

## RESUMEN PRIMER PARCIAL ADMINISTRATIVO

### LAS BASES HISTÓRICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (BOLILLA 1)

Las bases históricas del dcho. Adm:

La génesis del derecho administrativo es la limitación del poder estatal. Puede alcanzarse a través de la división del poder estatal entre distintos órganos; el control recíproco; y el reconocimiento y protección de los derechos de las personas. El Derecho Administrativo define, el equilibrio entre el poder estatal que persigue el interés de todos, es decir el interés colectivo y los derechos de las personas. Respecto de cuándo y cómo nació, existen dos teorías. La primera es aquella que sostiene que su nacimiento se produjo durante la Revolución Francesa, la otra dice que nació antes de ese hecho histórico, ubicándose en los Estados Alemanes como consecuencia del conflicto entre el Emperador y los príncipes territoriales. La teoría que se sigue es la de la aparición del estado liberal luego de la revolución francesa, la primer teoría. El estado comienza a configurarse con la aparición de las monarquías europeas que desplazan el modelo de la organización feudal. Este período se caracteriza por las guerras entre monarquías que exigen el mantenimiento de importantes ejércitos, a través de la recaudación de impuestos. (esto se hace mediante la creación de una estructura burocrática encargada de cobrar y administrar esos recursos). El modelo de estado absoluto que nace junto con el moderno se caracteriza por el poder absolutista del rey desde el punto de vista lógico y jurídico, salvo el derecho natural y el derecho de gentes. El estado moderno se caracteriza por una organización fuertemente burocrática; con la revolución francesa aparece el estado liberal en reemplazo del estado absoluto. En el estado liberal el parlamento es el poder político supremo por su condición de representante del pueblo, y todos están sometidos a él, en particular el Rey, que se ocupa simplemente de ejecutar la ley dictada por aquél. Los principios básicos del derecho liberal son el principio de separación de poderes, el principio de legalidad, los derechos de los ciudadanos, la igualdad jurídica y el postulado del control judicial. |+

#### Las bases constitucionales del derecho administrativo.

El derecho administrativo nace en nuestro país en las últimas décadas del siglo XIX como una disciplina jurídica con rasgos propios. Por un lado, la CN de 1853 tiene diferencias sustanciales con el modelo constitucional de los Estados Unidos, y por el otro en nuestro país el esquema administrativo propiamente dicho sigue sólo parcialmente el régimen europeo y no en su integridad, aunque mantiene el sistema de doble derecho. Esto permite establecer que el modelo argentino tiene notas propias, distintas tanto del sistema americano como el parlamentario sobre todo luego de la reforma de 1994. El régimen constitucional argentino exige, y así lo ha interpretado la Corte desde el caso FERNANDEZ ARIAS en 1966, el control judicial del poder ejecutivo y no simplemente el control de éste por tribunales administrativos. El modelo de control judicial puede mezclarse con un régimen único o doble. Cabe distinguir finalmente un aspecto sustancial entre ambos modelos; el control de constitucionalidad por un tribunal político o por el propio poder judicial. En el modelo europeo, el control de constitucionalidad de las leyes es concentrado, sólo el Tribunal o Corte Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes y además está integrado por miembros designados por los órganos políticos del Estado. Por su parte, el modelo norteamericano (que hemos seguido en nuestro país) cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, por ello es un modelo de control de constitucionalidad difuso, sin perjuicio de la intervención ulterior del máximo tribunal.

#### El principio de división de poderes.

Fue Locke quien expresa por primera vez la teoría de división de poderes como forma de limitar el poder del Estado. El más importante es el poder legislativo porque es quien debe proteger la propiedad privada mediante el dictado de las normas (función principal es el dictado de leyes) Una vez dictadas las leyes, puede disolverse y sus integrantes pasan a ser súbditos sujetos a las mismas leyes que crearon en su momento. Las leyes requieren de un poder que permanentemente se encargue de su ejecución y cumplimiento. Tal es la función de este segundo poder, el ejecutivo.

Finalmente Locke señala un poder inherente a cada una de las personas, llamado natural, cuyo contenido es hacer la guerra y la paz; este es el poder federativo. El poder federativo está vinculado con la seguridad y las relaciones exteriores. Montesquieu recreó el sistema político inglés de monarquía constitucional y separación de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones (poder ejecutivo). Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares; (poder judicial).

En este sistema el poder legislativo corresponde a una Asamblea conformada por representantes del pueblo porque “en un Estado libre, todo hombre, debe gobernarse por sí mismo”, pero como esto es imposible, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo. Por otro lado, el poder judicial debe ser ejercido por “personas del pueblo nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera”. Finalmente el poder ejecutivo debe estar en manos de un monarca, porque esta parte del Gobierno, que necesita casi siempre de una acción rápida, está mejor administrada por una sola persona que por varias.

Básicamente este principio se puede expresar de esta forma: es necesario dividir el poder estatal con el propósito de controlar su ejercicio y garantizar los derechos de las personas, ya que como explican los estudiosos del poder, éste por su propia esencia, tiende a concentrarse y desbordarse en perjuicio del ámbito de libertad y autonomía de las personas. Es una técnica de racionalización del poder en tanto atribuye competencias homogéneas en el ámbito de un mismo poder especializado y separado del resto. Si bien estos tres poderes ejercen una función particular en razón de su contenido material, el propio texto constitucional establece que en verdad, cualquiera de los poderes no sólo ejerce aquella función que es propia y específica de él, sino también las otras funciones estatales. (ej p. ejecutivo ejerce actos materialmente legislativos reglamentos delegados y de necesidad y urgencia, y mediante los trib. Administrativos, ejerce función judicial por ej. en marco de los entes reguladores de servicios públicos). Cada poder conserva sus competencias con dos salvedades: a) los poderes ejercen competencias ajenas con carácter complementario de las propias, o en casos de excepción con el propósito de equilibrar los poderes; y b) existen casos de control de un poder sobre el otro en ejercicio de competencias propias y no ajenas.

El poder ejecutivo puede ejercer funciones materialmente judiciales con carácter excepcional y siempre que el juez revise el acto judicial dictado por aquél. (caso de tribunales administrativos) El Congreso por su parte puede ejercer funciones materialmente administrativas en el ámbito de su actuación interna o casos excepcionales, o judiciales pero sólo es procedente en supuestos de excepción y además sujeto al control judicial. El poder judicial puede ejercer funciones materialmente propias de los otros dos poderes sólo en el campo de su ámbito interno. Ante esto podemos decir que los poderes comienzan a relacionarse entre sí de un modo distinto al ejercer potestades materialmente administrativas, legislativas y judiciales; no obstante cada poder conserva un núcleo de competencias propias que está compuesto esencialmente por las potestades materialmente propias, y otras potestades materialmente ajenas o extrañas que revisten carácter complementario de las propias o, en su caso, excepcionales.

**Las potestades del PL:** las competencias materialmente legislativas: legislar en materia aduanera, fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos, reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, etc. (art 75 y otros CN)

Las competencias materialmente ejecutivas: Por razones de concurrencia: Potestades materialmente administrativas vinculadas con su organización o ámbito interno. Por razones de excepción: potestades materialmente administrativas de carácter extraordinario relacionadas con el equilibrio entre los poderes (ej: disponer del uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional, arreglar pago de la deuda interior y exterior de la Nación).

Las competencias materialmente judiciales de alcance extraordinario por razones de excepción. Así la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, etc. por mal desempeño, delitos en el ejercicio de sus funciones, y

crímenes comunes.

**Las potestades del P.E.:** Las competencias materialmente ejecutivas: El presidente es el jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración Gral. de nuestro país; nombra los magistrados de la CSJN con acuerdo del Senado y los demás jueces de los tribunales federales inferiores; concede jubilaciones, etc. (art. 99 CN) Es un poder bicéfalo que está compuesto por el presidente por un lado y el Jefe de Gabinete de Ministros por el otro. Este último es competente para ejercer la administración general del país; efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, etc.

Las competencias materialmente legislativas: Por razones de concurrencia: El dictado de reglamentos internos y decretos de ejecución que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. En el caso del Jefe de Gabinete de Ministros, envía al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del poder ejecutivo; y refrenda los decretos reglamentarios, etc. Por razones de excepción: El presidente puede, dictar decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados (art. 99 inciso 3 y 76 CN) y el Jefe de Gabinete debe refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas, los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes (art. 100)

Las competencias materialmente judiciales: Por razones de excepción: El presidente puede, mediante los tribunales administrativos, sin perjuicio del control judicial posterior, ejercer junciones materialmente judiciales.

**Las potestades del PJ:** Las competencias materialmente judiciales: Corresponde a la CSJN y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la CN, y por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras. (art. 116)

Las competencias materialmente legislativas: Por razones de concurrencia: El consejo de la Magistratura dicta los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia. (art. 114 CN)

Las competencias materialmente ejecutivas: Por razones de concurrencia: El Consejo de la Magistratura selecciona mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores, ejerce facultades disciplinarias sobre magistrados, etc.

**Las potestades del ministerio público:** El ministerio público tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120 CN) (competencia materialmente judicial)

Las competencias materialmente legislativas: Por razones de concurrencia: El ministerio público dicta sus propios reglamentos internos, de superintendencia general y financiera, de organización funcional, de personal y todos los demás que resulten necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Las competencias materialmente ejecutivas: Por razones de concurrencia: El ministerio Público ejerce su administración en el ámbito interno; ejecuta su presupuesto; designa, dirige, sanciona y remueve su personal; y contrata bienes y servicios.

### **Los principios instrumentales**

**El principio de legalidad y reserva de ley:** La ley debe necesariamente regular ciertas materias y, a su vez, todos deben someterse a las leyes, en particular el poder ejecutivo. Esto significa que por un lado la ley debe habilitar al ejecutivo para obrar y por el otro, el ejecutivo cuando obre debe hacerlo según las leyes, es decir, no sólo según la ley específica de habilitación sino según el conjunto de leyes que integren el sistema jurídico.

A su vez, el principio de legalidad fue reemplazado luego por el de juridicidad entendido como el bloque o conjunto de normas que integran el orden jurídico, pero no en el sentido de desdibujar el mandato del legislador sino de reforzarlo. Es decir, el PE debe sujetarse a la ley en sentido amplio

con el criterio de sujeción y subordinación, y no en un plano de igualdad. Posteriormente se descubre que el ejecutivo puede vincularse con las leyes de un modo positivo o negativo. El modo positivo supone que la ley debe puntualmente autorizar al poder ejecutivo a actuar e indicarle cómo hacerlo; mientras que el nexo negativo es simplemente una habilitación de la ley sin precisiones, de modo tal que constituye un límite de su libre actuación (llamado límite externo). En la actualidad prevalece que el principio de legalidad es un vínculo positivo, con excepción de la organización interna del PE, en cuyo caso éste puede dictar reglamentos internos sin habilitación de una norma específica de carácter previo.

El principio de legalidad significa que determinadas cuestiones sólo pueden ser reguladas por ley del Congreso. Esta regla nace como consecuencia del conflicto entre dos fuentes del derecho por un lado la ley, y por el otro el reglamento. Se fija entonces como principio formal la primacía de la ley sobre el reglamento. Este principio de supremacía se complementó con el de las **materias reservadas** a favor de la ley, es decir que determinadas materias sólo pueden ser reguladas de manera exclusiva por el legislador y en ningún caso, el reglamento puede avanzar sobre ellas, ni siquiera en presencia de vacíos legislativos. El PE debe regular los aspectos internos de la organización de la administración pública, y el complemento de las leyes sancionadas por el Congreso, sin embargo, estas competencias del ejecutivo no son exclusivas y, consecuentemente, el legislador sí puede avanzar sobre ese terreno. Existen distintos criterios de identificación de las materias reservadas; nuestra CN establece de modo expreso el principio de la reserva de ley o legalidad. (A saber, arts. 3, 14, 17, 18, 19, 28, 75 segunda parte, 85, 99 inc.6). De lo expuesto se deduce que las cuestiones más relevantes están reservadas expresamente a la ley, y que por un lado, el Congreso es competente para ejercer los poderes residuales (facultades no reservadas especialmente de manera expresa o tácita al legislador por mandato constitucional) y por el otro, los derechos individuales sólo pueden ser regulados por ley del Congreso. Es importante resaltar que las materias reservadas con carácter específico al legislador no pueden ser objeto de delegación en el poder ejecutivo, mientras que sí se permite dictar reglamentos de ejecución para completar la regulación de la materia con los detalles y pormenores de la ley; y dictar reglamentos internos.

