

APUNTES PARA UNA TEORÍA DE LAS AUTOLIMITACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

por CARLOS MANUEL GRECCO

Sumario: I. Autolimitaciones administrativas: idea preliminar. Actividad integrativa de la administración pública. Trascendencia sectorial de la teoría de las autolimitaciones administrativas: a) en el plano de la discrecionalidad; b) en el plano del exceso de poder; c) en el plano del control; ch) en el plano de la "reserva" de administración. Función alternativa: la conexión con el principio de legalidad y con la "reserva" legal. - II. Autolimitaciones y heterolimitaciones. Fuentes de las heterolimitaciones. - III. Tipología de las autolimitaciones administrativas. Dimensión subjetiva: relaciones de identidad y alteridad. Distintas hipótesis según los mecanismos jurídicos. Autolimitaciones formalizadas: reglamentaciones administrativas en general y establecimiento de autolimitaciones mediante la utilización de fórmulas contractuales o negociales. Autolimitaciones factuales: comportamientos singulares, omisiones, prácticas administrativas. Examen de las autolimitaciones surgidas del precedente administrativo.

I. - La idea preliminar de autolimitación administrativa insinúa, como el mismo vocablo denota (una idea similar traducen otros términos también habitualmente utilizados para describir el fenómeno: autovinculación, autodlimitación, autodisciplina, autoimposición de límites, autorreglamentación), el establecimiento de límites a la actividad administrativa impuestos por la propia administración pública. Restringida a su mínima expresión y sin perjuicio de otras modulaciones que puedan perfilar más nitidamente el concepto, la noción de autolimitación administrativa conjuga inicialmente dos coordenadas fundamentales: una, de naturaleza subjetiva, que remite a la fuente del autolímite (la propia administración pública); otra —relativa a las consecuencias que tal vinculación provoca— alude al verdadero condicionamiento que, una vez autoimpuesto, el autolímite significa en el desarrollo de la sucesiva actividad administrativa.

No es improbable que la sola indicación de la materia promueva la perplejidad y pàreza preliminar una compilación de vaguedades fantasmáticas. En una verdadera gema de la literatura jurídico-administrativa, P. Weil ha sugerido que ya la existencia de un derecho

administrativo es en cierto modo milagrosa, por cuanto la actividad de los particulares se halla regulada por un derecho que se les impone desde el exterior, y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo está bajo la autoridad de un poder externo y superior: el del Estado. Milagrosamente nacido, el derecho administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado. No solamente no existe fuerza capaz de obligar materialmente al gobierno a someterse a la norma jurídica y a la sentencia del juez, sino que, además, el Estado puede, al menos en teoría, poner fin en el momento que lo desee a la autolimitación que ha consentido. Y si esto es así en general, más lo es, desde luego, con relación al complejo Ejecutivo-Administración, que es quien en la división funcional se ha beneficiado con la mejor parte. Si ya es problemática la sujeción a los vínculos impuestos "ad extra", bien se comprenderán las espontáneas dubitaciones que fluyen con solo plantear la factibilidad, que no sea meramente especulativa, de una teoría general de las autolimitaciones administrativas.

Las reflexiones que indagan tal posibilidad (que no abundan, quiero decir, no abundan aquellas que divisan la materia desde una perspectiva totalizadora, lo cual no significa que no se hayan examinado aspectos tangenciales al mediar sobre distintas parcelas del derecho administrativo) notan la multiplicidad de posibles puntos de vista de aproximación al tema. Por de pronto, en una observación que aunque rudimentaria resulta inexcusable, es aludida para el legislador la posibilidad de predefinir una regulación minuciosa de la actividad administrativa singular o, cuando menos, de la importancia que adquiere la ausencia de normación legislativa para determinados aspectos de tal actividad (verificación elemental que fundaba —ya para F. Cammeo— tanto la atribución de poderes normativos a la administración como el ejercicio discrecional de las potestades administrativas), eventualidad que suscita como consecuencia obligatoria, posible u oportuna, la integración por parte de la administración pública de la disciplina legislativa (para P. M. Vipiana concurre, en el segundo de los supuestos mencionados, una función administrativa *quasi vicaria* con relación a la normación legislativa, correspondiendo a la autoridad administrativa predefinir los criterios según los cuales, de forma más o menos necesaria, deberá desenvolverse su actividad; posibilidad aplicable, igualmente, para los supuestos de inexistencia de ejercicio —o de ejercicio no exhaustivo— de la función de dirección administrativa).

Vertebrada conceptualmente la materia según los enunciados precedentes, cabe, con todo, interrogarse acerca de la necesidad o conveniencia de una teoría general de las autolimitaciones administrativas (textos como el de Vipiana o el de Wallerath ostensiblemente anticipan una conclusión afirmativa, pero uno intuye, con E. M. Cioran, que las más de las veces no se escribe porque se tenga algo que decir sino

porque se tiene ganas de decir algo). La duda se presenta en la medida en que la idea de autolimitación sectorialmente surge cuando son analizados determinados espacios de la disciplina jurídicoadministrativa (nucleares o periféricos). Prematuramente se puede, por ejemplo, pensar en la potestad reglamentaria autónoma, básica (y quizá exclusivamente) referible en las hipótesis de autovinculación (y así sucesivamente en otros sectores que serán inmediatamente aludidos). Una justificación posible, de todas formas, por ser la más perceptible, podría ser ubicada en el terreno metodológico: un examen de conjunto evitaría o mitigaría la dispersión y contribuiría al esclarecimiento de situaciones que manifestadas en enclaves delimitados muestran, sin embargo, características que permiten reconducirlas a una visión unitaria. Si se modera el espíritu de sistema y suprimen las ticsuras normalmente localizadas en la dogmática general y si, fundamentalmente, se coloca sordina al entusiasmo (la posibilidad, señalada por algún autor, de que la autovinculación administrativa pueda compensar la crisis de la ley y del Poder Legislativo es realmente prodigiosa), no es absolutamente desechable que los resultados signifiquen algo más que una candorosa constelación de quimeras.

Ahora bien, un sumario elenco de la trascendencia sectorial de la teoría de las autolimitaciones administrativas muestra, sin que ello implique consumir el inventario de alternativas pensables, los siguientes supuestos: a) en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, aquello que un autor (concretamente L. Benvenuti) denomina, con inequívocas remisiones a la comprensión hermenéutica (es casi superfluo recordar aquí a H. G. Gadamer), la "*centralità del processo antecedente alla scelta finale*" que no sigue una lógica lineal, sino que consiste en una continua proposición y reproposición de nuevas hipótesis y una continua superación de nuevas hipótesis sucesivas. De igual forma, la tendencia a conferir relevancia no sólo a la actividad administrativa global, sino también a la postulación de una administración "objetivada", conduce a la necesidad de expandir la perspectiva concentrada en la manifestación singular y final de la potestad y a valorar también aquel momento en el cual se perfilan tanto la dirección como los criterios decisionales. Fraccionado el ejercicio de la potestad en dos momentos fundamentales (aquel en el cual la administración formula, autovinculándose, una elección genérica y aquel otro en el cual decide concretamente con sujeción a la autolimitación precedente), aparece la estrecha conexión del autolimitante, en el ámbito específico del procedimiento administrativo, tanto con los principios de publicidad y transparencia de la acción administrativa, como con la tutela de la confianza que la autolimitación provoca en el destinatario concreto de la actividad; b) modernamente se observa la incidencia que la teoría de las autolimitaciones administrativas exhibe en la tradicional figura

hallar obstáculos insalvables, aun cuando no quepa la inadmisibilidad absoluta.

II. - Quizá resulte de cierta utilidad, antes de examinar la tipología autolimitativa y en especial las fuentes de donde pueden provenir, formular una breve comparación con las heterolimitaciones, es decir, con aquellos vínculos o límites estatuidos por órganos distintos de la administración pública.

