

Apuntes sobre los orígenes del acto administrativo



Julián Besio Moreno

El acto administrativo, en tanto instituto cardinal del derecho público, presenta particularidades históricas en su origen y consolidación que permiten entender su fenomenal gravitación, tanto dentro el derecho administrativo, como así también como herramienta de poder técnico-legal a disposición del Estado.

En efecto, y más allá de las distintas posturas articuladas en torno a su conceptualización moderna, desde sus primeras formulaciones teóricas, el acto administrativo ha sido entendido como una piedra fundamental en torno a la cual se estructuró el Estado de derecho no anglosajón. Tal es así, que doctrinarios precursores del estudio del derecho administrativo, como Otto Mayer, han llegado a afirmar que “*el Rechtsstaat [Estado de Derecho] se perfecciona con el acto administrativo*”.¹

Por tanto, bajo esta óptica, resulta útil analizar las causas históricas que derivaron en la constitución de esta institución jurídica, para poder entender de qué manera ella se entrelaza y redimensiona no solo con la función propia del derecho administrativo, sino con la concepción misma del Estado. Ello, por cuanto la forma en que se conciba este último tendrá repercusiones directas sobre el primero e incidirá en sus alcances, estructuras básicas y su uso por parte de la Administración.

¹ Mayer, O. (1949 [1885]). *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma.

En tal sentido, serán fundamentales las notas típicas que adquirió el acto administrativo en la concepción jurídica durante la Revolución francesa, en tanto subproducto no buscado por los juristas de la época, sino más bien como consecuencia de necesidades políticas.² Ello, por cuanto dotaron a la nueva Administración de una legitimidad institucional que el Antiguo Régimen carecía, permitiendo posteriormente su utilización y resignificación por parte del Imperio napoleónico en una primera instancia, para ser luego adoptado por el derecho continental europeo, en particular Alemania y España, y a través de este último, por América Latina.

I. Los principios jurídicos de la Revolución francesa

No es objeto del presente analizar en detenimiento el complejo fenómeno histórico que lleva de nombre “Revolución francesa”, ni intentar precisar sus causas y consecuencias. No obstante, sí resulta fundamental destacar algunos aspectos desde su concepción ideológica-política, y especialmente, jurídica, para entender las particularidades propias que dieron origen al instituto del derecho que se reseña.

En tal sentido, y siguiendo el análisis realizado al respecto por García de Enterría,³ es posible afirmar que los postulados de la Revolución se subsumen en tres nociones jurídicas fundamentales.

La primera es el principio de legalidad. Esta regla primordial, fundamentada en el correlato con las “leyes de la naturaleza” que las ciencias duras venían desplegando (en el marco teórico positivista imperante en la época), se erigió como respuesta a la arbitrariedad y discrecionalidad de la monarquía absoluta. Ello significaba, como es bien sabido, que el único poder al que debían sujetarse los hombres era al de la ley, entendida esta como la manifestación de la voluntad general, en atención a la teoría del pacto social rousseauiano. En efecto, supuesto el nacimiento libre y sin prerrogativas de sangre de todas las personas,⁴ solo la voluntad general (manifestada en la ley) daría fundamento a la sujeción de la población a un poder público.

No obstante, inmediatamente relacionado en el principio de legalidad, se encuentra el principio de concurrencia. Este supone, en su concepción clásica, que la ley debe asegurar la “libertad” de los individuos para autorregularse, entendido esto como el “óptimo del orden social”. El derecho y la ley, para esta concepción política, no es ni más ni menos, pura y simplemente, garantía de libertad.⁵

Finalmente, y como corolario de lo anterior, se encuentra la estructura propia del Estado dentro del esquema descripto. En tal sentido, la misma se resume en la exigencia simple y llana de leyes, tribu-

2 García de Enterría, E. (1972). *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Civitas.

3 *Ibíd.*

4 Conforme establecía el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

5 Esta noción queda plasmada, como señala García de Enterría, en el artículo cuarto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la ley”. Al respecto, señala el autor, la interpretación no se limita a la materia reservada de la ley, sino también a enmarcar su función específica.

nales y orden público. Va de suyo que tal estructura se entrelaza con el postulado de la división de poderes. No interesa aquí reseñar las distintas vertientes teóricas que se elaboraron al respecto, sino remarcar que de los dos principales modelos (los de Locke y Montesquieu), con matices, se desprenden las exigencias estructurales anteriores: ley y tribunales, por un lado, y orden público,⁶ por otro, para mantener las decisiones de una y otros, y a la vez defender la independencia exterior.