Nuestra CN establece claramente el principio de legalidad o reserva legal que supone, por un lado, un límite al PE ya que éste sólo puede dictar reglamentos de ejecución con respecto a las materias reguladas por el legislador cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias y por el otro, un límite al Congreso ya que éste debe regular las materias por sí mismo sin posibilidad de transferirlas al PE, salvo los casos de excepción que prevé expresamente el texto constitucional.

Zona de reserva: Es el conjunto de competencias propio y exclusivo de cada uno de los poderes del Estado. Así, cada poder tiene su zona de reserva, es decir, un conjunto de competencias de contenido material plural con carácter exclusivo y excluyente de los otros poderes. En este sentido, la CN y en especial el art. 99, establecen un conjunto de competencias propias que constituyen la zona de reserva del PE. La zona de reserva del PJ es la definición de los derechos en un caso concreto controversial con carácter definitivo (juzgar y ejecutar lo juzgado). La zona de reserva del Congreso no sólo comprende las potestades expresas o implícitas, sino también las potestades residuales.

### **El principio de los derechos fundamentales**

Tres períodos: 1) Los derechos civiles y políticos; 2) los derechos sociales, económicos y culturales; y 3) los nuevos derechos o derechos colectivos.

1) Los derechos reconocidos con la aparición del Estado liberal fueron básicamente la libertad individual, la igualdad y el derecho de propiedad; y luego fueron extendiéndose, e incorporando otros derechos de carácter político. En el orden internacional, y en el marco de las Naciones Unidas, la DUDH (declaración universal de dchos. humanos) consagró como derechos civiles de las personas, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; la igualdad ante la ley y la protección contra la discriminación; la prohibición de ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; etc. Respecto a los derechos políticos, el derecho de las personas de participar en el gobierno de su país de acuerdo con los mecanismos establecidos para ello.

Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención

Americana de Derechos Humanos, crearon el Sistema Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (SIDCP) (incorporó como derechos civiles y políticos el dcho. a la libertad, la vida y seguridad de la persona; derecho a la libertad religiosa y de culto, etc.)

Por último el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció obligaciones para los Estados parte de: a) respetar y garantizar a todos los habitantes, el goce de los derechos reconocidos, sin distinción alguna y; b) adoptar las medidas necesarias de índole legislativo o de otro carácter.

2) Los derechos políticos fueron completados con estos derechos. La DADDH establece el derecho a la salud y al bienestar; a la educación, etc. La DUDH también reconoce estos derechos. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica hace referencia en su art. 26 al desarrollo progresivo de los derechos económicos. No obstante, el pacto de mayor relevancia es Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece los sgtes. Derechos: a) a trabajar, en condiciones satisfactorias y equitativas y libertad de sindicalización; b) seguridad social y seguro social; c) nivel de vida adecuado, especialmente respecto de la alimentación, vestido y vivienda; d) disfrute del más alto nivel de salud; y e) educación.

3) El tercer grupo, incluye el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y el derecho de los usuarios y consumidores. Abarca entre otros, el derecho a la existencia en condiciones de dignidad, y dentro de éste como derechos instrumentales: el derecho a la seguridad vital, al trabajo, a la renta básica, a la salud, etc.

En nuestro país: La CN de 1853 introdujo los derechos civiles y políticos, en su art. 14. Por su parte, el art. 16 consagra el principio de igualdad, el 17 el derecho de propiedad y el 18 el acceso a la justicia. La reforma constitucional de 1949 incorpora los derechos sociales, reconociendo ampliamente los derechos del trabajador, de la familia y de la ancianidad. Tras el derrocamiento de Perón por un golpe militar en el 55' se convoca a una convención constituyente que derogó la CN de 1949 y reinstaló la CN de 1853/60 con la incorporación del art. 14 bis, el cual reconoció los derechos sociales de la Cn de 1949. Finalmente con la reforma constitucional de 1994 se profundizaron los derechos políticos, reconoció e incorporó las garantías del amparo y el amparo colectivo. Respecto de los nuevos derechos se reconoce el derecho a todos los habitantes de gozar de un ambiente sano, y el derecho de los usuarios y consumidores en la relación de consumo.

El art. 75 también hace mención a derechos sociales o nuevos derechos tales como los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la educación y el bienestar y los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

La incorporación en el texto y la jerarquía constitucional de los tratados otorga plena operatividad a todas las cláusulas de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscriptos en nuestro país y mencionados en el art 75 inc. 22. De este modo, no es necesario que el Estado dicte normas de derecho positivo interno para su vigencia y aplicación en nuestro país. Sin perjuicio de ello, el estado puede reglamentar esos derechos con el objeto de precisar el contenido y alcance de aquéllos y regular las garantías de su ejercicio y reconocimiento. En cuanto a cómo deben interpretarse los derechos y garantías previstos en los tratados internacionales, la Corte Suprema ha sostenido (precedente Ekmekdjian c/ Sofovich y caso Giroldi) que se le confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. En cuanto a la operatividad de los derechos que prevén los tratados, la Corte estableció que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que este tratado contemple, siempre que de los hechos se haga posible su aplicación inmediata. (una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso) Con Giroldi se ratifica el carácter de guía que debe dárseles a las decisiones de los organismos internacionales.

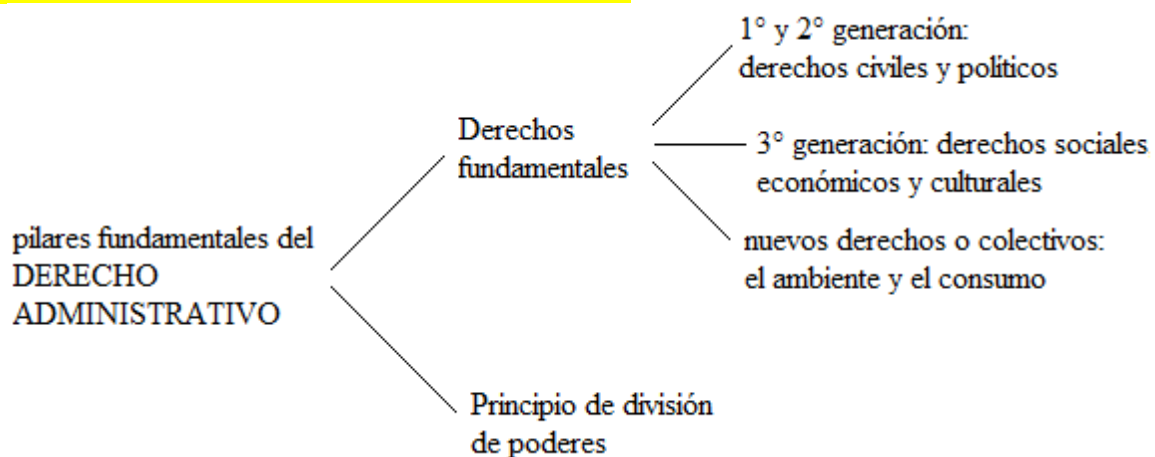
En síntesis, los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional reconocen ampliamente los derechos sociales, económicos y culturales.

Ahora bien, los derechos individuales, (civiles o políticos) y los sociales, son claramente operativos y exigibles, de modo que en caso de desconocimiento por parte del Estado o por terceros, su titular puede reclamar y exigir su respeto básicamente en términos de abstención o a veces, de prestación

por el responsable, y ante un órgano imparcial e independiente, es decir el juez. Los derechos sociales son plenamente exigibles, progresivos, independientes e indivisibles de otros derechos, por caso, de los derechos civiles y políticos.

El Estado debe satisfacer los derechos civiles y políticos, por un lado; y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. Tanto unos como otros exigen prestaciones estatales de contenido positivo, de modo que no existen razones de distinción entre ambos, más allá de los recursos disponibles y de garantizar en cualquier caso los requisitos de subsistencia y los servicios esenciales. Cabe advertir que no es posible el ejercicio de los derechos civiles y políticos cuando las personas no gozan de derechos económicos, sociales y culturales. La interdependencia de estos derechos nos indica el carácter indivisible de los derechos humanos. Ahora bien, la Observación del comité de derechos económicos, sociales y culturales establece que dichos derechos deben ser exigibles judicialmente mediante recursos efectivos ante los tribunales. En cuanto a esto, cabe resaltar que el postulado de progresividad en el campo de los derechos sociales supone la obligación estatal de avanzar (de reconocer cada vez más el disfrute de los derechos por medio de políticas públicas que mejoren o amplíen ese status), y la prohibición de regresar sobre sus propios pasos (una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce, el nivel alcanzado no puede eliminarse posteriormente, sin el reconocimiento por parte del Estado de alternativas razonables). Ahora bien, el Estado debe avanzar de modo inmediato, progresivo y debe tender a la satisfacción de niveles mínimos o esenciales de cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto. En cuanto al carácter no regresivo del Estado, un criterio importante que impide dicha regresión es el principio de la confianza legítima; este establece que el Estado no puede modificar su criterio y sustituir así sus decisiones de un modo intempestivo reemplazándolas por otras de sentido contrario, cuando sus propias conductas crearon expectativas legítimas en las personas que actúan con él. Es un límite en el campo de discrecionalidad estatal.

**Nota: Los derechos sociales son: OPERATIVOS, INTERDEPENDIENTES Y JUSTICIABLES; y el ESTADO por su parte, debe GARANTIZARLOS INMEDIATAMENTE EN SUS NIVELES ESENCIALES; luego AVANZAR PROGRESIVAMENTE; y por último, NO RETROCEDER RESPECTO DE LOS ESTÁNDARES ALCANZADOS.**



### Los otros principios constitucionales

- El principio democrático; arts 22, 36, 38, 75 inc 19 CN
- El principio de autonomía procesal; arts 19, 14, 28 CN
- El principio de tutela jurídica efectiva; art 18 CN “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.
- El principio de participación; arts 39, 40, 42 CN
- La incorporación de los tratados sobre derechos humanos; art 75 inc. 22 CN
- El principio del federalismo; art 1, 5, 121, 124 CN
- El principio de descentralización; art 75 inc 19, 85, 86, 123 CN.

NOTA: (in extenso de qué dice cada artículo en pág 93 y 94 de libro de Balbín)

- 1) Los casos más conflictivos del principio de división de poderes.
  - a) El control judicial sobre los otros poderes del Estado

**El control judicial de las leyes:** en nuestro control difuso de constitucionalidad cualquier juez puede declarar en un caso concreto la inconstitucionalidad de una ley. El control de la constitucionalidad en la Argentina procede de los tribunales judiciales y es difuso, pues cualquiera de éstos puede ejercerlo aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria; se inicia a petición de parte y produce efectos entre ellas. No obstante, en los últimos años el poder judicial y en especial la CSJN ha aceptado que el juez declare de oficio la inconstitucionalidad de una ley siempre que estén presentes ciertas condiciones (cuando la violación sea de tal entidad que justifique la invalidez, cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y no exista posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa). En síntesis e a) el control judicial sólo es procedente en un caso judicial concreto y no en términos abstractos; b) el control es posible por petición de parte o de oficio por el juez, o en su caso por el fiscal; c) los efectos de la decisión judicial sólo comprenden a las partes, es decir, el fallo tiene alcance relativo y no absoluto.

**El control de los actos estatales por los jueces:** La Corte en un principio aceptó el criterio restrictivo de “cuestiones políticas no justiciables” (caso Cullen). Luego, la Corte avanzó en nuestro país en el control de estos actos en tanto lesionen o pudiesen lesionar un derecho subjetivo y sólo en este aspecto. El criterio es simple, todos los actos estatales deben sujetarse al control de los jueces. El juez no puede juzgar la oportunidad, mérito o conveniencia de los actos sino su legitimidad, es decir, si el acto respetó o no el ordenamiento jurídico. Otra cuestión es si el juez puede luego de anular el acto dictado por el poder ejecutivo, reemplazarlo por otro. A este respecto, el juez puede hacer esto, es decir reemplazarlo por otro pues actúa simplemente como un ejecutor de la ley, sin discrecionalidad alguna de su parte.