1) Ante todo, naturalmente, cabe mencionar los consignados en la Constitución nacional, sea que operen como criterios generales (p. ej., la interdicción al Poder Ejecutivo para ejercer funciones judiciales; art. 95 de la Constitución nacional) o como pautas de referencia en materias específicas (p. ej., la estabilidad del agente público —art. 14 bis de la Constitución nacional— que constituye un límite impuesto externamente en una materia que genéricamente incumbe al Poder Ejecutivo; art. 86, inc. 1).

2) Los tratados y convenios internacionales con prescindencia de la cuestión relativa a la naturaleza de su clausulado (así la obligación asumida de arbitrar los mecanismos necesarios y las medidas adecuadas para fomentar la negociación colectiva en el marco de las relaciones laborales en las condiciones establecidas por el convenio 154, del 19 de junio de 1981, promovido por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y al que la República Argentina se adhirió mediante ley 23.544, sancionada el 22 de diciembre de 1987. Aunque en el ámbito del convenio la legislación o la práctica nacional puede fijar modalidades particulares de aplicación (art. 1.3) —y de hecho la ratificación fue formulada con la reserva en este punto de que el convenio se haría efectivo en oportunidad de entrar en vigencia la nueva legislación reguladora de la función pública (art. 2 de la ley 23.544)—, cabe anotar que dentro de las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva figura la obligación de que la negociación colectiva resulte progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a, b y c del art. 2 del convenio, y que simultáneamente con la sanción de la ley 23.544 fue dictada la ley 23.545, que añadió al art. 1 de la ley 14.250 dos párrafos en los cuales se contempla la aplicación de sus normas a aquellas convenciones celebradas por las asociaciones profesionales de trabajadores con quien represente a una empresa del Estado, a una sociedad del Estado, a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria o a una entidad financiera estatal o mixta comprendida en la Ley de Entidades Financieras. Igualmente, las prescripciones de la ley 14.250 (por disposición de la ley 23.545) se aplicarán también a las convenciones que celebren las asociaciones representativas de trabajadores que se desempeñen en la administración pública nacional, con quienes actúen ejerciendo la representación de los órganos o reparticiones de que se trate, salvo que concurriera en

cualquiera de las hipótesis mencionadas la situación examinada en el cuarto párrafo del art. 1 de la ley 23.545.

3) Cuantitativamente la fuente más importante de heterolimitaciones de la administración es, naturalmente, la ley, pues el principio de legalidad reclama, justamente, la sujeción genérica de la administración a la ley. La legalidad también limita, pues, la autovinculación y no son infrecuentes los casos en que la administración, al instalar su autolimitación, no hace más que recibir el contenido de la norma legislativa previa. Equivalente situación queda configurada cuando la propia ley determina que la administración puede o debe, según los casos, predefinir módulos decisionales, hipótesis en la cual no se puede descartar la subsistencia de un heterolímite legislativo, aunque resulte incompleto desde el punto de vista de su contenido (y quede reducido a un mero reenvío a la autoridad administrativa) y excepción hecha de que la misma ley predelimita, con tal propósito, cualquier principio directivo. La tensión entre heterolímite y autolimitación asciende a un nivel máximo cuando en sede legislativa son establecidos sólo de manera implícita criterios de dirección y actuación que la administración debe valorar en sus decisiones singulares, supuesto en el cual es problemático discernir el núcleo heterolimitativo consagrado en la ley y la contribución de la administración que se autolimita. Interacción relevada, fundamentalmente, cuando la ley fija criterios de máxima, alternativos entre sí para la actuación administrativa, o bien cuando expresamente habilita su carácter no vinculante.

4) Constituyen también heterolímites de la actividad administrativa aquellos principios que aunque no formulados expresamente se consideran de todas formas presentes o "íntimos" en el ordenamiento jurídico-administrativo (así, p. ej., los denominados "preceptos de lógica e imparcialidad" en virtud de los cuales se cohibe, por razones de coherencia y no contradicción, elecciones o decisiones administrativas contradictorias con elecciones precedentes o elecciones sobre la base de consideraciones contrastantes y se asegura la paridad de tratamiento del supuesto de hecho en el desarrollo de la actuación administrativa).

5) En fin, el heterolímite puede también provenir de ciertas decisiones judiciales, como ocurre cuando no habiendo sido preñados en sede legislativa los criterios a los cuales debe adecuarse su actividad la administración o estando previstos sin un suficiente grado de detalle, la decisión administrativa resulta defectuosa en su contenido por no respetar determinadas pautas individualizadas en la resolución judicial.

III. - En esta sumaria indagación de la tipología autolimitativa parece apropiado distinguir dos aspectos importantes. En primer lugar, el relativo al sujeto que determina la autovinculación; luego, la forma

bajo la cual el autovínculo es expresado. Nos encontramos, pues, por de pronto, con una dimensión subjetiva de las autolimitaciones, siendo entonces factible delinear cuatro hipótesis, conforme a la clasificación que propone P. M. Vipiána: 1) el mismo sujeto, entendido como persona física, que reviste la calidad de agente público; 2) el mismo órgano en el cual, sin embargo, se ha operado la mutación de titularidad entre el momento de fijación y el momento de observancia; 3) el órgano que prefiere el vínculo puede ser diferente del órgano que debe aplicarlo, pero perteneciendo ambos a la misma administración; 4) eventualmente, no es descartable que ambos órganos no sólo fueran diversos entre sí, sino además pertenecientes a distintas personas jurídicas públicas. De las hipótesis precedentes sólo muestran significación, con todo, las dos últimas (es decir, que desde el punto de vista subjetivo, en el ámbito de la autolimitación las hipótesis sustanciales se reducen a la identidad o a la alteridad del órgano que establece el autovínculo y de aquel que debe observarlo; la primera, en efecto, de las hipótesis enunciadas, en cuanto disocia la persona física de la titularidad orgánica opera sólo en un nivel psicológico y la segunda es irrelevante por el principio de continuidad del órgano administrativo aun en los casos de cambio o ausencia de titular).

Debemos, por otro lado, dejar fatalmente en simple sugerencia (remitiendo al muy completo estudio de Vipiána, al cual únicamente cabe reprochar cierta exacerbadción dogmática que en absoluto desmerece el nivel científico de la obra) las diversas situaciones que se pueden presentar respecto de: a) la silente predefinición de la autoridad a quien, en todo caso, compete la fijación del autovínculo, finalmente instaurado por el órgano que debe decidir en un supuesto específico (ausencia de la función autolimitativa); b) la dilatación operada por la autoridad que debe fijar (o a quien compete genéricamente) el autovínculo que no sólo dispone en tal sentido sino que también estatuye la concreta decisión.

Veamos ahora los mecanismos jurídicos con los cuales opera la autolimitación, distinguiendo una primaria aproximación entre las autolimitaciones formalizadas y las autolimitaciones factuales (para el concepto de "forma" propio de la teoría general resultan imprescindibles los nombres de Carnelutti—evento y acción, modo y contenido— y E. Betti).

1) Dentro del cuadro de las autolimitaciones formalizadas se ubican todas aquellas manifestaciones mediante las cuales queda exteriorizada la voluntad administrativa de disponer un autovínculo con sujeción a determinados recaudos consignados en el ordenamiento (así, art. 8 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, relativo a la forma de las decisiones administrativas).

Las autovinculaciones pueden surgir así de reglamentos administrativos "autónomos", es decir, aquellos que no requieren la concurrencia de norma legal que previamente habilite su dictado (el sentido autolimitativo justifica, precisamente, en tales casos la normación directa por dispositivo reglamentario; p. ej., en materia de recursos administrativos). Más discutible es el supuesto de reglamentos de ejecución, no faltando quien, en abierta discrepancia con buena parte de la doctrina tradicional (que encuentra en la potestad reglamentaria un poder discrecional que se autolimita), sostiene que en la comparación de las distintas atribuciones de naturaleza administrativa el reglamento opera no como autolimitación sino como heterolimitación de la esfera discrecional (así, E. Chelli, criterio, éste, que en nuestro ordenamiento positivo podría estar respaldado por la previsión del art. 86, inc. 2, de la Constitución nacional, que veda la distorsión, mediante excepciones, del espíritu de la ley reglamentada). Aquí también hay que incluir todas aquellas decisiones administrativas que, al margen del modelo elegido, importan el ejercicio de poderes normativos, independientemente de si consuman sus efectos sólo en el ámbito interno de la administración o también proyectan sus efectos respecto de terceros ajenos al aparato administrativo (así las circulares, instrucciones, órdenes generales o disposiciones interpretativas: art. 2 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos; arts. 7-8 de la ley 11.683; art. 23, inc. i, del Código Aduanero; etc.). Las autolimitaciones pueden igualmente ser establecidas por actos singulares aunque, como se comprenderá, un catálogo de éstos resultaría inútil, debiéndose únicamente señalar el interés que adquiere la distinción entre actos que clausuran determinado procedimiento y actos intermedios (instrumentales o preparatorios) del procedimiento administrativo.