Como se observa, estos tres preceptos que cimentan la concepción jurídica de la Revolución –principio de legalidad, principio de concurrencia, y estructura del Estado en leyes, tribunales y orden público– parecen contradecir la lógica sobre la cual se terminaría edificando la Administración de la propia Revolución. Y ello porque a simple vista no se advierte como un ideario basado en la clásica cosmovisión liberal, y refractario de un poder centralizado como lo pretendía ser la monarquía absoluta en el Antiguo Régimen, pudiese alumbrar a la poderosa burocracia y Administración posterior, y a la teoría del acto administrativo como producto y artífice de ella. No obstante, tal situación responde al factor histórico político que los revolucionarios tuvieron en mente al momento de establecer la división de poderes.

II. El rol de la aristocracia y su interpretación de Montesquieu

En tal sentido, cabe destacar que la Francia de 1789 se encontraba en un estado de ebullición, producto de una crisis económica que cristalizó el descontento social frente a un sistema de castas y privilegios que se encontraban reñidos con las ideas imperantes de la Ilustración y, en especial, con las aspiraciones políticas de los principales beneficiarios y propulsores de la Revolución Industrial, la burguesía.⁷

No obstante, a pesar de que la Revolución francesa puede caracterizarse como el modelo clásico de revolución burguesa,⁸ no debe olvidarse que el inicio de la transformación política fue comenzado por una suerte de “rebelión nobiliaria” o “revolución aristocrática” (1787-1788), frente a una monarquía absolutista que pretendía sustraer parte de los privilegios y de las funciones estatales que poseía la aristocracia (nobleza y clero) desde antaño.⁹ Esta particular situación puede resumirse en la frase de Chateaubriand “los patricios empezaron la Revolución, los plebeyos la acabaron”.¹⁰

En los prolegómenos de 1789, por tanto, la nobleza y el clero jugaron un papel determinante al evitar los intentos de reforma de la monarquía, y haciendo base de resistencia en los Parlamentos judiciales,

6 Simplemente a modo de reseña, cabe destacar que Locke postula tres funciones estatales: poder legislativo, ejecutivo y federal. En el primero (*legislative power*), incluye no solo las funciones legislativas como las entendemos actualmente, sino también las del judicial, mientras que el ejecutivo y el federativo poseen la función de orden público, interno y externo, respectivamente. Locke, J. (1689). *Two Treatises of Government*. Montesquieu, por su parte, desagrega del poder legislativo de Locke, lo propio del poder judicial (“puissance exécutive de choses qui dépendent du droit civil”, que luego llamará “puissance de juger”), y si bien centra la finalidad del poder ejecutivo en la defensa exterior, también le encomienda la seguridad interior. Montesquieu (1748). *L'Esprit des lois*.

7 Soboul, A. (1994 [1981]). *La Revolución Francesa*. Madrid: Globus.

8 *Ibid.*

9 Los términos “rebelión nobiliaria” y “revolución aristocrática” fueron acuñados por Albert Mathiez y Georges Lefebvre respectivamente.

10 Soboul, A. (1994 [1981]), *op. cit.*

como bien lo reseña Tocqueville.¹¹ Claro está, tal situación solo fue posible gracias a los privilegios institucionales de los que gozaban. Efectivamente, además de las facultades jurisdiccionales, estos Parlamentos poseían competencias que resultaron estratégicas a la hora de hacer valer su poder. Por un lado, se encargaban del registro y publicación de las órdenes del rey (*enregistrement*), lo cual representaba en la práctica la atribución de funcionar como suerte de boletín oficial, dotándolos de cierto margen de maniobra relativo a cuándo una orden real se volvía o no operativa. Por otro lado, también poseían el poder de “hacerle consideraciones” a dichas directivas reales (*rémontrance*), lo cual permitía negarse a registrar la orden y “devolverla” con las observaciones que los Parlamentos realizaban. Por tanto, la aristocracia, enquistada en los Parlamentos, se encargaría de mediatizar y, en muchos casos, evitar la aplicación directa de los designios reales, justificándose no pocas veces en la defensa de los más vulnerables, pero siempre en reacción ante la pérdida de sus privilegios.¹² Esta postura, como se dijo, terminaría siendo determinante en la concepción de los revolucionarios, que advertían el enorme poder que conllevaba.