**El control judicial de la discreción estatal:** El juez no puede inmiscuirse en el núcleo discrecional mínimo compuesto por el mérito, oportunidad o conveniencia de los actos estatales, tratándose de actos legislativos o administrativos, sin perjuicio, del control judicial amplio y sin restricciones del ámbito discrecional.

**El control objetivo de legalidad por los jueces:** Cabe reconocer efectos absolutos o erga omnes a las decisiones judiciales cuando el objeto del proceso es la protección de los derechos colectivos, tal como surge del art. 43 CN. El principio de legalidad en términos objetivos y los derechos o intereses colectivos, se superponen y entremezclan casi de modo inseparable. La sentencia judicial es un modo de control indirecto sobre el poder ejecutivo, esto es, el juez sólo controla en caso de que la administración haya obrado en perjuicio de los derechos del particular. En este contexto, la Corte ha exigido el planteo de un “caso judicial” definiéndose como el planteo de un derecho subjetivo lesionado por un acto u omisión estatal o de un tercero, de modo diferenciado del resto. La Constitución de 1994 dice en el marco del amparo colectivo, “podrán interponer esta acción...el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...”, reconociendo un piso amplio de legitimación con base constitucional en el amparo de intereses difusos y garantizando el debido acceso a la jurisdicción en defensa de intereses colectivos.

b) El caso particular de los actos legislativos del poder ejecutivo: El PE concurre con el Congreso en el ejercicio de las potestades de regulación estatal al dictar los decretos reglamentarios de las leyes, pero con alcance subordinado a la ley. Más allá de esto, con la reforma de 1994, se le reconoció al PE la potestad de dictar en casos de excepción, decretos de contenido legislativo con o sin autorización previa del Congreso.

c) El caso de la inaplicabilidad de la ley inválida por parte del ejecutivo: Según las distintas posturas, se identifica a quienes admiten que el PE puede abstenerse de aplicar una ley que considera inconstitucional y quienes no.

d) El caso de las leyes singulares y de las leyes de intromisión en las decisiones de los jueces: El principio básico es el carácter general y abstracto de las leyes dictadas por el legislador, correspondiendo su ejecución, al ejecutivo; dividiéndose de ese modo la formación y sanción de la ley, por un lado y su aplicación por el otro. El Congreso no obstante puede dictar leyes de alcance particular sin significar esto un quiebre del principio de división de poderes. Otro caso relevante es el de las leyes que interfieren en el marco de las potestades judiciales por ej: las leyes del Congreso que modifican el contenido de las sentencias. Se establece que los otros poderes no pueden modificar las sentencias judiciales, salvo en sus aspectos no esenciales, o en supuestos de excepción previstos expresamente en la CN.

### **Los tribunales administrativos**

Un caso típico de poder estatal en ejercicio de funciones extrañas a él, es el del poder ejecutivo en ejercicio de potestades judiciales. Es el caso de los tribunales administrativos, los cuales son órganos que integran el poder ejecutivo, y que ejercen funciones materialmente judiciales toda vez que resuelven conflictos entre partes.

La discusión está en la constitucionalidad o no de dichos tribunales. Por un lado se ha dicho el principio de división de poderes debe ser interpretado con un criterio más flexible, de forma tal que permita a cada uno de los poderes ejercer con carácter restrictivo las potestades propias de los otros poderes, dentro del marco constitucional. Por otro lado, otros intérpretes desarrollaron razones en contra de los órganos administrativos con facultades jurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico como por ejemplo el precepto constitucional que prohíbe al poder ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales por lo dispuesto en el art. 95 CN.

No obstante contra esto se han sostenido varios contra argumentos de los cuales el único que quedó en pie es que si bien la CN prohíbe el ejercicio de funciones judiciales con carácter definitivo al poder ejecutivo, no prohíbe el ejercicio previo de esas funciones si luego son revisables por los jueces, o sea el ejercicio de funciones jurisdiccionales. El sentido de la creación de los tribunales administrativos es a) la unidad de criterio de interpretación o resolución de cuestiones complejas o técnicas; b) la experiencia de los órganos administrativos; c) el excesivo número de controversias que suscita la interpretación o aplicación de determinadas normas de policía y d) la conveniencia de unificar la potestad de ejecutar las normas legislativas con la de resolver las controversias que nacen de su ejecución. Por su parte la Corte convalidó los tribunales administrativos siempre que sus decisiones estén sujetas al control judicial y, además al control judicial suficiente, como se ha establecido en el caso FERNANDEZ ARIAS. En este caso los límites con respecto al ejercicio de potestades judiciales por parte del poder ejecutivo son: el control judicial suficiente (es decir, el control de los hechos y las pruebas por el juez, y no solamente el derecho controvertido) y si el interesado pudo optar por la vía judicial o administrativa, a sabiendas de que ese último camino y su resultado no son recurribles judicialmente. El problema que subyace en esta interpretación es el alcance del control mínimo o máximo del juez sobre el acto jurisdiccional del PE. En el fallo FERNANDEZ ARIAS el Tribunal se inclinó por un poder de revisión amplio. Posteriormente en el caso ANGEL ESTRADA el Tribunal restringió la interpretación.

NOTA: Paradigma básico del derecho administrativo: Equilibrio del poder, entendido como el conjunto de las prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos, vs. otros derechos.



## EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (BOLILLA 2)

El derecho administrativo es parte del derecho público y es además, un conocimiento autónomo de las otras ramas del derecho. Es importante destacar que por un lado, el d. adm. reconoce ciertos privilegios a favor del Estado, ya que éste persigue el interés colectivo (ej: las limitaciones al dominio privado, etc). Por el otro lado, el modelo establece restricciones especiales sobre el Estado (ej: el régimen de contrataciones del Estado). Es importante reconocer que el derecho administrativo también comprende un conjunto de derechos y garantías a favor de las personas en sus vínculos con el Estado. El derecho administrativo estudia el régimen jurídico de las funciones administrativas del estado (conjunto de principios y reglas que integran el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones del poder ejecutivo)

En definitiva, **el derecho administrativo es técnicamente un conjunto de principios y reglas sobre el poder ejecutivo, en virtud de su estructura y de sus fines públicos propios, y, básicamente, de las relaciones de las personas con él. Ése es el sentido del Derecho Administrativo y el motivo de su crecimiento como un conocimiento jurídico autónomo.**

Notita: El derecho que regula el ámbito interno del poder legislativo y del judicial es complementario, de excepción o instrumental, y la mayoría de las veces, reenvía al Derecho Administrativo.

### 1) Las funciones estatales administrativas

Las funciones administrativas, son el conjunto de potestades estatales que ejerce el poder ejecutivo de contenido materialmente ejecutivo, legislativo y judicial. (notita importante: como se ve más adelante, cree Balbín en base a esto, que es un concepto subjetivo porque comprende al sujeto estatal, es decir, al PE y el conjunto de sus competencias y, a su vez, el régimen jurídico que regula ese colectivo de potestades). La función administrativa es una función estatal y que, a su vez, existen otras dos funciones estatales según el principio básico de división de poderes, ellas son: la función legislativa y la función judicial.

El problema de los poderes reside en establecer qué funciones ejercen y si alguno puede ejercer más de uno.

**La función legislativa** consiste en: a) su contenido; un sentido material (ley) y; b) un sentido orgánico (por el órgano que lo ejerce).

En cuanto a la **función judicial**, el dato es la imparcialidad de quien decide, un tercero ajeno a las partes en conflicto y la fuerza que se tiene en la decisión; fuerza de cosa juzgada. Se impone como interpretación de una norma. Es un tercero independiente que la CN lo plasmó en un poder judicial.

El problema está en la **función ADMINISTRATIVA**, pues es la más difícil de definir. Se han desarrollado criterios para establecerla; objetivo, subjetivo, mixto y residual.

**Funciones estatales según criterio objetivo:** Este criterio está centrado en el contenido o materia de las funciones estatales. Aquí no interesa el sujeto, el órgano sino sólo el objeto, materia o contenido. Esto quiere decir que no interesa si interviene el poder ejecutivo, legislativo o judicial, sino el contenido material de las funciones. En este sentido es posible discernir materialmente legislación, administración y jurisdicción entre las actividades que desarrolla el Estado. Es plausible decir que en este contexto la función legislativa es aquella actividad estatal que consiste en el dictado de normas con carácter general, abstracto y obligatorio con el propósito de regular las conductas de las personas.

(nota: leyes formales son aquéllas dictadas por el Congreso de alcance particular y concreto y ley material es cualquier norma jurídica que establece una regla de derecho).

En cuanto al alcance objetivo del concepto de función judicial; la potestad judicial supone necesariamente un conflicto ante la pretensión de una de las partes y la oposición de la otra, y su resolución por un tercero imparcial e independiente con carácter definitivo. Dicho esto, la función

administrativa es la actividad estatal material que satisface de modo directo, concreto y particular los intereses públicos, más las competencias que no estén comprendidas en cualesquiera de los conceptos objetivos de función estatal. En razón del criterio objetivo, el poder ejecutivo ejerce funciones materialmente legislativas cuando dicta reglamentos, y jurisdiccionales a través de los tribunales administrativos. A su vez, el poder legislativo ejerce potestades materiales administrativas al ejecutar las leyes en su ámbito interno, y judiciales cuando sustancia el proceso de juicio político. Por último, el poder judicial desarrolla facultades materiales legislativas al dictar acordadas sobre su organización o régimen interno, y administrativas cuando ejecuta su presupuesto en su propio espacio. De modo que, según este criterio, en el ámbito de cada uno de los poderes coexisten potestades materialmente distintas y diversos regímenes jurídicos.

Cassagne dice que cada órgano ejerce su función pero también funciones materiales. El judicial puede ejercer su función judicial, pero también funciones administrativas.

Las críticas sobre el criterio objetivo son: a) la dificultad para definir el objeto; b) las funciones administrativas son aquellas funciones estatales, luego de excluido el campo materialmente judicial y legislativo del poder. Sin embargo, ello no resuelve las dificultades metodológicas toda vez que no es simple marcar el terreno del campo judicial y legislativo y, consecuentemente, no es claro tampoco cuál es el alcance del residuo de competencias.

**Las funciones estatales según el criterio subjetivo:** Acá se tiene en cuenta el órgano. Se dice que la función es tan ambigua que se define a partir de quién la ejerce, no se prioriza el contenido (enfoque material), sino orgánico. La función estatal, más allá del contenido material, es decir del objeto, es el conjunto de competencias que ejerce el poder legislativo, ejecutivo o judicial, según el caso. Así la función legislativa es: a) legislar en materia aduanera; b) imponer contribuciones, etc. La función ejecutiva es: a) el ejercicio de la Jefatura de la Nación y del Gobierno; b) la recaudación de las rentas y su inversión, etc. y la función judicial comprende a) el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la nación y tratados con las naciones extranjeras, etc. En este contexto, es irrelevante el contenido o materia de que se trate, pues el criterio jurídicamente relevante es quién es el sujeto titular de la función estatal. Por lo tanto, la función estatal administrativa es toda actividad desarrollada por el ejecutivo. Parte de la división de poderes a nivel que cada órgano ejerce la función que le es propia. La crítica al criterio subjetivo es la heterogeneidad del objeto; así las funciones comprendidas en el ámbito de su objeto son disímiles, esto es, administrativas, legislativas y judiciales.

**Criterio residual:** Por descarte, es decir, lo que no es función judicial ni legislativa va a ser administrativa.

**Las funciones estatales según los criterios mixtos.** Los conceptos mixtos comprenden aspectos objetivos y subjetivos; en su expresión más simple, el concepto mixto sería; en el ámbito del poder ejecutivo el criterio es subjetivo y, con respecto a los poderes legislativo y judicial, el criterio es objetivo. De modo que el concepto de función administrativa comprende el conjunto de competencias del poder ejecutivo, y sólo las potestades materialmente administrativas de los otros poderes. **NOTA:** en clase se dijo, el criterio establece que no puede ejercer la función legislativa si es el judicial y viceversa. Si se trata del ejecutivo no puede ejercer ni función judicial ni legislativa. Todos pueden ejercer su función propia más la administración.