2) La posibilidad de consagrar autolimites mediante la utilización de fórmulas contractuales o negociales requiere una previa aclaración relativa a la distinta función que el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil) cumple en el derecho administrativo y en la actividad de la administración. Ha destacado Betti, en tal sentido, que en los actos de autonomía privada la iniciativa individual es libre de perseguir todo interés socialmente apreciable, con tal que sea de tal naturaleza que pueda solicitar y merecer la tutela jurídica. Las decisiones administrativas, en cambio, están sometidas a una rigurosa tipicidad legal por lo que respecta a los presupuestos de competencia y a los requisitos de estructura, siendo objetivamente determinable el problema de interés público a resolver con cada tipo de decisión. Cada tipo de decisión, en efecto, es destinado a resolver un específico problema práctico, y por ello a cumplir una típica función de interés público que la caracteriza. Y en esta necesaria gestión de utilidad pública es que la autonomía de la voluntad debe ser

includiblemente modulada. A diferencia del particular —subtraya Villar Palasí—, que dispone de un poder absoluto, de una titularidad plena sobre su patrimonio, la administración se caracteriza por el carácter vicarial de su función en el marco de una titularidad escindida; por consiguiente, junto al límite negativo de actuación válida, que supone la sujeción a la ley, operará también un límite positivo de la autonomía de la voluntad, primordialmente determinado por la finalidad de interés público a la cual el negocio jurídico sirve. Tras estas precisiones se debe indicar que nada obsta a que la contratación o el empleo de fórmulas negociales constituyan también fuente de autolimitaciones administrativas. Por de pronto, una hipótesis evidente es la constituida por los pliegos de condiciones generales y especiales utilizados en la licitación o adjudicación de contratos (así para el contrato de obra pública, art. 25 de la ley 13.064), que no sólo habilitan potestades administrativas sino que pueden también provocar vinculaciones y límites para la administración (que además se torna todavía mayormente visible en ciertas parcelas de actuación, como, por ejemplo, en el ordenamiento territorial y uso del suelo con fórmulas de "urbanística negociada").

3) Al lado de las autolimitaciones impuestas por decisiones formalizadas (reglamentos, circulares, instrucciones, órdenes de servicio y en general actos administrativos singulares o generales) hallamos también aquellos supuestos en los cuales no concurre estrictamente un comportamiento formalizado sino una simple conducta de la cual se puede seguir objetivamente la instalación de un autovínculo. Virpiana cita el caso, resuelto por la jurisprudencia italiana (concretamente, el Tribunal Administrativo Regional Lazio, sec. I, 26 de marzo de 1987), en el cual la comisión examinadora de un concurso universitario había considerado adecuado, al efecto de evaluar a un candidato determinado, la incorporación de ciertos elementos (trabajos individuales). Entendió el Tribunal que al proceder de tal forma, cuando no había reglamentariamente obligación de hacerlo, la Comisión se había autolimitado, debiendo entonces valorar dicho capítulo también con relación al resto de los postulantes.

4) ¿Puede la inercia de la administración pública provocar una autolimitación? La hipótesis se debe apreciar con rigor, puesto que no resulta fácil extraer la fijación de un criterio decisional de una pura omisión. Más que con el silencio administrativo —que aunque parezca paradójico implica una omisión formalizada (arts. 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y 65 del Reglamento)— la materia se relaciona con la obsolescencia de las normas y con la tolerancia de la administración. Aquello que particularmente interesa indagar es la validez o invalidez de un acto administrativo singular que, en un supuesto específico, prohíbe aquello que normalmente es tole-

rado con infracción a la legalidad. Aunque la restauración de la legalidad no es reprochable no debe tratarse de la resurrección individual para el caso concreto, sino de la intención de proyectarla en una aplicación ulterior generalizada, ya que de lo contrario no es totalmente deseable la configuración de un exceso de poder.

5) La tercera hipótesis de autolimitaciones "factuales" (anteriormente se comentó la proveniente de un comportamiento singular y la que eventualmente puede provenir de la omisión administrativa) está conformada por las designadas "prácticas" administrativas, punto en el cual resultan oportunas algunas convenciones terminológicas en función de que no siempre es verificable una mínima simetría semántica, empleándose iguales o distintos términos para referir bien una situación unitaria, bien fenómenos jurídicos diversos. La idea que preliminarmente asoma tiende a la asociación conceptual de práctica y costumbre, probablemente debida a la coparticipación de la facticidad que una y otra suponen. La diferencia radicaría en la ausencia de certeza correlativa a una obligación jurídica que inexorablemente es predicada de la costumbre y sólo conjeturalmente de la "praxis". Al examinar esta cuestión, G. Zanobini coloca, al lado de la costumbre, los llamados "usos de hechos" que aun manifestándose en práctica constante, carecen del elemento intencional de la costumbre. Son hechos que pueden constituir el presupuesto o el objeto de una norma jurídica, pero que no influyen sobre su existencia (así los relativos a ceremonias civiles o religiosas considerados por las normas de seguridad pública). La significación parecería estar traducida en la aplicación de la ley: la disminución del uso puede producir de tal suerte la total desaparición del objeto referido por la norma. Se encuentra también, por otro lado, los usos del tráfico, exteriorizados en elementos jurídicos que habitualmente insertan las partes en determinadas negociaciones o que figuran en ciertas relaciones sin considerarse obligatorio reiterar la misma inserción u observación (los usos del tráfico muevan, de todas formas, una importancia notoria en cuanto prácticas habituales en los negocios o costumbres idiomáticas existentes en el tráfico y actuables, por lo regular, dentro de un determinado círculo de participantes y de las que se suelen servir normalmente los pertenecientes a ese ámbito del tráfico y que, por ello, pueden en principio suponerse conocidas por cada uno de los integrantes —como canon hermenéutico: así, Larenz—). La afirmación relativa al predominio en el ámbito del derecho administrativo de los actos unilaterales y a que, en consecuencia, se debe entender especificadas las cláusulas de uso, inclusive mediando silencio de la administración (así el otorgamiento de concesiones o autorizaciones "sin perjuicio de los derechos de terceros", aunque tal condición no hubiese sido concretamente impuesta en el acto que consagra la atribución del derecho), no puede, sin

embargo, ser actualmente mantenida en todos sus términos. De la costumbre se distingue, finalmente, la práctica, representada por una conducta uniforme de ciertas dependencias observada en cuanto se la considera la más apta y conveniente, sin que se la juzgue obligatoria. Zanobini indica al respecto que ni siquiera es válido considerar la práctica como costumbre "interna", pues aun las costumbres internas deben ser acompañadas por la *opinio iuris*, por lo menos proyectada a un deber resultante del ordenamiento interno de una repartición o de un grupo de reparticiones. Tal perspectiva es encarada desde el punto de vista de la composición o integración del ordenamiento, admitiéndose, con todo, que puede resultar útil distinguir ambas formas para los efectos indirectos que puedan derivar de las normas internas y que no se extienden a la mera práctica administrativa (p. ej., responsabilidad civil o disciplinaria para el caso de inobservancia). De todas maneras, aquí no está fatalmente en discusión el perfil ordinamental de la "praxis", sino su influencia en otro orden de ideas, como cabalmente es el constituido por los dispositivos que implican, o pueden implicar, el establecimiento de autovinculos administrativos. Según se comentará posteriormente, aquello que realmente viene a traducir la práctica administrativa es una interpretación objetivada de la norma, por lo cual, a diferencia en todo caso de la costumbre, no es presupuesto esencial la concurrencia de intencionalidad vinculante.