En tal sentido, y para legitimar ante los nuevos tiempos el uso (y abuso) de las facultades con las que contaban los Parlamentos, la aristocracia fundamentó las prerrogativas de aquellos mediante una reinterpretación de la obra de quien fuera un insigne miembro de su casta: Montesquieu.

En efecto, el autor que elaboró más acabadamente la teoría de la separación de poderes pertenecía a la aristocracia,¹³ fue consejero e incluso presidente del Parlamento bordelés. Por tanto, la casta privilegiada tomaría los argumentos de un representante natural de ellos para reconocer en los Parlamentos la *puissance de juger* que debían ejercer, con exclusividad.¹⁴

En esa lógica, derivarán de la doctrina del contractualista, como así también sobre la base de la efectiva experiencia empírica que había dado resultados positivos contra los intentos de reforma monárquicos, el férreo principio de independencia del Poder Judicial. Sumado a ello, también intentarán sostener sus privilegios al abogar por el mantenimiento de una monarquía moderada,¹⁵ solo posible a través del sostenimiento de los “poderes intermedios” que ellos mismos representaban.¹⁶ Por último, y como corolario de lo anterior, usarán la doctrina del “depósito de las leyes”. Ella implicaba entender a los Parlamentos como los guardianes y custodios de la ley, incluso frente a la “momentánea voluntad del Príncipe”.¹⁷ Para clarificar, resulta ejemplar lo dicho por el Parlamento de Bretaña de Rennes al rey en el año 1771: “Los cuerpos depositarios de las leyes prevalecen frente a la voluntad momentánea del Rey en las monarquías perfectas”.¹⁸

De lo anterior se desprende que la aristocracia no solo había encontrado un sólido fundamento teórico que, aggiornado a la cosmovisión Iluminista, permitía fundamentar bajo el nuevo paradigma sus

11 Tocqueville, A. de (1856). *L'Ancien Régime et la Révolution*.

12 Soboul, A. (1994 [1981]), *op. cit.*

13 Recordemos que su título nobiliario lo investía como señor de la Brède y barón de Montesquieu.

14 García de Enterría, E. (1972), *op. cit.*

15 Señala García de Enterría que la monarquía moderada era resueltamente la forma de gobierno ideal que postulaba Montesquieu.

16 *Ibíd.*

17 Es sobre esta doctrina que se fundamenta la potestad de utilizar las *rémontrances*.

18 García de Enterría (1972), quien cita a su vez a Olivier-Martin, F. (1950). *Los parlamentos contra el absolutismo tradicional en el siglo XVIII*. París: Les Cours de Droit.

privilegios, sino que incluso ponía en jaque a los revolucionarios burgueses que pretendían armar un nuevo orden social y una nueva construcción estatal.

III. La nueva concepción de la Administración y el nacimiento del acto administrativo

Ante la posición jurídico-doctrinaria elaborada por la aristocracia, los revolucionarios se encontraban en un dilema. ¿Cómo conciliar su postulado jurídico filosófico fundamental sin que ello amenazara la consolidación del nuevo orden que pretendían establecer? ¿Cómo podían ser coherentes con la limitación de los Parlamentos sin recaer en una postura similar al absolutismo que pretendían abolir? Pues bien, para ello, debían darle una nueva interpretación al postulado de la “división de poderes”. En consecuencia, y retomando los mismos argumentos que se esgrimían para asegurar la independencia del Poder Judicial, los revolucionarios entendieron que esa independencia debía reputarse de los tres poderes estatales, de forma absoluta y sin matices. Ello, lógicamente, implicaba no solo que el Legislativo o el Ejecutivo no pudieran inmiscuirse en lo propio del Judicial, sino que, justamente, este último no iba a poder tampoco someter a su competencia las acciones de los otros dos.