**Criterio mixto de Gordillo:** Las funciones estatales deben definirse por el objeto, el sujeto y el régimen jurídico. Así, el conjunto de facultades comúnmente llamadas de corte administrativo en el ámbito de los poderes legislativo y judicial es considerado así, esencialmente por el régimen jurídico aplicable. En efecto, las actividades administrativas que realizan los poderes legislativo y judicial se rigen por el régimen jurídico propio de la actividad administrativa del poder ejecutivo. A su vez, las funciones administrativas legislativas del poder judicial son función administrativa porque este concepto comprende “toda la actividad que realizan los órganos judiciales, excluida la función jurisdiccional, que específicamente realizan” y además, no tienen el mismo régimen jurídico que las leyes. Finalmente, según el autor, el poder legislativo no ejerce funciones judiciales.

Críticas del criterio mixto: El sentido de construir dogmáticamente el concepto de función estatal es, describir el régimen jurídico sobre un objeto homogéneo. Entonces, en tanto el concepto mixto comprende todas las funciones materiales del PE, cabe criticarlo por la heterogeneidad de su objeto. Otro inconveniente metodológico es el uso de reglas distintas. No se puede utilizar un criterio puro en algunos casos, uno mixto en otros, y otros criterios en otros supuestos. El concepto y sus reglas deben ser uniformes, y los objetos que aprehende deben ser homogéneos.

**Para Balbín**, no existe un concepto (objetivo, subjetivo y mixto) que debamos desentrañar como intérpretes a partir de la naturaleza de las cosas o del mandato convencional, sino que es posible intentar múltiples definiciones conceptuales sobre las funciones estatales todas ellas igualmente razonables, siempre que se preserve en virtud del principio de división de poderes, el espacio propio de cada poder estatal, evitando el abuso del poder (respetando a su vez, los derechos y garantías individuales). Por ello, el hecho de como clasifiquemos las funciones estatales y cuál es el régimen jurídico aplicable es irrelevante y depende de cara ordenamiento jurídico y de su interpretación.

El procedimiento como criterio para definir el concepto de función estatal.: Cada una de las funciones estatales (legislativa, administrativa o judicial) y los actos que se dicten en su consecuencia (ley, acto o sentencia), están contenidos en un procedimiento específico. Función legislativa: en este caso el procedimiento es aquel que establece la CN para la formación y sanción de las leyes. Función administrativa: aquí, el procedimiento es el que prevé la ley de procedimientos administrativos. Función judicial: el proceso es el que establece el Código Procesal respectivo y las normas complementarias. Aquí lo que interesa es el procedimiento para el dictado del acto estatal, no ya el elemento objetivo, subjetivo o la mixtura entre ambos. Este criterio repite los mismos inconvenientes interpretativos de los criterios ya expuestos.

### **Las funciones estatales administrativas. Alcance y consecuencias jurídicas. El carácter instrumental**

El axioma del cual se parte es que el Derecho Administrativo regula la función administrativa y, a su vez, las otras funciones estatales están regidas por otras ramas del derecho, parlamentario y judicial, aunque en cualquier caso deben respetarse los principios, derechos y garantías que establece el marco constitucional y, en especial, el sistema democrático. Así, el derecho parlamentario rige la función legislativa y el derecho judicial reglamenta la función judicial. Cabe resaltar que el derecho parlamentario y judicial comúnmente, en los aspectos materialmente administrativos, se remiten al Dcho Administrativo toda vez que es la rama más especializada sobre esos aspectos materiales, pero no se aplica directamente sino por reenvío de los regímenes jurídicos específicos (parlamentario o judicial).

Entre los criterios ya mencionados, el que se sigue es la utilidad, el más útil y simple entre ellos. El criterio subjetivo es el más simple entre los mencionados porque es más fácil delimitar el poder estatal orgánicamente, es decir el órgano o poder (poder legislativo, ejecutivo o judicial) que el concepto material de la función estatal (función legislativa, ejecutiva y judicial) Siguiendo este criterio basta con definir el contorno del sujeto, con prescindencia del concepto material de sus funciones. Ahora bien, el criterio subjetivo planteó a partir de la reforma del 94' ciertas cuestiones interpretativas. Las funciones que ejerce el Presidente, los entes estatales y los órganos administrativos, son claramente de orden administrativo y están regidas por el Derecho Administrativo. El conflicto interpretativo en el marco de este criterio nace con la incorporación de los nuevos órganos constitucionales (Consejo de la Magistratura, El jurado de enjuiciamiento, Auditoría General de la Nación, el defensor del pueblo y el ministerio público) pues sería cuestión de establecer en cuál de los tres ámbitos subjetivos se ubican estos órganos constitucionales. Así, el Consejo de la Magistratura y el Jury de enjuiciamiento integran el poder judicial; la AGN y el Defensor del pueblo son parte del Congreso y el Ministerio Público es un órgano extra poder asimilable al poder judicial. El consejo de la magistratura es un poder bicéfalo cuyas cabezas son por un lado la Corte Suprema, y por el otro el propio consejo. (éste último ejerce las funciones previstas en el art 114 CN y es un órgano propio del poder judicial con lo cual cualquier acto dictado por el mismo será regido por el derecho judicial)

El criterio objetivo es mucho más complejo toda vez que existen zonas materiales superpuestas entre los poderes estatales dificultando la delimitación del contorno material de cada una de las funciones estatales. Por otro lado es quizás en principio, el criterio más razonable porque en los hechos, cada uno de los poderes no sólo ejerce su función específica sino también otras funciones. El problema está en que hay zonas con contenido confuso sobre cuál es el régimen a aplicar ante el caso concreto. El criterio mixto adolece de los mismos problemas en cuanto a su interpretación.

**El ejercicio de facultades materialmente judiciales por el PE.** El tribunal fiscal es un órgano administrativo no judicial, sin embargo emite función jurisdiccional. En este terreno el caso más famoso es el de **FERNÁNDEZ ARIAS C/ POGGIO**; aquí la Corte aceptó el criterio subjetivo porque reconoció que los actos materialmente judiciales dictados por el PE están regidos por el derecho administrativo y por otra parte estableció que el sistema debe prever un control judicial amplio.

**CASO FERNÁNDEZ ARIAS:** Hechos: El actor reclamó el desalojo de un predio rural de su propiedad ante la Cámara Regional de Trenque Lauquen en virtud de dos leyes 13.246 y 13.987. (La primera dispone que el PE organizará tribunales administrativos (cámaras regionales y una central) y la segunda ley dispone que las cámaras regionales tendrán competencia exclusiva en la decisión de todas las cuestiones que se susciten entre arrendadores y arrendatarios, con motivo de los respectivos contratos de arrendamiento y/o aparcerías y de las leyes que los rigen.

La Cámara Regional, ante el planteo del propietario, ordenó el desalojo del predio y luego, la Cámara Central confirmó la decisión. Ante esto, el demandado, Poggio, interpuso recurso extraordinario ante la CSJN contra la decisión del tribunal administrativo (Cámara regional y central) que formaban parte del Ministerio de Agricultura del PE.

La Corte en su voto mayoritario, sostuvo que las cámaras paritarias son órganos administrativos que ejercen atribuciones de tipo jurisdiccional, es decir se le reconoce potestades materialmente judiciales al PE pero siempre con ciertos límites, de modo que no es razonable que el legislador otorgue potestades jurisdiccionales con carácter incondicional al ejecutivo. El pronunciamiento jurisdiccional de los órganos administrativos debe estar sujeto al control judicial suficiente. Según el criterio del tribunal, el carácter, suficiente o insuficiente del control no depende de reglas generales sino que es más o menos extenso según las modalidades de cada situación jurídica. Esas modalidades son a) la naturaleza del derecho individual; b) la magnitud de los intereses públicos comprometidos; c) la complejidad de la organización administrativa; d) la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo.

Ahora bien, en el presente caso el particular sólo podía interponer el recurso extraordinario ante la CSJN en los términos del art. 14 de la ley 48, es decir debatir el derecho aplicable al caso y no las cuestiones probatorias y de hecho. El tribunal en ese contexto, fijó el siguiente criterio: el control judicial es suficiente si cumple con dos requisitos mínimos: a) Reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer un recurso ante los jueces ordinarios y; b) imposibilidad de los tribunales administrativos de dictar resoluciones definitivas sobre los hechos, la prueba y el derecho controvertido, es decir, que el control judicial suficiente significa una instancia judicial plena con debate de hecho y de derecho y el recurso extraordinario no cumple con esa exigencia. Ante esto, se declara la inconstitucionalidad de las cámaras en cuestión.

La minoría da un fundamento distinto al de la mayoría, pues dice que los tribunales administrativos son inconstitucionales porque no pueden dirimir controversias de ningún tipo.

Para Gordillo la existencia de tribunales administrativos es inconstitucional porque dice que sólo puede ejercer función administrativa el PE pues la CN establece que el PE no puede arrogarse funciones del PJ.

Fallo **ÁNGEL ESTRADA:** En este caso, (más actual que el antes mencionado, del año 2005) la Corte retoma la decisión de Fernández Arias, pues se establece que el reconocimiento de facultades judiciales por los órganos de la Administración debe hacerse con carácter restrictivo, por aplicación

del art. 18 y 109 de CN, que garantizan el derecho de defensa en juicio de las personas y la prohibición del presidente de ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer causas fenecidas.

Hechos: La sociedad comercial “Ángel Estrada y Cía” reclamó la reparación de los daños causados por el suministro deficiente del servicio de energía eléctrica (hubo un corte de luz y pide reconocimiento de estos daños contra EDESUR; la empresa concesionaria) ante el Ente Nacional Regulador de Energía Eléctrica. Sin embargo el ente rechazó el planteo, estableciendo que éste no tiene jurisdicción para reconocer cuestiones patrimoniales.

Así las cosas, el actor interpuso recurso directo contra la resolución del ente ante la Cámara de Apelaciones. Este tribunal sostuvo que el ente, es competente para resolver el conflicto suscitado entre las partes, esto es, el reclamo de daños y perjuicios. Ante eso, la Secretaría de Energía de la Nación, disconforme con la decisión, interpone recurso extraordinario por entender que el ente regulador puede determinar el incumplimiento contractual de las empresas e imponer consecuentemente las sanciones respectivas, pero en ningún caso puede expedirse sobre el reclamo de daños y perjuicios porque ello es un tema propio del Dcho. Privado, y por tanto, reservado al conocimiento de los jueces.

Según la CSJN, el PE puede ejercer funciones judiciales siempre que a) el órgano haya sido creado por ley; b) éste reúna caracteres de imparcialidad e independencia; c) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlo sea razonable; d) las decisiones del órgano estén sujetas a un control judicial suficiente y amplio.

La Corte (recurriendo a la doctrina de la CS de EEUU) estableció que las potestades jurisdiccionales de los entes deben interpretarse con un criterio restrictivo limitándose en el caso del ENRE a aquellas cuestiones que tengan relación directa con el núcleo esencial del régimen del servicio de electricidad, esto es el correcto funcionamiento de ese servicio. Con lo cual, admite el recurso y establece que la reparación de daños y perjuicios no es competencia del ente regulador.

Para Balbín, el ejecutivo puede ejercer potestades jurisdiccionales siempre, claro que el poder judicial controle luego con amplitud; es decir, el juez debe controlar los hechos y los elementos probatorios y, en igual sentido, las partes pueden incorporar nuevos hechos y medios probatorios ante el juez competente. No comparte la postura de la Corte en el caso mencionado toda vez que el alcance de las competencias de carácter jurisdiccional del ente debe ser interpretado de acuerdo con los principios y reglas de las competencias propias de los órganos estatales. Considera que el desarrollo argumental de la Corte, claramente restrictivo es razonable en el modelo norteamericano, pero no en nuestro país.

Puede concluirse primeramente, que los tribunales y la Corte aceptan que el principio de división de poderes es flexible, de modo que cualquier de los poderes ejerce, en parte, potestades materiales propias de los otros, con límites. En segundo lugar, la Corte sigue un criterio subjetivo en el ámbito del ejecutivo, de modo que las potestades administrativas, legislativas y judiciales del ejecutivo se rigen por las normas propias del Derecho Administrativo, sin perjuicio de su revisión judicial. En tercer lugar, en el ámbito del poder judicial el criterio que se sigue no es claro. No obstante, se considera que el tribunal reconoce mayoritariamente que las potestades administrativas de aquél se rigen por sus propias normas y no por el Derecho Administrativo. El aspecto más conflictivo es el de la revisión judicial. En general la Corte no acepta la revisión de los actos disciplinarios y si de los otros actos materialmente administrativos. En cuanto a las potestades legislativas del judicial, en ciertos casos el tribunal aplicó las normas del Derecho Administrativo, siguiendo un criterio mixto. Finalmente, con respecto al régimen jurídico aplicable al ámbito de las funciones materialmente administrativas o legislativas del poder judicial, los jueces han aplicado normas propias del poder judicial y no así, en principio, Derecho Administrativo, salvo, en los casos de los actos materialmente legislativos. En relación al control judicial de los actos, los jueces son restrictivos, sobre todo en el supuesto de los actos sancionadores, no así respecto de los otros actos administrativos del poder judicial.