También D. Mockle —autor de un resonante estudio sobre las prácticas parareglamentarias de la administración (590 páginas de texto, 24 de bibliografía)— se muestra reticente respecto de su importancia legal, señalando, en primer término, que la expresión "práctica" puede revestir dos significados relativamente diversos. Por un lado, se la puede entender en un sentido inmaterial y referida a un hábito, un comportamiento, una conducta (p. ej., las consultas informales, la inaplicación de una reglamentación oficial, el respeto espontáneo a un precedente, la apelación a otras autoridades para la elaboración de un acto administrativo, la subordinación de la aplicación de una norma legal al dictado de una circular interpretativa, la creación de ciertas derogaciones, etc.). Se configurarían así prácticas reflejas que testimonian actitudes repetitivas y relativamente rígidas. En un sentido más material, una práctica administrativa designaría la expresión formal del uso o hábito. La nota, la circular, la directiva, el esquema, el informe, etc., representarían otras tantas prácticas, sirviendo tal idea para motear el recurso a dichos documentos y afirmarse, correlativamente, que tales textos y documentos materializan las prácticas administrativas (lo cual no impide que existan numerosos usos y prácticas administrativas que conservan un carácter completamente informal: acuerdos verbales entre servicios administrativos que reemplazan expresiones formales suprimiendo el riesgo del compromiso que implicaría, por hipótesis, el conocimiento por los interesados).

Por la potencial interferencia en el principio de legalidad es que la doctrina (según el autor citado) ha sido refractaria a la admisión de un valor jurídico a las reglas desprovistas de todo soporte material y, para reconocerles carácter tangible, exige la concurrencia del elemento voluntarista y psicológico dentro del cumplimiento de los usos, según la imagen evidentemente dominante sobre la relevancia de la voluntad en la formación de los actos jurídicos. Voluntad traducida, justamente, en la *opinio necessitatis*, es decir, en el sentimiento de necesidad jurídica a que obedecen todos los que se sienten ligados y observan la práctica. En la evolución del derecho contemporáneo, de todas maneras, el sentido de la expresión "práctica" pareciera reposar sobre los siguientes criterios moduladores: a) una práctica administrativa se halla, generalmente, desprovista de toda base legal; b) ella modifica solapadamente la reglamentación oficial; c) por último, manifiesta proyección hacia terceros en la medida en que traduce la generalización de un procedimiento. En el ámbito global del urbanismo, Mockle comenta especialmente la práctica de las llamadas "cartas comunales" utilizadas, sin base legal alguna, para las demandas o peticiones de autorización de ocupación del suelo. Conforme se puede computar en el espacio tradicional de las prácticas parareglamentarias, las cartas comunales son materia de acentuada profusión terminológica: "principio de extensión"; "esquema de organización"; "zonificación comunal"; etc. Tampoco resultan coincidentes las indagaciones relativas a su valor jurídico: hay quienes las consideran inoponibles a los administrados y quien, como R. Savy, las califica como "directivas" en el sentido que ha utilizado la jurisprudencia en el *arrêt* "Crédit Foncier" (en los comentarios bibliográficos suministramos una ligera noticia de este precedente y de los principales aspectos del examen teórico y jurisprudencial de las directivas). El primer juzgamiento importante (también recordado por Mockle) respecto del valor normativo de las cartas comunales ("*Staudreau v. Maire de Beaupaire*") objetó la competencia del concejo municipal para dictar una reglamentación concniente a la construcción, consagrando el juez administrativo en su decisión el valor normativo de la práctica con la indicación de que, de cualquier modo que fuere, la práctica participa, positiva o negativamente, del proceso de integración del ordenamiento jurídico. El Consejo de Estado, a su vez, se pronunció en la materia en un precedente del 29 de abril de 1983 ("*Association de Défense des Espaces Ruraux et Naturels de la Commune de Regny*"). litigio en el cual se discutía la validez de una deliberación del concejo municipal de la comuna mencionada, que reunido en "comité secreto" había establecido un plan de zonificación, materializado en un documento gráfico de gran precisión, delimitando las zonas constructibles (el tribunal entendió que el concejo municipal no resultaba competente para imponer o dirigir

una directiva al alcalde). La orientación general impugna, con todo, la configuración misma de las prácticas *praeter legem*. Un detenido análisis, señala el autor citado, enseña que una práctica administrativa motivada por ausencia de derecho es, en realidad, extraña a las reglas de la legalidad y no pertenece, así entendida, ni a la zona de los actos regulares ni a la zona de los actos irregulares, ubicándose en un espacio calificado (en designación asombrosa, pero expresiva) como "inverosmil". Si una práctica, en efecto, está despojada de todo valor o carácter jurídico no acarrea problema alguno, ya que permanece situada dentro de dicha zona "inverosmil"; si, al contrario, tiene valor normativo, entra en relación ineludible con las normas integrantes del universo normal de la legalidad general, sea para completarla, sea para contradecirla.

En la línea de pensamiento resumida precedentemente milita, salvo alguna excepción aislada, la casi totalidad de la doctrina francesa (es paradigmático que una figura de la jerarquía científica de G. Vedel ni siquiera aluda a la cuestión). Tendencias recientes, sin embargo, en Alemania y en Italia incitan a reflexionar acerca del valor jurídico de las prácticas administrativas, teniendo presente primordialmente dos direcciones metodológicas: la separación, por lo pronto, entre práctica y costumbre, suprimiendo así en buena medida la inacabable discusión relativa a la inserción de la costumbre en el ordenamiento jurídico; en segundo lugar, la consideración de las prácticas en cuanto fenómeno o mecanismo autovinculante para la administración.

En realidad, con alguna que otra modulación, los términos bajo los cuales Mayer enuncia la cuestión mantienen actualidad. Se impone aquí retener que para el jurista alemán la comparación fundamental se debía realizar entre la justicia y la administración, por cuanto en cada una de estas jurisdicciones imperan condiciones muy distintas sobre la formación del derecho consuetudinario. La justicia "se instituye para mantener el orden jurídico, aplicarlo y conservarlo en el caso individual; según su misma naturaleza, no puede entrar en acción sino en virtud de reglas de derecho. A falta de un derecho positivo, ella está obligada a tomar lo que lo reemplaza en el hecho, lo que hasta entonces ha sido admitido como derecho en los usos de los individuos y de las autoridades encargadas de mantenerlo. Por lo tanto, la misión del juez lo remite necesariamente a la costumbre en el caso de que la legislación falta o sea incompleta. Y esta remisión implica el reconocimiento del uso por el poder público, reconocimiento que le da el carácter de derecho consuetudinario". En la administración pública las cosas ocurren de diferente manera, pues "el régimen de derecho introdujo un orden jurídico, mediante la fuerza obligatoria de la ley y de las legislaciones secundarias que de ella dependen. Pero jamás el orden jurídico es tan plenamente necesario para la administración como

para la justicia. El orden jurídico se manifiesta en el mayor grado posible, pero cuando no existe regla de derecho, lo mismo se admistristra y esto es admisible. La administración, por oposición a la justicia, no está obligada por su objeto a buscar un derecho para llenar las lagunas de la legislación positiva". De tal forma, "cuando no hay derecho positivo es que se ha querido que no lo hubiera y en principio las cosas deben quedar así". Si no existe ley general, en consecuencia, que autorice a los funcionarios a restringir la libertad y la propiedad, eso prueba que el poder legislativo no quiso admitir tales limitaciones, pues ninguna significación pervivirá en la reserva consuetudional si estuviere permitido a la administración crear por sí misma, mediante un uso prolongado, las reglas de derecho necesarias". Por otra parte, "cuando los poderes llamados a hacer el derecho han dejado amplia libertad a las autoridades del Poder Ejecutivo para hacer, según su conciencia y su justa apreciación, lo que sea conveniente y útil en el caso particular, estas autoridades no pueden someterse a una regla extraída de una fuente cualquiera para liberarse de esta obligación y exonerarse de la responsabilidad que ella les impone". La formación de un derecho consuetudinario para la administración viene excluida, pues, por los mismos principios generales del derecho público. No resulta válido cuando se trata de actos de gravamen (imposición de cargas o restricciones y en general todos aquellos que reducen la esfera jurídica del destinatario) por cuanto su admisibilidad conduciría a la demolición de la reserva constitucional; no es válido tampoco cuando se trata de neutralizar o delimitar el ejercicio discrecional de las potestades administrativas (cuando media, literalmente, "amplia libertad"), porque en tal caso la administración abdicaría de su deber de hacer aquello que resulte conveniente y útil en el caso singular.