En este entendimiento, necesitaban una doctrina específica, que respetase los postulados básicos que previamente habían defendido, pero que, a su vez, lograra evitar colocarse en merced de quienes habían sido en parte privilegiados por el Antiguo Régimen. Es en este contexto que, bajo una interpretación heterodoxa, resignifican el postulado de la división de poderes hasta volverla una verdadera separación de poderes.¹⁹ Sin saberlo, no obstante, pero gracias a ello, se comenzará a montar un enorme poder centralizado, aún mayor incluso que el del Estado absolutista, cuya piedra angular terminará siendo el acto administrativo.

La base del nuevo régimen jurídico institucional quedó primariamente plasmado en la ley de la Asamblea Constituyente de agosto de 1790,²⁰ luego reforzado por el Código Penal de 1791,²¹ y en la Constitución del mismo año, al establecer en su Título III, Capítulo V, Artículo 3º: “Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”. Finalmente, en la Constitución napoleónica,²² el principio fue receptado y consagrado en varias partes del articulado.²³

19 Dice García de Enterría (1972): “Los revolucionarios decidieron, por eso, que la idea de la división de poderes debía articularse de tal forma que evitase el riesgo notorio, tanto de una prevalencia política del estamento nobiliario, identificado de hecho en su conciencia con los Parlamentos judiciales, como de un condicionamiento sustancial por parte de los jueces a las posibilidades de conformación revolucionaria que se abrían al poder central una vez en sus manos”.

20 Al convocar a la Asamblea, la norma establecía que debía respetarse la separación de poderes.

21 Tipifica como delito la inmisión de los jueces en la acción administrativa.

22 Del 24 de diciembre de 1799 (4 de nivoso del año VIII, según el calendario republicano francés).

23 Entre ellos, el artículo 75 establecía que: “Los agentes del Gobierno, distintos de los ministros, pueden ser procesados por hechos relacionados con sus funciones, solo en virtud de una decisión del Consejo de Estado: en este caso, el procesamiento se lleva a cabo ante los tribunales ordinarios”.

Entonces, habiendo quedado esbozada la interpretación disidente de la división (separación) de poderes, diferenciada de su postulación original por las causas ya reseñadas, quedaba por nacer la técnica jurídica que iba a permitir edificar el nuevo orden. Tal institución no resultaba menor, pues de ella dependería la eficacia de la nueva separación de poderes, en cuanto debía delinear los presupuestos jurídicos sobre los cuales se justificase el apartamiento de la jurisdicción ordinaria, como así también de la legitimidad en la aplicación del nuevo régimen administrativo. Esta técnica iba a ser, como se anticipó, el acto administrativo.

No obstante, la noción primigenia de este instituto fue muy distinta a la actual. Esto se debe a que, como se dijo, su función era la de ser una técnica jurídica al servicio de la Revolución y, en especial de la nueva y poderosa Administración, por lo que debía ser lo suficientemente flexible como para poder incluir dentro de su brazo protector la numerosa y disímil actividad administrativa.

Otto Mayer señala que la primera referencia al acto administrativo se realiza en la tercera edición del *Repertorio de Jurisprudencia* de Merlín, en 1812, el cual es una reedición a la primera publicación que había comenzado a elaborar Guyot en 1784.²⁴ En ella, se define al acto administrativo como: “*un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport à ses fonctions*”.²⁵

Como se observa, esta primera conceptualización entiende al acto administrativo tanto como declaración (aproximación moderna del instituto), así también como simple acción, e incluso como hecho de la Administración. Esta amplitud del concepto se explica, lógicamente, por cuanto la intención del instituto era intentar subsumir la mayor cantidad de conductas de la Administración dentro de una única categoría que excluyera a la competencia jurisdiccional.

Pero no solo eso. Como bien señala Melian Gil,²⁶ el acto administrativo enlaza con el antiguo concepto del “acto del Príncipe” en un nuevo contexto político. Toma del Antiguo Régimen los conceptos de presunción de validez (legitimidad), y fuerza ejecutoria –la *Decisión Executoire* de Hauriou²⁷–, respetando el principio de legalidad como piedra angular. Implica, por tanto, una racionalización del poder frente al caos que representaba el absolutismo monárquico.