Notita☺: En clase se dijo que el PE no tiene función materialmente judicial y en cuanto a la función materialmente legislativa según Cassagne el dictado de reglamentos es sólo legislativo, para otros es función administrativa.

Los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia son dictados por el PE pero la CN les da algo especial porque tienen jerarquía de ley, por eso son excepcionales. Estaría ejerciendo una función materialmente legislativa como excepción.

El Derecho administrativo se relaciona con varias ramas del derecho sobre todo derecho constitucional pues dicen que es la constitución en la práctica: arts. 75, 99 y 109 en adelante. En lo orgánico, la CN determina la función del PE. Este poder es bicéfalo según Balbín, compuesto por el Presidente y el Jefe de Gabinete; éste último ejerce la gestión de la función administrativa. El Presidente por su parte, tiene la titularidad de la función administrativa. Con el art. 100 CN se ve que el jefe de gabinete tiene por excelencia el poder administrativo.

Otras relaciones con el derecho constitucional: Determinados órganos públicos: defensor del pueblo y AGN. Se basa en Alberdi y tiene semejanza con la CN de USA en sentido de función tripartita de poderes y el PE es controlado por el PJ. Se diferencia del sistema francés en el cual el control de la administración está en cabeza del consejo del Estado Francés y de la función contencioso administrativo (vendría a ser el verdadero tribunal administrativo). Cuando se crea el tribunal de conflictos, el consejo comienza a controlar la administración. El contencioso administrativo en nuestro país es judicial, no como en el régimen europeo. (Francés).

El derecho administrativo íntimamente ligado con el derecho tributario y existe una amplia relación con el derecho civil puesto que lo dispuesto por el art. 1198 del CC (que habla de los contratos civiles), es aplicable de igual manera a los contratos administrativos, y por la ley 24240 (ley de defensa del consumidor) la cual ha modificado algunos procedimientos administrativos; volviéndose mucho más protectora con el particular.

### **LOS CARACTERES DEL DER. ADM. (BOLILLA 3)**

#### **La relevancia del derecho constitucional en el ámbito de nuestra materia.**

En nuestro país, toda vez que el Der. Constitucional pasa, el derecho administrativo también. El derecho administrativo, al igual que cualquier otra rama del derecho, es un desarrollo de la CN y, consecuentemente, debe respetar sus principios, reglas e instituciones.

La CN es el instrumento jurídico de mayor jerarquía y respetado por todos; sin embargo, durante varios periodos históricos el texto constitucional fue derogado o suspendido por Estatutos dictados por gobiernos militares. Quizás por estas razones el derecho administrativo creció casi con el menosprecio de parte del derecho constitucional. Ejemplo de ello es el de los principios generales del derecho público que nacen de la constitución; otro, el régimen de organización estatal cuyos pilares están regulados en el propio texto de la CN. Recién en el año 1994 se llevó a cabo una profunda reforma constitucional que perfiló y creó las bases, de un nuevo derecho administrativo sobre pilares más democráticos y participativos.

El derecho constitucional es fundamental en la materia porque el derecho administrativo tiene su inserción en aquel y, además, el propio texto constitucional contiene principios e instituciones propias del derecho administrativo. Como por ejemplo: funciones estatales; fuentes del derecho administrativo; organización administrativa; control estatal; y responsabilidad estatal.

A su vez, el texto constitucional también prevé principios básicos del derecho administrativo, entre ellos: el principio de división de poderes, legalidad y reserva legal; el modelo democrático; el principio de autonomía individual e igualdad; etc.

#### **El equilibrio entre los privilegios estatales y los derechos de las personas.**

Uno de los caracteres del derecho administrativo es, por un lado, el alcance de los privilegios o prerrogativas estatales y, por el otro, el contenido de los derechos de los individuos; y como conclusión de ambos el equilibrio entre el poder estatal y los derechos de las personas.

El Estado en el marco del ordenamiento jurídico no está en el mismo nivel de paridad que los individuos porque goza de ciertos privilegios. Por ejemplo, el acto administrativo, a diferencia del acto propio del derecho privado, el Estado lo puede hacer cumplir por la fuerza, aun contra la voluntad del particular, y sin intervención judicial.

Estos privilegios del Estado deben interpretarse con criterio restrictivo. A su vez, el derecho persigue el equilibrio entre estos privilegios estatales y los derechos de las personas con la incorporación de principios y garantías de corte individual, social y colectivo.

El ordenamiento jurídico también impone ciertas limitaciones al Estado, por caso, el cumplimiento de recaudos y procedimientos especiales para el dictado de sus actos, disposición de recursos público, o celebración de contratos con terceros, por ejemplo el Estado debe contratar en principio mediante el proceso de licitación.

En cuanto a las garantías de los individuos, son básicamente el debido proceso adjetivo en el marco del procedimiento administrativo; y el acceso al poder judicial y control de los actos estatales. Es decir, el derecho de defensa con el objeto de proteger y resguardar sus derechos, y obtener así el equilibrio real entre estos y el poder estatal.

### **El derecho administrativo como derecho autónomo. La relación entre el derecho administrativo y otras ramas del derecho.**

Si bien el derecho administrativo nació con un conjunto de reglas especiales y de excepción del derecho civil, en este proceso histórico y jurídico, existe un punto de inflexión en que el derecho administrativo rompe ese vínculo con el derecho civil y se rige por sus propios principios que le permiten vertebrar las reglas propias de su conocimiento. A partir del siglo XX el derecho administrativo se apoya en el derecho constitucional y con principios propios. En este contexto es posible decir que este derecho es autónomo y separado e independiente del derecho civil.

Sin perjuicio de que las ramas del derecho son autónomas, conforman un solo ordenamiento en términos de unidad coherente y se relacionan entre sí. En este contexto, el derecho administrativo se cruza especialmente con el derecho penal en el ámbito específico de las sanciones administrativas; y con el derecho laboral en el marco de las relaciones con sus agentes.

Con respecto al derecho penal, éste es aplicable en el ámbito del derecho administrativo en dos niveles. Por un lado, los principios de aquél informan todo el régimen del derecho administrativo sancionador; por el otro, recurrimos al derecho penal en el caso no previsto y por vía analógica, es decir, ante una indeterminación específica por medio del instituto de la aplicación analógica y no directa o subsidiaria. Por ejemplo, el principio de ley penal previa al hecho del proceso, inocencia y culpabilidad, entre otros.

En cuanto a la relación con el derecho laboral, se aplican, por caso, disposiciones de la LCT en ciertas áreas de la administración pública nacional. No se trata de la aplicación analógica, sino directamente de la inclusión de las normas del derecho privado en el campo del derecho administrativo.

### **El derecho administrativo como derecho local.**

La CN establece un régimen federal de reparto territorial de competencias entre el Estado centro y los Estados provinciales. Estos delegaron en aquel las competencias expresas, implícitas y residuales que prevé el texto constitucional y, a su vez, conservaron el poder no delegado en el Estado federal.

Así, del texto de los arts. 75, 99, 100 no surge que las Provincias hayan transferido, en principio, en el Estado nacional el dictado de las normas del derecho administrativo, como sí ocurre con el derecho civil. De esta forma los Estados provinciales conservan ese poder no delegado. De modo que las provincias dictan las normas sobre las materias propias del derecho administrativo en su ámbito territorial. Así cada provincia regula el empleo público, la organización estatal, la administración financiera del estado, los procedimientos administrativos, las contrataciones estatales, la responsabilidad del estado, y el proceso contencioso administrativo. Además las provincias dictan sus propias constituciones y se dan sus propias instituciones, de modo que si las Provincias dictan

sus constituciones y dicen cuáles son sus instituciones entonces deben dictar las normas respectivas, es decir, el régimen de las funciones estatales administrativas – Derecho Administrativo local -.

El derecho administrativo es un derecho esencialmente local, es decir provincial, sin perjuicio de las competencias que el propio texto constitucional reconoce a los Municipios y que, a su vez, los propios Estados provinciales transfieren a aquellos mediante las normas locales. Sin perjuicio de ello, se ha trasladado de modo directo o indirecto, competencias de derecho administrativo al Gobierno federal en el marco de su ámbito material e institucional.

En síntesis las provincias regulan el empleo público provincial y, a su vez, el estado nacional es competente para dictar las normas sobre el empleo público nacional. En caso de conflicto, las normas sobre empleo público provincial prevalecen por sobre las disposiciones relativas al empleo público nacional si el estado provincial no excede el objeto material propio de su regulación y aplicación. En tal sentido, el estado nacional no puede regular el régimen de empleo público provincial, por caso, el sistema de ingreso, ascenso o egreso de los agentes públicos provinciales, y tampoco puede aplicar ese régimen.

#### **LAS FUENTES DEL DCHO. ADMINISTRATIVO (BOLILLA 4)**

Las fuentes son los instrumentos que crean y forman el ordenamiento jurídico; son los hechos, actos y formas de donde surgen los principios y normas jurídicas que se aplican y componen el derecho Administrativo. Las fuentes regulan la función administrativa.

Habitualmente se dice que las Fuentes del Derecho son:

- En 1er lugar, **La Ley**, en sentido amplio, lo principios y la jurisprudencia, son la únicas fuentes que tienen valor normativo.

- En 2do lugar, **La Jurisprudencia**, solo tiene valor respecto del caso concreto, con las siguientes salvedades:

a) *Los Tribunales de instancias Inferiores* deben seguir, en principio, el criterio de los fallos de la Corte. A tal efecto que si los Tribunales se apartan de esos precedentes, ante iguales circunstancias de hecho y sin dar nuevas razones, la sentencia sería arbitraria.

b) Por otro lado, los *Fallos Plenarios*, son obligatorios para los jueces del mismo fuero. Solo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria;

c) y por último, en ciertos casos, es plausible interpretar que las sentencias de los Tribunales tienen efectos respecto a terceros, esto es, *efectos absolutos*.

El criterio de los jueces además de marcar como debe interpretarse el ordenamiento, es una guía para interpretar el modelo jurídico.

- En 3er lugar, **Ley en sentido material**, es decir las normas generales, abstractas y obligatorias, debe desagregarse entre: Constitución; Ley; Decretos; y Resoluciones. La CN prevé en su Art. 31 la jerarquía entre los órganos productores y luego el traslado de ese orden jerárquico al campo de las propias normas.

- En 4to lugar, los **Principios Generales del Derecho** no integran, esencialmente el ordenamiento positivo, pero sí el orden Jurídico. Los principios permiten por un lado enhebrar y sistematizar el modelo, y por el otro salvar las indeterminaciones y cerrar así el modelo jurídico.

- Y en 5to lugar la **Doctrina y la Costumbre**, que tienen valor en la tarea de interpretación de la Ley.

#### **Jerarquía entre Fuentes:**

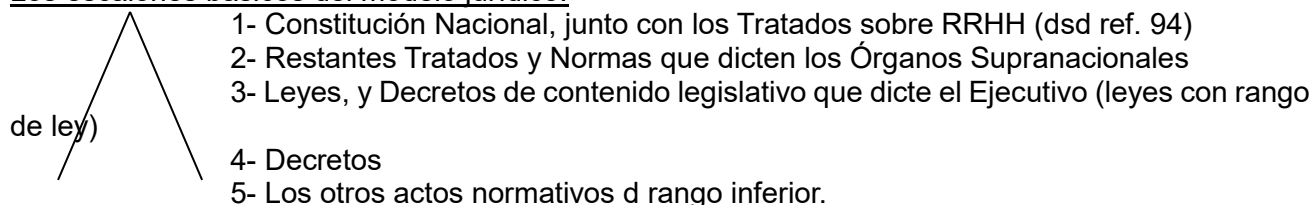
Juego de grados superiores e inferiores entre normas jurídicas. En principio la CN es el primer eslabón (el más alto de la pirámide), le siguen los Tratados, luego las leyes, después los decretos, y por último las demás resoluciones de los órganos inferiores del Ejecutivo. Cada uno de esos grados es Bifronte, esto es, superior en relación a ciertas normas, y al mismo tiempo, inferior respecto a otras. Así por ejemplo las leyes son normas superiores en relación a los decretos, y a su vez, inferiores respecto a la Constitución y Tratados.