Aunque tal criterio presenta indiscutiblemente un núcleo meritório—dirigido a preservar la reserva legal—, muestra paralelamente un acentuado esquematismo, ya que pareciera reducir solamente a dos situaciones definidas la acción administrativa (y sin demasiadas precisiones en el espectro de la discrecionalidad administrativa) y relegando la circunstancia de que es precisamente tal acción el modo exclusivo en virtud del cual la norma es aplicada al supuesto de hecho. Tal aplicación, como se ha visto, se puede manifestar tanto en comportamientos formalizados como en comportamientos no formalizados. Las prácticas administrativas, en cuanto comportamientos fácticos habituales, constituyen un mecanismo no formalizado que la organización administrativa mantiene en el desarrollo de su actividad práctica y de ejecución a fin de proponer soluciones dirigidas al cumplimiento del mandato legislativo. Por ello es que, como indica A. Carrillo, la acción administrativa viene dirigida según un igual y coherente desarrollo, modulado conforme a la continuidad ideal que determinada elección de

conducta o contenido determina y que simultáneamente provoca la exclusión de todos aquellos otros actos o de todas aquellas posibles actitudes o comportamientos que, en vía abstracta, se podrían también haber establecido en la ejecución del mandato legislativo. De forma similar a la costumbre o al precedente judicial, también la práctica administrativa importa un fenómeno jurídico brotado al margen de una voluntad normativa externa al órgano y que adquiere fuerza y vigor por un hecho normativo interno. En tal sentido, resultan notas distintivas de la "praxis" las siguientes: a) se trata de un comportamiento habitual, no definido en ningún acto, pero que resulta relevante a los fines del ordenamiento; b) en cuanto nace y se desarrolla externamente al acto normativo y deriva de un comportamiento habitual escapa a toda definición formal, lo cual no obsta a que la conducta repetida en el tiempo de un órgano administrativo o de una serie de órganos no pueda, a su vez, constituir un hecho propio de la autoridad superior, la cual puede reenviarse a una "praxis" particular e indicar al órgano inferior en el sentido de proceder en modo conforme y coherente con aquélla (hipótesis en la cual, sin embargo, las prácticas carecerán de autonomía por resultar comprendidas en el mandato de la autoridad superior); c) como modo de resolver situaciones idénticas entre sí y concretar en todo momento singular la modalidad de actuación propia de la función misma, la "praxis" exterioriza una "interpretación objetiva" que autovincula al órgano o entre respectivo; c/d) tal autolimitación, típica de cualquier organismo que quiere traducir su propia operatividad concreta en una serie de actos consecuentes y coherentes entre sí, no requiere ni supone una elección consciente, ya que, de cualquier modo que sea, siempre quedará vinculada a cualquier acto de formalización del comportamiento.

Puede ofrecer algún interés, a fin de examinar el valor jurídico de las prácticas administrativas, la breve glosa de un precedente resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal de la Capital Federal (sentencia del 18 de diciembre de 1990, "Iglesias, Lucila, y otros c. Estado Nacional - Dirección Nacional de Migraciones, s. Ordinario"). Glosa que formuló no sin antes haber vencido una proverbial resistencia a comentar pronunciamientos judiciales, agravada en el caso por la doble circunstancia de integrar el tribunal que resolvió la contienda y de haber tenido que pronunciarme en primer término. Sólo el hecho de que, en cuanto conozca, no sean demasiado frecuentes las decisiones judiciales que tienen ocasión de analizar el punto del que aquí se trata, me ha decidido a destacar algunos de los conceptos principales de la sentencia.

Sintéticamente narrados, los antecedentes fácticos y jurídicos de la controversia eran los siguientes. Un grupo de agentes estatales reclamárono por la supresión del servicio de refrigerio en especie del cual había

gozado hasta el 1 de enero de 1985 y que se vio interrumpido por una resolución ministerial que alegó difusas razones de índole presupuestaria. Tal servicio se prestaba en virtud de una práctica de larga data, generalizada en diversas reparticiones administrativas y sin, aparentemente, cobertura normativa alguna, como no fuera la ya mencionada incorporación de la partida en los respectivos presupuestos. La inexistencia de precepto específico que habilitara la prestación parecía corroborada por la omisión de cita normativa alguna en las presentaciones de las partes, de los distintos dictámenes administrativos que habían estudiado la cuestión y, fundamentalmente, de un decreto, el 2528/85, que suprimió con carácter general el mencionado servicio para el personal civil dependiente de la administración pública, en cuyos antecedentes no se formulaba tampoco referencia alguna a la norma antecedente, la cual, en todo caso debió haber sido, en función de la materia que específicamente se disciplinaba, abrogada o modificada expresamente.

La primera cuestión acerca de la cual el tribunal se debía pronunciar era, supuesta la inexistencia de norma especial, cualquiera que fuera su rango, que hubiere regulado el servicio de refrigerio en especie como obligación de la administración respecto de sus agentes, la eficacia vinculante de la práctica administrativa precedente. Cuestión que se resuelve mediante la afirmación (con un intercambio entre práctica y costumbre que hoy personalmente no suscribiría) de que

"si bien la costumbre no es, en principio, fuente de derecho administrativo, salvo las hipótesis de remisión legal (art. 17 del Código Civil), en tanto cabe conferir primacía al principio constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 de la Constitución nacional), no es totalmente desechable que la práctica pueda suscitar derechos de los administrados frente a la administración".

cristerio, éste, que fue sustentado, básicamente, en una muy cierta opinión de Gordillo, para quien "la prescripción constitucional está concebida fundamentalmente en relación a los individuos, y no al Estado. Por ello, del mismo modo que la administración podría crearse obligaciones mediante la sanción de un reglamento autónomo, así también puede crearse obligaciones a los particulares a través de la observancia usual y reiterada de una determinada norma de conducta". Late aquí, esto es evidente, la idea de autolimitación administrativa.

Por cierto que, en el supuesto analizado por el tribunal, concurrían otras razones que llevaban a la convicción de que el indicado servicio constituía un auténtico derecho de los agentes, y no una simple tolerancia de la administración de una práctica de larga data. Especial

significación adquiriría la circunstancia de que el decreto 2528/85 suprimió el servicio reemplazándolo por una remuneración adicional especial. De ahí, entonces, que el tribunal señalara que

“si sólo se hubiera tratado del ejercicio de una facultad privativa y discrecional, orientada por la benevolencia, ninguna necesidad mediaba de consagrar la sustitución por dinero que la norma establece”.

La práctica administrativa precedente y el posterior reconocimiento de la administración —formulado en el máximo nivel jerárquico— determinaba, pues, la atribución de una verdadera situación de venta, que no podía ser modificada sin ofensa a principios cardinales del ordenamiento. En consecuencia, el tribunal declara que

“en las condiciones enunciadas, se debe concluir que la mencionada eliminación (por la resolución ministerial 252/85) sacrificó derechos adquiridos por los agentes (art. 17 de la Constitución nacional), lo cual determina la procedencia de la reparación solicitada”.

6) Contiguo a la “praxis” administrativa —aunque no totalmente identificable con ella— se halla el precedente administrativo, genéricamente definible como “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar” (Villar Palasí). Las diferencias entre prácticas y precedente no se agotan en la circunstancia de referirse éste más a la resolución concreta que a una actividad exclusivamente interna de la administración; mientras el precedente siempre muestra carácter formalizado, la “praxis” puede, o no, conformar una conducta de esa naturaleza. Por otro lado, un comportamiento singular puede, en línea de máxima y dentro de un mismo procedimiento, vincular al órgano administrativo; el precedente supone reiteración.

