGUI LORDA, HERNÁN, “Régimen infraccional tributario. La sanción de clausura. Consideraciones críticas e instancias recursivas,” *JA*, 2007-I, fasc. 10, 7 de marzo de 2007, pp. 6-19.

²⁴⁰ Es el caso citado, *Fallos*, 284: 150. Lo afirmado en el texto se refiere a *Lapiduz*, CSJN, *LL*, 1998-C, 371. En igual sentido CNPenal Económico, Sala A, *Cargill S.A., LL*, 1997-D, 641; *Valenti Especialidades, LL*, 1993-C, 203, nota de BIDART CAMPOS; *ED*, 152: 670. Lo mismo en un arresto con impugnación judicial al sólo efecto devolutivo, CSJN, *Di Salvo, LL*, 1988-D, 271.

²⁴¹ PRIERI BELMONTE, *op. cit.*, 521; *supra*, t.1, cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” al 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración.”

a la inversa, estas características se ven en parte contrapuestas con los efectos de la interposición de la acción o recurso. En las primeras la interposición de la demanda no tiene *per se* efecto suspensivo, en las segundas en cambio sí tiene un efecto suspensivo automático, inclusive aunque la ley disponga lo contrario, pues también esta hipótesis ha sido declarada inconstitucional y con razón, por la Corte Suprema en el caso *Dumit*.

En cuanto al derecho comparado, el derecho español que antes admitía la suspensión sólo cuando “la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil,”²⁴² no considerándose por lo demás que la sola circunstancia de que el perjuicio sea reparable en dinero lo torne de “fácil” reparación.²⁴³ La legislación actualmente vigente, que siguió la línea de una jurisprudencia progresiva²⁴⁴ y no regresiva²⁴⁵ de las normas anteriores, no establece otro requisito que el finalista o teleológico, que se pidan y dicten “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.”²⁴⁶

²⁴² La solución venía del art. 122, párr. 2, de la anterior ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁴³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Madrid, 1967, 2ª ed., pp. 333-4. El problema sería el mismo en nuestro país, pues dado el carácter meramente declarativo de las sentencias condenatorias contra la Nación, podrían existir dificultades materiales poco menos que insalvables para el cobro oportuno de la indemnización si ésta fuera demasiado cuantiosa. Igual criterio sostiene REAL, ALBERTO RAMÓN, “Aspectos administrativos y contenciosos de la situación del Club de Golf,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII, n.ºs 3-4, Montevideo, 1967, pp. 705-11: “Por añadidura la suma a pagar, [...] llegaría a una cifra sideral, de cientos de millones, de ejecución imposible dada la inembargabilidad del patrimonio municipal y la estrechez de las finanzas públicas que no podrían absorber semejante impacto.” Frente a este tipo de realidad, el principio *fiscus semper solvens est* no es sino una vacía afirmación; ampliar *supra*, t. 2, cap. XIII, § 9.7., “El *solve et repete*.”

²⁴⁴ Es la calificación que formula GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, t. II, *op. cit.*, p. 2022.

²⁴⁵ La comparación es ingrata: sin normas que nos limiten, nuestra jurisprudencia ha sido regresiva, en tanto que la española progresiva. Han prendido bien las viejas raíces y tardan en recibirse los nuevos frutos.

²⁴⁶ Así reza el actual art. 129, inc. 1º: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.” Para su desarrollo y explicación nos remitimos a GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, t. II, *op. cit.*, p. 2019 y ss.