Cabe distinguir también el ámbito material, los marcos jurídicos materiales, esto es el régimen del Estado Nacional y el de las Provincias, que no deben entremezclarse, el modo de coaccionar las



fuentes en el interior de esos ámbitos es el principio jerárquico, el rango de las normas. Una vez definido el rango material de uno u otro, prevalece el ordenamiento jurídico competente por la materia, más allá del rango de las normas. El segundo paso, y ya ubicados en el rango Constitucional competente, es el armado del rompecabezas entre normas en el interior de ese campo y según el principio jerárquico. En el Estado organizado en términos federales, existen 2 pirámides jurídicas, Nacional y Provincial.

#### Los escalones básicos del modelo jurídico:



#### Los principios Generales del Derecho:

El derecho positivo reconoce los principios generales como parte del ordenamiento jurídico. Existen ciertos principios comunes del ordenamiento jurídico, y otros principios propios y específicos de cada rama del derecho, A su vez, cada comunes deben adaptarse al ámbito de cada especialidad. Por ejemplo el principio de Derecho e defensa en juicio (ppio común del ordenamiento jurídico) constituye en el marco del derecho Administrativo y, en particular, en el procedimiento administrativo, el principio instrumental del debido proceso adjetivo (principio especial). La CN reformada en 1994 prevé los principios generales de nuestro sistema jurídico de modo expreso en su propio texto, o por medio de los tratados incorporados por el Art. 75 inc 22.

Debemos decir entonces, que los principios sí son fuente del Derecho y que tales principios deben buscarse básicamente en el texto constitucional. Es obvio que una vez que los principios son incorporados en el texto normativo, estos son parte del ordenamiento jurídico positivo.

Los principios son receptados en los textos normativos, de 2 modos diversos; por un lado cuando son incluidos con una formulación general; y, por el otro, en los casos en que la norma los recepta, pero estableciendo precisiones en cuanto al modo de aplicación.

¿Qué ocurre con los principios no incorporados de modo implícito en el ordenamiento jurídico? Existen o no?: Se considera que sí existen otros principios, que son básicamente la inviolabilidad, la autonomía y la igualdad de las personas, luego si es posible y razonable deducir otros principios implícitos.

En conclusión, los principios básicos mencionados, esto es, axiomas que son evidentes por si mismos y que nos permiten deducir otros principios; los principios expresos; y, luego, los principios implícitos que surgen de estos últimos.

Los principios no solo nos sirven para interpretar las normas e integrar el orden jurídico, sino además como guía o pauta para el dictado de nuevas normas y su incorporación en el ordenamiento jurídico. Por último, estos principios constituyen un límite ante el poder porque integran el ordenamiento jurídico al cual debe ajustarse el estado. Los principios constitucionales están por encima de las leyes y normas inferiores, y, por su parte los otros principios están en un escalón superior respecto del resto del ordenamiento inferior, pero no así en relación con las leyes. Entre una Ley y un principio general debe prevalecer aquella.

#### Los principios del Derecho Administrativo:

El Derecho Administrativo nació como un conjunto de principios rectores partir de los cuales luego construimos reglas más concretas, es decir que de ese plano general y abstracto, deducimos normas específicas.

Los principios constitucionales que se consideran relevantes en el marco del Derecho Administrativo son, entre otros:

A) Los principios de división de poderes y legalidad: En el Art1 de la CN se establece la adopción de la forma Representativa, Republicana de Gob; por su parte el Art. 75 dice que le Congreso hace

todas las leyes y reglamentos, y jerarquía de tratados; y el Art. 99 establece que el Presidente expide los reglamentos “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”, Art. 100 las funciones del jefe de Gabinete; Art. 76 reglamentos delegados; Art. 86 defensor del pueblo; Art. 120 Ministerio Público como órgano autónomo; Art. 117 jurisdicción de la Corte Suprema; entre otros.

B) El principio del Sistema del Democrático: El texto Constitucional dice que “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático” (Art. 36). El Art. 38 señala que “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático”, y por último que “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos” (Art. 36). El estado puede delegar competencias en organizaciones supraestatales, en el marco de los procesos de integración, siempre que aquellas respeten el orden democrático (Art. 75 inc24 y 19). Por su parte el Congreso debe dictar leyes de organización y base de la educación que promuevan los valores democráticos.

C) El principio de autonomía personal e igualdad: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (Art. 19). Por su parte el Art. 16 dice que “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

D) El principio de Participación: “Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados” (Art. 39); “ El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley” (Art. 40); “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios...”(art42).

E) El principio de la tutela judicial efectiva: El Art. 18 de la CN prevé que “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. En igual sentido lo expresan los Tratados Internacionales, y con mayor claridad, incorporados en el texto Constitucional.

F) La incorporación sobre tratados sobre DDHH: Los tratados enumerados en el inciso 22 del Art. 75 CN, tienen jerarquía constitucional, y en ciertos aspectos inciden en el contenido y contorno del Derecho Administrativo.

G) El principio del Federalismo: El país adopta para su Gobierno la forma Federal; el Gobierno Federal garantiza a las provincias el goce y ejercicio de sus instituciones, y las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gob. Federal. Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social (Arts 1,5,121,124 CN).

H) El principio de descentralización: El Congreso debe sancionar la leyes de organización y base de la educación, que garanticen, entre otros principios, la autonomía y autarquía de las universidades Nacionales (Art. 75 inc19); la auditoría general de la nación es un organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional (Art. 85); El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional (Art. 86); El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera (Art. 120); Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (Art. 123); y la ciudad de Bs As tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción (Art. 129).

### **La Constitución:**

Fuente primaria de toda rama del derecho y toda norma debe de estar de acuerdo con ella, apartar de la cual se sistematizan las demás normas, entre ellas las administrativas. Principal fuente del Derecho administrativo.

Además, la constitución, comprende otras fuentes como los tratados, leyes y los reglamentos. Vale mencionar ciertos temas propios del derecho administrativo y su inserción en el derecho constitucional, es decir, la constitución; el texto constitucional comprende: las funciones estatales, el principio de legalidad, el modelo sobre organización estatal, entre otros.

La interpretación de la Constitución debe ser de modo interpretativo dinámico, y para ello se consideran los siguientes elementos: interpretación gramatical o literal; interpretación lógica; interpretación histórica; integral y su finalidad.

La Constitución Nacional del orden jerárquico de las normas, da categoría de los tratados, y contiene normas importantes del Derecho Administrativo (es fuente formal del derecho Adm.), tanto en relación del estado con los particulares (como serlos Art. 14 y 28 derechos y garantías; Art. 16 igualdad; Art. 17 expropiación; Art. 19 ppio de legalidad, etc); como sobre su Organización (ejemplo, Art. 99 y 100 actividad de la Adm.).

El texto Constitucional Argentino prevé un principio de valor fundamental que es el régimen democrático que nos permite superar las determinaciones del ordenamiento constitucional sin necesidad de recurrir a principios de valor extrajurídicos. Así, nuestra constitución establece que ella "mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.

Las Constituciones provinciales también son fuente para su ordenamiento provincial: dictan sus propias leyes, eligen a sus gobernadores y funcionarios.

### **Los Tratados internacionales y los Tratados de Integración:**

Es el acuerdo entre sujetos del derecho internacional destinado a producir determinados efectos jurídicos: crear una obligación, resolver una ya existente o modificarla. No se hacen solamente entre estados; pueden intervenir nuevos sujetos como la ONU, el FMI, etc.

Interesan al Derecho Administrativo ya q hay tratados sobre materias como navegación, correo, comunicaciones, etc., que en el derecho interno son regulados por aquel.

Corresponde distinguir entre: Tratados Internacionales con jerarquía constitucional; los otros Tratados sin jerarquía; y los tratados de integración. (que si bien no tienen la misma jerarquía que aquellos, presentan rangos distintos).

#### **Tratados Internacionales con Jerarquía. El Sist. Interamericano de DDHH.**

El nuevo modelo jurídico, a partir de la ref. del 94, prevé, por un lado tratados con rango Constitucional, y por el otro, Tratados con jerarquía inferior a la Constitución, pero por encima de la ley.

Tienen rango Constitucional: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas.

**Límites:** Estos tratados tienen rango Const en los siguientes términos: a) por un lado, por las condiciones d su vigencia (es decir según el modo en que se encuentre vigente en el derecho internacional; b) y por el otro, los tratados deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías de la Constitución y en ningún caso puede interpretarse su incorporación como derogación de cualquier disposición de la primera parte del Texto Constitucional (dogmática); c) son complementarios de los derechos y garantías consagrados en la Constitución ante una contradicción entre uno de estos tratados y la CN, algunos autores sostienen q prevalece la CN si e trata de la

parte dogmática (primeros 35 Art.); Otros que prevalecen los Tratados; y otros opinan que debe verse cual favorece más a los DDHH.

El estado puede derogar un Tratado por medio de 2 vías: por medio de la reforma constitucional, o su denuncia por el P.E previa aprobación de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, es decir una mayoría especial.

Ejemplos de normas del derecho Administrativo en el marco de los Tratados Internacionales: 1) " Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos" (declaración Universal de DDHH ART 8); 2) " Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve... contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales... (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); etc.

### Tratados sin Rango Constitucional:

Si no logran jerarquía Constitucional, tendrán jerarquía superior a las leyes. La Corte se ha expedido de tal modo en los fallos Fibraca; Cafes la Virginia; y Hoescht, A.G.

Tratados de Integración:

### Los Tratados de Integración:

Estos tratados son sobre integración económica y no sobre DDHH, por ende no tienen jerarquía Constitucional como los del inc 22; pero tienen jerarquía superior a las leyes y se firman con países Latinoamericanos o con otros países (tienen diferentes formas de aprobación) Ej: Tratado de Asunción.

Para aprobar un Tratado de Integración, el Congreso debe declarar su conveniencia y, luego de transcurridos al menos 120 días, aprobar el acuerdo. La declaración debe ser votada por la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara y el acto posterior, es decir, la aprobación debe contar con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara de los miembros del P.L. En el caso de los Tratados de Integración con países Latinoamericanos, el Congreso solo debe aprobar el tratado, de modo que el procedimiento es más simple.

En cuanto a su derogación, ello exige el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso.

### Etapas de la aprobación de un Tratado:

*1-Negociación y Firma:* Se concretan los términos del tratado y es firmado por el Presidente de la Nación.

*2-Aprobación, desaprobación parcial o rechazo del Tratado:* Lo hace el Congreso por medio de una Ley.

*3-Ratificación en sede Internacional:* Es la manifestación del Estado, hecha por el presidente, de someterse a ese tratado. Desde aquí se dice q el Estado está obligado por dicho Tratado.

-Para *denunciar* un Tratado (que es la desvinculación internacional de ese país con ese tratado), la constitución establece que puede hacerlo el Estado (P.E), con la exigencia de la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

**MERCOSUR:**(Tratado de Asunción de 1991). Tratado de Integración entre Arg, Uruguay, Paraguay, Brasil y la República bolivariana de Venezuela, más 5 estados asociados: Chile, Bolivia, Colombia, Perú y Republica del Ecuador. Actualmente es una unión aduanera entre los Estados parte, es decir, zona de libre comercio y de política comercial común.

El bloque normativo de MERCOSUR, sus disposiciones, son fuentes del Derecho Administrativo local con rango superior respecto de la Ley, pero inferior en relación con la Constitución. En cuanto a la compatibilización de la legislación interna con la del texto del MERCOSUR, los especialistas han sustentado que no existen diferencias significativas entre la legislación administrativa de los países que componen el MERCOSUR, Por esta razón, entienden que no abra obstáculos serios para la conciliación de las reglas; de ahí que integren sistemas jurídicos homogéneos. El Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR sostuvo que "las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas de derecho interno de los Estados parte".