Para respaldar el carácter vinculante del precedente administrativo se apela, por un lado, a fundamentos que en una de las escasas monografías dedicadas a la cuestión (me refiero a la de L. M. Díez-Picazo en la “R.A.P.”, n° 98) se califican de falsos o erróneos (así la doctrina de los propios actos que se manifiesta en el plano de una misma relación jurídica; la equidad, que no regula por sí misma las relaciones jurídicas, sino que simplemente atempera la eventual severidad de los efectos normativos mediante una valoración de los principios generales del derecho y los sentimientos de justicia material con relación al caso concreto; la analogía, que, ante todo, es una técnica dirigida a integrar supletoriamente el ordenamiento jurídico), y por otro a los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, los cuales resultarían quebrantados si existiendo un precedente determinado la administración siguiera un criterio distinto. El principio de igual-

dad que primordialmente implica igualdad frente a las cargas públicas (art. 16 de la Constitución nacional) y la relativa autonomía de la administración cuando media atribución discrecional de la potestad, parecen fundar adecuadamente la vinculación de la administración al precedente. No se puede, con todo, perder de vista que la acción administrativa está indefectiblemente comprometida a fluctuar entre coherencia y flexibilidad. La actuación autovinculadora que el precedente supone no determina, por ello, la subsiguiente obligación de conservar invariablemente criterios engarzados a circunstancias o presupuestos antecedentes que se pueden haber visto modificadas. El perpetuo fluir de las cosas habilita, pues, la rectificación de criterios precedentes. Si esto vale para el precedente judicial, con mayor razón se justifica en el campo de la acción administrativa, más apegada a lo concreto. Sólo que, en tal hipótesis, ciertos resguardos son inexorables. La motivación del acto administrativo (que de todas formas es en nuestro ordenamiento la regla general: art. 7, inc. e, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) debería ser apreciada estrictamente cuando se trata de resolución que se aparta de precedentes.

La doctrina que estudia el grado de vinculación jurídica del precedente administrativo suele demandar ciertos requisitos para que la vinculación resulte factible: identidad subjetiva e identidad objetiva como recaudos positivos; interés público y legalidad del precedente como requisitos negativos. A fin de considerar vinculante el precedente administrativo es necesario que tanto la actuación constitutiva de precedente como aquella con respecto a la cual dicho precedente se alega provengan de la misma administración pública. Díez-Picazo sostiene, en tal sentido, que como la administración del Estado tiene personalidad jurídica única, debiendo por ello actuar todos sus órganos coordinadamente, no se podrá invocar que falta identidad subjetiva cuando a un órgano se le invoca como precedente una actuación de otro órgano que también pertenece a la misma administración del Estado. La conclusión, aunque anudada a soluciones de un ordenamiento positivo determinado, puede, con todo, ser generalizada, si bien, naturalmente, sólo puede estar referida a disciplinas comunes a toda la administración, puesto que en las áreas de competencia material faltará, por regla general, la identidad objetiva. Un supuesto de tal carácter es hallable en el art. 6 de la ley 12.954, que impone la consulta en aquellos casos en que la resolución pudiera implicar la fijación de un precedente de interés general para toda la administración. Mayores dificultades ofrece la hipótesis de las administraciones con personalidad propia, diferente de la del Estado nacional (que subsume la administración central), sean de base territorial, institucional, empresarial, por cuanto aquí, estrictamente, no se está en presencia de un sujeto

único de personas jurídico-administrativas diferentes y faltaría, en principio, la identidad subjetiva.

La aplicación del precedente requiere también la coincidencia de objeto o contenido, causa y forma (identidad objetiva). No obstante, es en la causa de la decisión (circunstancias o presupuestos fácticos) donde se debe verificar la identidad.

A los requisitos enunciados se añade, conforme fue expresado, el interés público como requisito negativo. El interés público—cualesquiera que sea el concepto que de él se mantenga—es uno de los principios centrales que orienta la acción administrativa. Por consiguiente, en casos excepcionales, se justifica que deba prevalecer ante los principios que sustentan la obligatoriedad del precedente. Empero, la modificación del criterio impone una rigurosa motivación, siendo insuficiente una invocación tónica al interés público (Santamaría Pastor); es decir, el texto de la decisión debe mostrar difamamente que la variación del criterio asentado en una serie de precedentes anteriores constituye un objetivo beneficio para el interés público. Por otro lado, la posibilidad de modificación del precedente, que indiscutiblemente representa una natural exigencia política y se ordena a una indispensable flexibilidad de la gestión administrativa, se debe subordinar a una determinada subsistencia ulterior de la modificación. No es admisible, en efecto, el cambio de criterio para un caso concreto, y bien se podría sostener, en tal sentido, que así como es pacífica la vigencia del principio de inderogabilidad singular para las reglamentaciones administrativas, de forma similar cabe estatuir la inderogabilidad singular del precedente administrativo. La eficacia vinculante del precedente es, por lo demás, excluida en los casos de ilegalidad del precedente, pues, como indica Díez-Picazo, "una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidad ni el ordenamiento puede amparar la perpetuación de situaciones antijurídicas. El fundamento del carácter vinculante del precedente es la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica; en ningún caso, la igualdad y la seguridad antijurídicas".

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

I.- Los estudios monográficos dedicados a la teoría de las autolimitaciones, como se expresó en el texto, son más bien escasos. Una consideración de conjunto figura en los libros de Hans-Joachim Mertens, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes* (1963); Maximilian Wallerath, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz* (1968); y Piera María Virpiana (1990); referencias específicas, aunque marginales, en Wolff-Bachof, *Verwaltungsrecht*, I, 1974, 24, II, d, 2 (118-120), y

31, II, d, 2 (200-202); Ossentuhl, *Die Quellen des Verwaltungsrecht*, en el libro de Erichsen-Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1988, 7, IV, 4, d, bb (97-100).

II.- La imposibilidad para el legislador de predefinir una disciplina detallada de la actividad administrativa singular, es decir, la falta de exhaustividad de la norma jurídica primaria ha fundado: a) la potestad reglamentaria; b) la configuración de actos administrativos generales extranormativos; c) la presencia de una disciplina fáctica proveniente de la propia administración (prácticas administrativas); v. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo* (ed. Miele), 1960, n.º 37 y 75; el argumento de la no exhaustividad de la ley fue tradicionalmente, hasta la irrupción de poderes normativos propios de la administración, articulada por la reforma constitucional de 1958, el predilecto de buena parte de la doctrina francesa (ya Laferrière), Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1919, 84 y ss.; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1933, 122, 124 (v. las consideraciones igualmente de Duez-Debeyre, *Traité de droit administratif*, 1952, n.º 285, nota 2); sigue siendo todavía importante la exposición de Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, 1948, n.º 181-183; para Italia: Carlussare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, 1966; Chelli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, 1967; una síntesis excelente sobre la evolución de los poderes normativos de la administración pública figura en Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo*, 1988, 687 y ss. (son muy buenas también las observaciones relativas a los rasgos de la potestad reglamentaria en los Estados contemporáneos: acentuación del proceso expansivo, dispersión subjetiva, revisión de los fundamentos jurídico-políticos de la potestad). La reflexión de Ossentuhl concerniente a legitimación democrática de la función administrativa (una similar es igualmente volcada en un texto de Nigro sobre la potestad organizatoria de la administración) y a las consecuencias que de tal perspectiva se seguirían, no puede, en función de la índole sólo divulgadora del presente trabajo, ser comentada aquí. Lúcidamente advierte, sin embargo, Santamaría, que es inevitable contemplar con nuevos ojos la potestad normativa del Ejecutivo, por más que ello "haya de hacerse sin poner en peligro ninguno de los principios básicos del Estado de derecho". De todas formas, así como impugnar la legitimación democrática del aparato administrativo—personificado en quien "lo tiene a su cargo" (art. 86, inc. 1, de la Constitución nacional)—implicaría, más que un equívoco conceptual, exacerbar la candidez, no debería, con todo, caer en saco roto las palabras de Portalis (mientras que "la ley es expresión de soberanía el reglamento lo es de magistratura"), ni tampoco aquellas con las que S. Schmitt inicia su *Politische theologie* ("Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción"). Además de los estudios, ya

clásicos, de García de Enterría (reunidos sustancialmente en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*) hay un excelente libro de Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, 1991, donde son examinados la remisión normativa y el reglamento independiente desde la óptica de la Constitución de 1978; cfr. Carro Fernández-Gómez Ferrer, *La potestad reglamentaria del gobierno y la Constitución*, "R.A.P.", n.º 87, 161 y ss.; Bassols Coma, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, "R.A.P.", n.º 88, 107 y ss.; Tonnos Más, *La relación entre ley y reglamento: reserva legal y reserva normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, "R.A.P.", n.º 100-102, I, 471 y ss.; para el sistema anterior a la Constitución, Gallego Anabitarte, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, 1971.