Por último, y como derivación de todo lo anterior, Meilán Gil concluye que “se llegará a afirmar con absoluta naturalidad que administrar no es solo ejecutar –la Ley– sino decidir las dificultades de la ejecución y juzgar las reclamaciones que la ejecución provoca”. La función administrativa en la concepción revolucionaria e inmediatamente posterior, concretizada principalmente a través del acto administrativo, incluirá en última instancia, la capacidad de juzgarse a sí misma, dando lugar al proceso contencioso-administrativo.

24 Otto Mayer. (1949 [1885]), *op. cit.* La referencia también se puede encontrar en Marienhoff, M., (1991). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

25 [Un decreto, una decisión de la autoridad administrativa o una acción, un hecho de la administración que se relaciona con sus funciones]. La cita textual la tomamos de Meilán Gil, J. L. (2009). El acto administrativo como categoría jurídica. *Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Panamá.

26 *Ibíd.*

27 Hauriou, M. (1900-1901). *Précis de droit administratif et de droit public général [Resumen de derecho administrativo y derecho público general]*.

IV. Reflexiones finales

El acto administrativo aparece ligado al nuevo orden político de la Revolución francesa, en contraposición al Antiguo Régimen, sirviendo de herramienta para fundamentar desde lo técnico-jurídico la disidencia interpretativa que los revolucionarios dieron a la separación de poderes, la supremacía de la ley y el control judicial del poder. Empero, enmarcado dentro de un movimiento que repudiaba el *legibus solutus*,²⁸ terminará permitiendo y habilitando una centralización del poder y una burocratización administrativa como nunca antes la había conocido Francia ni Europa.²⁹ Y ello porque, basados en las ideas del Iluminismo y la Ilustración, para realizar una verdadera revolución necesitaban un “brazo poderoso”, que no bastaba con las leyes. Necesitaban adoptar medidas rápidas y concretas, y ello solo lo lograrían a través del acto administrativo.

Tan exitosa será la nueva noción del derecho administrativo francés (y en particular, del acto administrativo), que será exportada no solo a los países conquistados posteriormente por Napoleón, sino también a la Alemania industrialista del siglo XIX. En tal sentido, Otto Mayer³⁰ va a equiparar el acto administrativo a la sentencia judicial. Ambos son actos que declaran para una situación individual lo que está de acuerdo con la regla de derecho y, por tanto, amén a su presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, deben ser considerados en un mismo estatus y jerarquía. Jellinek completa la analogía al considerar que ambos hacen cosa juzgada, y la discrecionalidad administrativa es similar al arbitrio judicial. El contexto político de estas teorías es la expansión industrial alemana bajo el mandato de Guillermo I y del Canciller de Hierro, Otto von Bismark.

Una vez que la revolución está hecha, el liberalismo comienza a resentir del Estado, y a mirar con mejores ojos al derecho civil.³¹ El mundo liberal-burgués prefiere el derecho privado y la jurisdicción ordinaria. Se comienza a distinguir entre actos de gestión y de autoridad. El acto administrativo, al estar sometido a una jurisdicción especial, da lugar al procedimiento contencioso-administrativo. Al no ser un proceso de pretensiones como el ordinario, se configura como un “juicio al acto”, donde solo es posible anular/revocar el mismo, pero no reconocer derechos o situaciones. Con el tiempo, la jurisprudencia del Consejo de Estado irá ampliando los supuestos, perfilando y detallando los contornos del acto administrativo, hasta aproximarlos a la noción moderna actual.

Lo que queda claro, como se observa, es que la función específica del acto administrativo será la de lograr la máxima concreción de la norma, que es su aplicación singular. De esa manera, es la “unidad básica” del Estado de derecho, y de la concepción política-jurídica imperante, en tanto consiste en ser la última fase en la concreción de los derechos y deberes que se engarzan en una norma, con capacidad por tanto de modalizarla y de adaptarla a las situaciones singulares.

28 Estado absolutista.

29 Tocqueville (1856), *op. cit.*, dijo al respecto: “La Revolución tuvo dos fases: la primera en la que pretendían abolir todo el pasado, y la segunda en que volvieron a tomar parte de lo dejado”.

30 Mayer, O. (1949 [1885]), *op. cit.*

31 Meilán Gil (2019), *op. cit.*