## La Ley

Es toda norma jurídica de carácter general que emana de P.L., a través del procedimiento establecido en la CN. En el ámbito de la actuación que la Constitución reconoce al P.E, potestad de dictar los reglamentos de ejecución, el legislador puede avanzar más allá de la esencia de la materia y regular los detalles o pormenores, de manera tal que este puede desplazar la potestad reglamentaria del ejecutivo.

Características: Es *obligatoria* (de cumplimiento obligatorio para los ciudadanos y el Estado puede acudir a la coacción para hacer valer el derecho de un tercero surgido de un texto legal); oportuna, esta relación con las necesidades que impone dicha ley; Permanente; es *General y Abstracta* (no se dicta p un caso en concreto, sino para caos impersonales).

La doctrina Alemana a fines del siglo XIX, distinguió por primera vez entre Ley Material y Ley Formal. La primera es una norma que contiene proposiciones jurídicas; mientras que la segunda solo fija reglas de la organización interna del Estado, y por lo tanto no tiene carácter ni contenido jurídico. La ley debe definirse en 2 aspectos: por un lado, el objeto material y el alcance obligatorio, esto es, la regulación de las materias reservadas al Legislador por convencional constituyente y de cumplimiento forzoso. Por el otro, el órgano competente, es decir, el poder legislativo, y el procedimiento Constitucional para su aprobación y sanción.

En la pirámide jurídica que prevé el Art. 31 de la CN, se expresa que las leyes están subordinadas a la constitución, y a su vez, estas están ubicadas por encima del poder ejecutivo y otras disposiciones consecuentes. Los conflictos entre leyes se resuelven de la siguiente manera: a) ley especial desplaza a ley general; y b) la posterior desplaza a la anterior. A su vez, la les especial posterior deroga a ley general anterior.

Las leyes no pueden ser retroactivas salvo disposición en contrario y siempre que no se afecten los derecho amparados por la constitución.

La Ley empieza a tener vigencia desde el momento que ella lo disponga. Si no establece ninguna fecha, comenzara a regir a partir del 8vo día desde su publicación.

Termina su vigencia cuando ella lo disponga; si no lo dispone perderá vigencia por medio de los principios generales (ley posterior deroga ley anterior).

## Reglamentos:

Son actos de alcance general, abstracto y obligatorio que dicta el P.E con efectos jurídicos directos, inmediatos o mediatos, sobre los particulares, en virtud de una atribución expresa o implícita del poder constitucional o legal.

Decreto Ley: Es una norma jurídica dictada por el P.E de Gobierno de Facto (donde se suspende el Congreso). Cuando termina el Gobierno de Facto, deben ser ratificados por el Congreso del Gobierno de derecho.

El Decreto o Reglamento es sinónimo de acto administrativo de alcance general. Están por debajo de las leyes, deben subordinarse a las leyes.

Los decretos legislativos de emergencia solo están sujetos a la constitución y los tratados por que están ubicados en el mismo escalón que las leyes. El Decreto completa la ley con detalles particulares y secundarios, no puede sustituirla, derogarla o introducir modificaciones.

Potestad reglamentaria del P.E: La constitución de 1853 preveía un poder reglamentario del Presidente sumamente limitado. Es fácil advertir que esta potestad tuvo un proceso expansivo, por un lado, en el aspecto cuantitativo, por caso el P.E dicto cada vez más decretos; por el otro, cualitativo por la incorporación de los decretos de contenido legislativo y su incidencia en el sistema institucional y consecuente desequilibrio entre los poderes.

El fundamento de la potestad normativa del ejecutivo, luego de la ref. del 94, es el propio texto Constitucional-conforme los Art. 99, inc 2,3; y 76- que de forma expresa reconoce al P.E la facultad de dictar decretos de ejecución, delegados e inclusive de necesidad y urgencia. En conclusión, los decretos de ejecución, esto es, los reglamentos que contienen los detalles, circunstancias o pormenores de la ley sancionada por el congreso deben ser dictadas por el Presidente con el referendo del Jefe de Gabinete y de los Ministros competentes. El Congreso o el Juez deben controlar

si el P.E cumplió con el precepto constitucional de respetar el sentido de la ley sancionada por el Congreso.

#### Tipos de Reglamentos:

Los autores han distinguido, en principio, 5 tipos de reglamentos:

**1) Reglamentos de ejecución:** Son los actos que dicta el Ejecutivo con el propósito de fijar los detalles pormenores de las leyes sancionadas por el Congreso, es decir, reglas de carácter general, abstracto y obligatorio con ese alcance material periférico. A su vez la Constitución establece un límite en el ejercicio de esas potestades, que consiste en la prohibición de alterar el espíritu de las leyes mediante excepciones reglamentarias.

En caso de que el legislador fije los pormenores en el propio texto legal, su regulación alcanza rango legal de manera tal que el ejecutivo no puede luego modificar o delegar la ley ni siquiera en los aspectos de detalle. Por eso es claro que el ejecutivo solo puede ejercer sus potestades reglamentarias, esto es, dictar los decretos de ejecución en caso de deslegalización por el legislador, es decir, si este una vez regulados los pormenores, deroga luego la ley formal en ese aspecto. Cabe agregar que el límite constitucional de la potestad reglamentaria de ejecutivo, o sea, el hecho de no alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias debe interpretarse en los siguientes términos: a) por un lado, el decreto no puede modificar, derogar o sustituir la ley so pretexto de reglamentación; y b) por el otro, aquel debe observar el procedimiento que prevé la constitución.

El límite es no alterar el espíritu de esa ley (es decir que se subordina a ella). El exceso o abuso del poder reglamentario configura un supuesto de nulidad absoluta e insanable del acto estatal.

El grado de extensión del campo del reglamento de ejecución a fin de completar los detalles, en ppio, variable, toda vez que no puede fijarse según criterios absolutos, sino que su relatividad depende de cada caso en particular en razón de la materia de que se trate. La potestad de dictar normas de ejecución le compete en ppio al P.E y al jefe de Gabinete, puede ejercerse por sí o trasladarse a los órganos inferiores como sucede habitualmente por desconcentración o delegación. Los órganos inferiores solo pueden ejercer la potestad de dictar normas de alcance general cuando este previsto en el marco de normas específicas de rango legal o reglamentario; y este poder reglamentario de los órganos inferiores de la Administración no tiene el alcance de poder originario, sino derivado en virtud de habilitaciones legislativas o de corte administrativo.

El vínculo o relación entre las normas reglamentarias se rige por el ppio de jerarquía en razón del rango del órgano autor de las normas. En efecto, los actos normativos se relacionan entre sí de modo correlativo con el rango de los órganos; así la resolución dictada por el órgano jerárquico superior está ubicada por sobre las normas dadas por el órgano inferior, y por ello en términos de su organización de corte jerárquico

**2) Reglamentos autónomos:** Es aquella norma de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo (la administración) sobre materias que son de su exclusiva competencia de regulación y que, por ende, excluye la intervención del legislador, esto es una zona de reserva de la administración Pública en el ámbito normativo (temas privativos de su competencia no regulados por una ley). Para dictarlos no se aplica una ley sino la Constitución misma.

Zona de Reserva del Ejecutivo (de la administración): Este concepto es un conjunto de competencias exclusivas y excluyentes del ejecutivo, de manera tal que los otros poderes no pueden inmiscuirse en su ejercicio. Ejemplos como el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado; el indulto; la conclusión y firma de tratados internacionales, etc son sin duda facultades del ejecutivo, que, cuando las ejerce, aplica e interpreta por sí mismo la Constitución, sin perjuicio de que el Legislador pueda regular el ejercicio de esas facultades, siempre que ellos no desnaturalicen el mandato constitucional. Por otro lado, la competencia de regulación, esto es, el dictado de normas de alcance general no es, en ningún caso de carácter exclusivo del Presidente. En efecto, según la CN, no existen materias que deban ser reguladas por el ejecutivo con alcance excluyente, más aun, no es razonable inferir que este ejerce potestades de regulación sobre materias determinadas, por caso la administración general del país, en virtud del Art. 99 CN. El ejercicio de la administración general del país no supone el dictado de decretos con carácter exclusivo

prescindiendo de la voluntad del Congreso en los aspectos esenciales, menos aun después de la ref. Constitucional ya que el ejecutivo puede ejercer potestades legislativas si ellos fueren necesario en situaciones de excepción. Por otra parte, las facultades constitucionales a las que se refiere el citado precepto, inc2 art100, comprenden funciones de administración o ejecución material y no de regulación de materias con alcance general sobre aspectos esenciales. Cabe concluir que el poder ejecutivo no tiene una zona de reserva y, en consecuencia, no puede dictar reglamentos autónomos o independientes.

En síntesis, la potestad reglamentaria, en ppio y en términos generales, consiste en la mera ejecución de las leyes ya sancionadas por el Congreso mediante la regulación de sus particularidades. Se está tratando de decir que en nuestro sistema no existe el ppio de reserva reglamentaria o reserva del ejecutivo en el ámbito de las regulaciones y, si bien es cierto que en otros ordenamientos jurídicos es conveniente reconocer al P.E un ámbito administrativo o reglamentario propio toda vez que el control de constitucionalidad de la ley es limitado y, consecuentemente, el modelo restringe la tutela judicial, ello no es así entre nos porque el control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes sancionadas por el congreso es amplio y difuso. En la práctica estos decretos han sido dictados en casos particulares. En síntesis, se rechaza el concepto de reglamento autónomo o independiente y solo se acepta (según libro), de acuerdo con las razones expuestas, la existencia de reglamentos internos del P.E que si bien puede ocurrir que no estén sujetos respecto de una ley de orden específico, si están alcanzados por el bloque de legalidad, es decir, y entre otros, por el Conjunto de leyes del ordenamiento jurídico. Por eso, el dictado de los decretos reglamentarios no configura, en nuestra opinión, una zona de reserva de la administración pública ya que no reviste un carácter exclusivo o excluyente ante el P.L, es decir que no es un límite inexpugnable, sino que el legislador si quiere puede romperlo.

Reglamentos Internos (del ejecutivo): Son decretos meramente formales porque no prevén proposiciones jurídicas, sino que solo tienen efectos dentro del marco de la propia organización del ejecutivo. Solo pueden reglar su propia organización. El ámbito del Ejecutivo debe circunscribirse con el siguiente alcance, a saber: las potestades reglamentarias sobre cuestiones de organización de corte interno de ejecutivo que no tienen efectos sobre terceros, esto es el ámbito interno, y siempre que, la materia de que se trate no se encuentre reservada en el ámbito legislativo por mandato constitucional, o haya sido objeto de regulación por el legislador.

### **3) Reglamentos de integración**

**4) Reglamentos Delegados:** Son actos de alcance general que dicta el presidente sobre materias Legislativas, previa autorización del Congreso. Es decir, el legislador traspasa al ejecutivo materias propias que en lugar de ser regladas por ley, a través del debate parlamentario en el que las mayorías discuten y confrontan con las minorías, son reguladas por el Presidente. No es el legislador quien legisla sino el propio ejecutivo. La delegación legislativa es una alteración circunstancial del sistema de división y equilibrio de poderes que prevé el propio texto constitucional. La CN no decía nada con respecto a los decretos delegados antes de 1994. En los hechos, el Presidente, antes de la ref. Constitucional del 94, dicto innumerables decretos delegados en virtud de las transferencias de competencias, de carácter expreso o implícito, por parte del propio legislador. La constitución, no preveía esa facultad del P.E de dictar normas de contenido legislativo o, en su caso, la potestad del Congreso de transferir sus competencias a aquel.

El modelo institucional en nuestro país después de la reforma es presidencialista atenuado porque si bien el ejecutivo es unipersonal, existe la figura del jefe de Gabinete que es el responsable político ante el Congreso, y puede ser removido por una moción de los legisladores. En este contexto, si es razonable en términos de equilibrio entre los poderes del estado y estabilidad el modelo, incorporar las figuras de los decretos delegados y de necesidad.

La Corte ha encontrado inválidas casi todas las delegaciones de competencias legislativas, admitiéndose únicamente los decretos que tuviesen por objeto reglar los detalles o pormenores de las leyes sancionadas por el Congreso, es decir, los decretos reglamentarios. En la mayoría de los casos planeados antes de la reforma, el tribunal sostuvo que las leyes de delegación y los decretos consecuentes no constituyen verdaderas transferencias de competencias, sino que se trataba de un ejercicio razonable del poder reglamentario por el Presidente.