III. - La referencia de Luigi Benvenuti proviene de su obra *La discrezionalità amministrativa*, 1986, 257; para la pre-comprensión hermenéutica, obviamente H. G. Gadamer, *Verdad y método* (trad. esp.), 1977, 331 y ss., 364 y ss., 620; para la discusión con E. Betti —gran figura contemporánea en el campo de la interpretación jurídica y de la hermenéutica como método general de la ciencia del espíritu—, cfr., en Gadamer, 9-10, 15, 325, 381, 397-399; cfr., igualmente, Pannenberg, *Teoría de la ciencia y teología*, 1981, 164, y ss.; Betti, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962, 41 y ss., y, en general, su monumental *Teoría general de la interpretación*, recientemente reeditada —a cargo de Giuliano Crifo—, 1990; para la proyección, por otro lado, de los criterios de Gadamer, fundamentalmente en la cultura jurídica actual (especialmente en Alemania), Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981 (Zaccaria, *Hermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, 1984).

IV. - Las observaciones de P. Virga (relativas a la "disparidad de tratamiento" se encuentran en *Il provvedimento amministrativo*, 1968, 32 y ss. (cfr., básicamente, *Eccesso di potere per mancata professione di parametri di riferimento*, en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, 1988, 585 y ss.).

V. - La "reserva de administración" ha suscitado diversas contribuciones. En nuestro país ha sido fundamentalmente estudiada por el profesor Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, I, 1977, n.º 68 (249-252), con adhesión de Fiorini, *Derecho administrativo*, I, 1976, 163 y ss., quien aunque rechaza la expresión, señala finalmente que "bajo la errónea denominación de reserva del administrador se encubre la facultad implícita que tiene todo poder estatal para su organización". La afirmación, empero, exige ciertas precisiones. La potestad organizatoria brota de la Constitución nacional (p. ej., arts. 86, inc. 1, y 99), pero se ejerce con arreglo a las prescripciones especifi-

cas de la Constitución (p. ej., art. 87, relativa a la organización ministerial). La expresión "reserva de administración" es utilizada, sin embargo, para aludir tradicionalmente a la idea de que un determinado espacio de gestión debería ser encomendado al aparato Ejecutivo-Administración con exclusión total o parcial del Poder Legislativo; así, categóricamente, Nigro, *Saudi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966, 174-178, autor que, distintamente de la tesis mantenida por D. Jesch (cf. *Ley y administración*, 1978), afirma que actualmente no puede ser apropiadamente sustentada una presunción general de competencia parlamentaria (cfr. Bockenforde, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, 79 y ss.), ya que todos los órganos constitucionales son iguales ante el pueblo y la Constitución, siendo su potestad "originaria" en el sentido de que se reconducen inmediatamente a la Constitución: Fois, *La "riserva di legge"*. *Lineamenti storici e problemi attuali*, 1963, 200 y ss.; Balladore Pallieri, *Appunti sulla divisione di poteri nella vigente costituzione italiana*, "R.T.D.P.", 1952, 821 y ss.; Mortati, *Le leggi provvedimento*, 1968, 67 y ss.; por último, Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 790-791.

VI. - Las reflexiones de N. Poulantzas en *Estado, poder y socialismo*, 1979, 4ª parte, II (265-269); en general, Forshoff, *Tratado de derecho administrativo* (trad. esp.), 1958, cap. I, ap. 1/4 (11 y ss.); la idea de racionalidad es introducida básicamente por M. Weber, quien la utiliza para definir la forma de la actividad económica capitalista, el tráfico social disciplinado por el derecho social burgués y la dominación burocrática (cfr. Habermas, *Ciencia y técnica como ideología*, 1992, 53 y ss.; específicamente, Dieckmann, *Max Weber. Begriff des modernen okzidentalens Rationalismus*, 1961, texto donde se pone de relieve que la idea de calculabilidad ("berechenbarkeit") es la más relevante en el concepto de racionalidad y, como presupuesto metafísico de éste, indica que todas las cosas pueden ser dominadas mediante el empleo del cálculo (cfr. Beetham, *Max Weber y la teoría política moderna*, 1979, 44-47, 70-71; 106-108; 112 y ss.; 409-411, 438-443).

VII. - La progresiva dislocación de la ley como instrumento regulatorio (en el doble sentido apuntado en el texto) es examinada, para la expansión de los poderes reglamentarios, por Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 711-714, autor al cual remitimos tanto por la calidad de su resumen como por las muy completas indicaciones bibliográficas. La hipótesis inversa (es decir, cuando sin argumentos valederos se configuran operaciones normativas con rango de ley que normalmente hubieran debido ser confiadas al reglamento) encuentra manifestación en las leyes circunstanciales: "medida" o "provvedimento" y, más patológicamente, en las que la doctrina italiana denomina "leggine", que proliferan —al decir de Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimento amministrativo*, 1988, 68-69— en épocas preelectorales acarreado sensibles daños al erario público.

VIII. - Las observaciones relativas a la modulación de la autonomía de la voluntad en el derecho administrativo se encuentran en Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cap. XV (311-323), y en Villar Palasi, *Apuntes de derecho administrativo*, II, 1977, 249 y ss.

IX. - Para una visión global de la costumbre, usos y prácticas administrativas, en una de las versiones clásicas, cfr. Zanobini, *Curso de derecho administrativo* (trad. esp.), I, 1954, cap. II, ap. II, n.ºs 17-19 (122-126); Mockle, *Recherches sur les pratiques administratives para-réglementaires*, 1984, 289 y ss. (sobre los "esquemas directivos de aménagement" del territorio, v. De Laubadère, *Manuel de derecho administrativo*, 1984, 318-319); para las directivas y su eficacia vinculante, Mockle, 81-101; la decisión clásica en la materia viene representada por el arrêt "Crédit Foncier de France-Delle Gaupliat et Dame Ader" del 11 de diciembre de 1970. La resolución del Consejo de Estado se orienta en el sentido de que el rol de la directiva es permitir a una autoridad administrativa disponer de un poder de apreciación para definir, sin renunciar a ejercer ese poder, las líneas generales conforme a las cuales lo ejercerá. Reconociendo expresamente a la directiva tal función, el Consejo de Estado admite entonces que la autoridad administrativa puede autolimitarse para definir anticipadamente las condiciones de su reacción frente a una determinada situación individual (Lauchame, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 1985, 104 y ss.; Waline, nota en "R.D.P.", 1971, 1224; no deja de percibirse — así en las conclusiones Bertrand — cierta filiación de las directivas con necesidades índole económica: Mockle, 91; De Laubadère, *Droit public économique*, 1976; Truchet, *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, "R.D.P.", 1980, 1009 y ss.; Savvy, *La notion de droit économique en droit français*, "A.J.D.A.", 1971, 132 y ss.; cfr., asimismo, Boulouis, *Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les "directives"*, en *Mélanges Eisenmann*, 1975, 191; Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, 1978; el régimen jurídico de las directivas, por lo menos en el derecho administrativo francés, pareciera estar signado por las siguientes características: 1) a diferencia de los reglamentos, que deciden, las directivas simplemente orientan; 2) son invocables por los administrados y por la administración, lo cual determina la obligatoriedad de su publicación; cfr. Chapuis, *Droit administratif général*, I, 1990, n.º 578, 363; Morand-Devillier, *Cours de droit administratif*, 1991, 268-269; es función de la directiva "fixer une ligne générale de conduite et d'assurer la cohérence de leur action".

X. - Los textos que específicamente analizan el régimen jurídico de las prácticas administrativas son Balossini, *Consuetudini, usi, praxie, regole del costume*, 1958, y del mismo autor, *L'accertamento del diritto*

consuetudinario compiuo del giurista e del sociologo, 1963 (no consultados directamente: cfr. Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 336-345); Carullo, *La prassi amministrativa*, 1979, con una excelente introducción histórica que enlaza la "praxis" con el "*stylus romanae curiae*" como primera manifestación relevante de las prácticas administrativas; también indica Carullo que las prácticas pueden llevar a la formulación de la cláusulas de estilo o tipificadas, nacidas de la obligación que impone un cargo de especificar concretamente la obligación puesta por la norma. Así la creación de nuevas palabras o términos que tienen su justificación sólo en una referencia indirecta a la norma y resultan perfectamente desplegadas gracias a la interpretación objetivada que de aquélla deriva (*ad ex*, la jurisprudencia italiana ha tenido ocasión de precisar el concepto en las prácticas corrientes de la burocracia de la expresión "archivar"; decisión del T.A.R. Piemonte del 25 de febrero de 1976). Otras referencias (además, naturalmente, de las contenidas en la obra de Vignani) en Merssi, *L'affidamento del cittadino*, 1971, 191 y ss.; Carbone, *La consuetudinaria nel diritto costituzionale*, 1948; Falzone, *La prassi nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, en *Studi sulla Costituzione*, II, 1958, 445 y ss.; De Valles, *Elementi di diritto amministrativo*, 1965, n.º 46 (34); Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942; Romano (S.), *Frammenti de un dizionario jurídico* (versión esp.), 1964, 81-89; Lavagna, *Diritto costituzionale*, I, 1957, n.º 44 (184-187); Virga, *Diritto costituzionale*, 1979, n.º 5, 259; Alessi, *Istituzioni de derecho administrativo*, I, 1970, 200-201 (donde se parte de la autolimitación de la potestad discrecional); Landi-Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, 1974, 29-31; Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, 1980, 94-97; Bassi, *La norma interna*, 1963, 175-176-177, 441-442, 449 y ss.; 451 (para la relación costumbre práctica, 521-522); para Alemania, además de los textos de Wallerath y Mertens, clásicamente Mayer, *Derecho administrativo alemán* (trad. esp.), I, 1949, 175 y ss.; Forsthoft, *Tratado de derecho administrativo*, 1958, 207 y ss. (crítica a Mayer en 209-211); para Suiza, Fleiner, *Istituzioni de derecho administrativo* (trad. esp.), 69-72 (con una formulación del principio de "elasticidad que desvincula a la autoridad de aferrarse al precedente en tanto la norma confiera un margen de libertad); para España, Garrido-Falla, *Tratado de derecho administrativo*, I, 1970, 295 y ss., 301 y ss. (prácticas administrativas: 305 y ss., con el principio de "apariencia jurídica" que suscita una expectativa en el administrativo y consideración de las prácticas como "meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la administración, derivadas de principios de técnica administrativa o buena administración que los funcionarios siguen en el desarrollo de su actividad); Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, 1974, 111-113 (el uso o práctica no suele ser una manifes-

tación de convicción jurídica, sino de tolerancia en las prácticas *contra legem* o de inercia en las *praeter legem*); Boguera Oliver, *Derecho administrativo*, I, 1972, 130-133; González Navarro, *Derecho administrativo español*, I, 1987, 295 y ss.; López Pellicer, *Lecciones de derecho administrativo*, 1987, 141-143; de la Morena, *Curso de derecho administrativo*, 1987, lec. 11 (201 y ss.); Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, I, Madrid, 1992, 74-76 (al distinguir práctica y costumbre menciona la autolimitación o autovinculación administrativa por un comportamiento anterior); Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, I, 1990, 93-94; García-Trevijano, *Tratado de derecho administrativo*, I, 1968, 309-310 (para el desarrollo de la idea de autolimitación, 438-440).

XI. - La cuestión en nuestro ordenamiento es comentada por Bielsa, *Derecho administrativo*, I, 1964, n° 22 (107-112); Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, I, 1949, 311 y ss.; Marienhoff, *Tratado*, I, n° 77 (300-307); Díez, *Derecho administrativo*, 1975, n° 73 (94-95); y del mismo autor: *Derecho administrativo*, 1986, n° 70 (87-89); Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, I, 1974, V-55; Fiorini, *Derecho administrativo*, I, 1976, 69-75; Cassagne, *Derecho administrativo*, I, 1986, 153-157.

XII. - Sobre el precedente administrativo hay dos monografías publicadas ambas en la "R.A.P.": Ortiz Díaz, *El precedente administrativo* (n°s 24, 75 y ss.), y L. M. Díez-Picazo, *La doctrina del precedente administrativo* (n°s 98, 7 y ss.). Desde la vertiente de la teoría de los propios actos (que constituye un aspecto parcial de una teoría general de las autovinculaciones administrativas) se debe también recordar el texto del profesor Mairal, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, 1988 (para la función y valor jurídico del precedente administrativo, n°s 23, 24 y 36), importante por cuanto a la habitual jerarquía científica del autor se une la circunstancia de que, en el nivel jerárquico, es, en el aspecto examinado, la única producción de un jurista argentino. Y aunque la contribución de Mairal requeriría un comentario más reflexivo que el que escuetamente aquí se puede deslizar, no se debe pasar por alto dos observaciones capitales: una es la relativa a la "confianza" del particular como elemento configurativo que posibilita la invocación de la doctrina de los propios actos contra la administración y a la correlativa necesidad de tutelar esa confianza (n° 32); la otra es la vinculada a la "incoherencia administrativa" (n° 65), donde las conclusiones que se formulan parecen conjugar armónicamente las exigencias de coherencia y flexibilidad de la acción administrativa.

LA CORONA Y EL EJECUTIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE INGLATERRA

por JORGE H. SARMIENTO GARCÍA

INTRODUCCIÓN.

I. Hemos de seguir en este trabajo, de modo preferente, al profesor Antonio Carlos Pereira Menaut en su valiosa obra *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, publicada por la Universidad Complutense de Madrid en 1992, sin perjuicio de recurrir a las enseñanzas de otros distinguidos autores, como José Zafra Valverde, Luis Sánchez Agesta, Jorge Xifra Heras, René Coste y Georges Burdeau.

En una época de eventuales reformas constitucionales, nos proponemos recordar el constitucionalismo inglés clásico, que —como escribe aquel publicista— "debe ser conocido porque tiene un valor modelico, comparable, *mutatis mutandis*, al del derecho romano en el campo del derecho privado. Por eso, convendría seguir estudiándolo aunque nuestra Constitución sea de diferente estilo, aunque la Gran Bretaña dejara de ser una democracia, o aunque se hundiera bajo el mar, igual que seguimos estudiando el derecho romano aunque hoy no esté vigente ni el Imperio Romano exista. En un mundo tan cambiante como el nuestro, en el que se tambalean las decimonónicas certezas familiares del Estado, su territorio, su soberanía, su constitución y su ley, el estudio de los modelos clásicos nos prepara para tener una mente abierta ante los cambios de esta época. Como el derecho romano para el derecho civil, así de importante podría decirse, quizá, que es el derecho inglés para el derecho constitucional. Pocas instituciones constitucionales pueden explicarse sin referirlas, en alguna medida, al derecho constitucional inglés: allí nació la constitución Flexible, la escrita y rígida, el imperio del derecho o Estado de derecho, la separación de poderes, el poder neutro y la monarquía constitucional, el parlamentarismo, la oposición, los partidos políticos, las declaraciones de derechos, e incluso cosas tan poco inglesas como el gobierno de asamblea y el control judicial de las leyes; sin contar con la influencia