El texto Constitucional dice, por medio del Art. 76, que se prohíbe la delegación legislativa (propia) en el P.E; pero da una excepción: Podrá delegarse siempre que se trate de temas relacionados con la Administración o emergencia pública; y siempre que esa delegación se ejerza por un tiempo determinado y según las pautas del Congreso.

Clases de delegación legislativa según la Doctrina:

Propia: Cuando el P.L le trasfiere al P.E la función de dictar una ley, es decir que le delega la potestad legislativa, lo cual está prohibido salvo la excepción del Art. 76.

Impropia: Cuando el P.L le trasfiere al P.E la tarea de reglar los detalles necesarios para la ejecución de la leyes (como determinar la conveniencia del contenido o de su aplicación material). Se llama impropia, por que en verdad no hay delegación sino una forma de ejercer el poder reglamentario del Art. 99 inc2.

**5) Reglamentos de Necesidad y Urgencia:** Normas de alcance general que dicta el Ejecutivo sobre materias legislativas sin autorización previa del Congreso. (Tampoco estaban previstos antes de la ref.).

El Art. 99 inc 3 dice: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

(Por ende el P.E podrá dictar reglamentos de necesidad y urgencia, con el acuerdo del Jefe de gabinete, en casos excepcionales: cuando fuera imposible aplicar el mecanismo previsto en la CN para sancionar leyes y se trate de cuestiones de necesidad y urgencia como “riesgo social”; y siempre que los temas de ese reglamento no versen sobre materia penal, tributaria, electoral, o de partidos políticos.)

**Procedimiento para que tenga validez:** El Presidente debe firmar el decreto de necesidad en acuerdo general de ministros, y éste debe ser refrendado por el Jefe de Gabinete. Luego, el Jefe de Gabinete debe elevar el decreto, en el plazo de 10 días, a la comisión bicameral permanente. A su vez, esta comisión tiene 10 días hábiles, contados desde la presentación del Jefe de Gabinete o desde el vencimiento del plazo para hacerlo, con el objeto de expedirse sobre la validez o invalidez del decreto sometido a su consideración; y elevar el dictamen al plenario de cada una de las cámaras. En caso de incumplimiento de la comisión de sus obligaciones y vencido el plazo, las cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto. La constitución, a partir de la reforma, creo la Comisión Bicameral Permanente que tiene por objeto controlar el ejercicio de las potestades legislativas del Ejecutivo.

El Congreso debe dictar una Ley especial (con la mayoría absoluta de la totalidad e los miembros de cada cámara) que diga si el decreto es válido o no. La ley 26.122 dice que la aprobación y rechazo deben ser expresos, es decir, que el legislador prohibió el rechazo tácito del acto legislativo; y no previo un plazo; sin embargo, reconoce “los derechos adquiridos durante su vigencia” dándole un marco de certezas y estabilidad inconstitucional.



Los decretos que no tuvieron tratamiento por el Congreso dentro de las sesiones ordinarias en que fueron dictados, salvo, claro, los decretos dictados luego de concluido el periodo de sesiones ordinarias, deben ser rechazados. Si el Ejecutivo dicto un decreto de necesidad durante el receso del congreso, debe convocar a sesiones extraordinarias; sin perjuicio del dictamen de la Comisión que cumple sus funciones de modo continuado.

#### Control Judicial/ Evolución jurisprudencial

Como antecedente el fallo “video club Dreams”, es el primer precedente en materia de decretos de necesidad, luego de su expreso reconocimiento por el convencional. Por el otro, si bien la Corte en el caso “Peralta” reconoció las potestades normativas de emergencias del ejecutivo, aquí se ocupó más extensamente del control judicial sobre los decretos.

Mientras que en el fallo “video Club Dreams” el tribunal reivindicó la facultad de los jueces de revisar las circunstancias de hecho excepcionales invocadas por el Ejecutivo para recurrir al ejercicio de facultades legislativas de emergencia, en el caso “Rodríguez” el criterio sostenido por la Corte implicó una renuncia del Control de Constitucionalidad. Así los jueces, en este último caso, sostuvieron que el objeto de debate es una función política propia del Legislador que no puede ser interferida por los jueces, porque, en tal caso, vulneraría la división de poderes al invadir la decisión jurisdiccional en el ámbito de las potestades atribuidas en forma excluyente a otras autoridades. En conclusión, en caso “Rodríguez” supone un retroceso significativo en el control judicial de los decretos de emergencia.

En casos como Peralta vemos como la corte ha convalidado esta práctica del poder ejecutivo en lugar de ponerle límite alguno, a pesar de que todavía la CN no hacía referencia expresa a estas facultades legislativas del P.E.

En el precedente “Della Blanca” la Corte no aplicó el régimen Constitucional en razón de las circunstancias particulares del caso; afirmó el control judicial sobre los decretos de emergencia de conformidad con la línea judicial de las “video Club Dreams”; y sostuvo, por último, que estos deben ser ratificados por el Congreso de la Nación.

### **EL EJERCICIO DISCRECIONAL O REGLADO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS (BOLILLA 5)**

Primero que nada es importante destacar que si bien el principio de separación de poderes fue entendido como un conjunto de competencias materialmente propias y exclusivas de cada poder, y con prohibición de los otros poderes de inmiscuirse en ese ámbito, se cree que ese postulado debe matizarse, y reformularse de modo que, en el estado actual, cada poder ejerce un conjunto de competencias propias y otras ajenas en términos de carácter concurrente o de excepción.

Es necesario resaltar que el ejecutivo ejerce en ciertos casos sus facultades constitucionales o legales de un modo más reglado, y en otros más discrecional, según el criterio del convencional, el legislador o el propio ejecutivo. Es discrecional en principio, cuando el orden jurídico no establece reglas y, consecuentemente, el ejecutivo actúa de modo libre y prudencial; y es reglado cuando el órgano competente dice cuáles son las reglas que debe observar el ejecutivo.

Las funciones estatales – la función administrativa en este marco. Existe un aspecto propio de las funciones estatales, esto es, el modo de relación entre el sujeto estatal y el objeto, más allá del criterio objetivo o subjetivo de partición de potestades entre poderes. El poder estatal puede ejercerse exclusivamente según las reglas predeterminadas de modo específico por el ordenamiento jurídico; o, en su caso, conforme ese ordenamiento, pero según los estándares de oportunidad, mérito o conveniencia en términos de interés público. En este último caso el propio orden jurídico decide dejar librado ciertos aspectos en el campo del operador jurídico.

Trasladado este concepto puntualmente al esquema de las funciones estatales, se observa que en lo que respecta a las potestades de legislar y administrar, el aspecto discrecional puede estar presente y de hecho siempre es posible hallarlo con mayor o menor extensión, y en cualesquiera de sus niveles o grados; en tanto en la potestad de juzgar, no existe discrecionalidad, es decir, el acto

de juzgamiento es justo o injusto y no oportuno o inoportuno. Entonces, el legislador y el ejecutivo ejercen sus competencias de acuerdo con el principio de legalidad, el primero constitucional y el segundo entendido en sentido amplio (comprensivo del bloque normativo vigente y no sólo de la ley), mientras que el PJ debe ejercer sus potestades propias, según el principio de legalidad y no de conformidad con el criterio de oportunidad o conveniencia.

Ahora bien, el marco en el que el Estado ejerce sus funciones según el principio de legalidad es básicamente un conjunto de reglas, de modo que el ejercicio del poder estatal no es, en ningún caso, absolutamente libre. La discrecionalidad es simplemente un plus de libertad, luego de las reglas.

**El principio de legalidad** El Congreso, en su condición de representante del pueblo, debe dictar las leyes; por su parte el ejecutivo debe sujetarse y ubicarse necesariamente en el marco de esas leyes. Ese encadenamiento comprende en su cúspide no sólo las normas legislativas, sino también el bloque de legalidad integrado por los principios generales, y demás normas jurídicas. Éste es básicamente el contenido del principio de legalidad. No obstante el nexo entre el legislador y el ejecutivo tiene dos aristas que es necesario distinguir desde el ángulo de las potestades discrecionales: a) por un lado cuando el ejecutivo ejerce potestades de regulación; en cuyo caso el vínculo es entre ley y reglamento; y b) por otro lado, cuando el ejecutivo ejerce facultades materiales de administración; y aquí el nexo es entre ley y acto de alcance particular. (este último es el que se analiza)

El acto estatal en su relación con las leyes en sentido amplio como ya se dijo debe subordinarse y ubicarse por debajo de éstas; ahora bien, existen distintos vínculos, por un lado el que cabe llamar positivo, en cuyo caso la ley debe autorizar con carácter explícito o implícito al ejecutivo a obrar y por el otro, el nexo negativo, cuando la ley es simplemente un límite externo en el marco de la actuación del Estado. El principio básico es que el legislador debe autorizar al ejecutivo para obrar, darle reglas y, en su caso, márgenes de libertad.

En clase se dijo que el principio de legalidad tiene dos aspectos: a) legitimidad; ante un acto ilegítimo hay discordancia entre el orden jurídico y ese acto en su emisión y b) oportunidad/mérito/conveniencia; ya no se habla de los vicios dentro del actuar de la administración, sino de que determinada situación de hecho cambie y la administración pueda revocar su acto en ese sentido. Se encuentre dentro del régimen desorbitante.

### **1) El criterio de las potestades regladas o discrecionales según el desarrollo de reglas**

La discrecionalidad conceptualmente es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles y razonables dentro del ordenamiento jurídico. Así el ejecutivo puede optar por cualquier según su propio arbitrio o criterio; este criterio discrecional está contenido en el ordenamiento jurídico y, en ese contexto, es libre en tanto no existan reglas específicas y predeterminadas que guíen su ejercicio.

Por su parte las potestades del ejecutivo son claramente regladas cuando su ejercicio depende de un criterio casi automático, es decir, cuando éste debe, en el marco de un supuesto de hecho determinado, aplicar las consecuencias prefijadas por el orden público. En el marco de las potestades discrecionales, el ejecutivo debe interpretar el interés colectivo en el caso particular. Cabe aclarar que este interés es definido básicamente, por el Congreso y, en parte y con carácter complementario por el ejecutivo cuando dice cuáles son los detalles de las leyes. Sin embargo, el ejecutivo también debe cumplir con ese interés colectivo, e interpretar cómo es posible satisfacerlo en el caso particular cuando debe optar entre dos o más soluciones posibles, según las circunstancias del caso. Por su parte, y como contrapeso, el concepto de funciones regladas supone que el ejecutivo no puede optar entre dos o más soluciones igualmente válidas en términos jurídicos, sino que el órgano competente ha indicado una única solución y, en caso de desviación, el acto es evidentemente nulo. El ejecutivo puede RESPETANDO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, decidir el cómo y el cuándo en términos generales por medio de reglamentos, o con alcance particular cuando dicta actos de alcance singular. Para una mejor interpretación se puede decir que lo que puede o no hacer el PE (su competencia) es necesariamente REGLADO, sin dejarlo librado al propio criterio o arbitrio del ejecutivo (salvo la competencia de los órganos inferiores que es un elemento reglado, pero por ley o, en ciertos casos por reglamento), y con respecto a si puede decidir libremente si ejerce o no sus competencias, cuándo y cómo puede hacerlo, puede ser reglado o discrecional. (notita: cuando el ordenamiento

jurídico sólo acepta una solución es reglado, cuando el sistema por el contrario permite más de una solución, entonces es discrecional)

Si el órgano competente sólo regló algunos de esos aspectos, entonces, las potestades son en parte discrecionales, y el acto dictado en su consecuencia también reviste, al menos parcialmente, ese carácter. Otro caso ocurre cuando el operador reguló todos los aspectos, pero con superficialidad, de modo que el ejecutivo decide libremente en el caso concreto cómo completar las reglas ya dadas. (notita: ej: si el legislador establece que el ejecutivo debe cancelar ciertas obligaciones en el término de un año, pero no dice cómo; éste puede hacerlo con dinero o títulos públicos)

Concepto mixto del acto estatal: Así como no existen potestades enteramente discrecionales, es casi imposible hallar en el ordenamiento jurídico potestades íntegramente regladas. Respecto del cómo y cuándo, el orden jurídico debe fijar ciertas reglas mínimas.

Ej: La ley autoriza al PE a convocar una licitación pública para contratar el servicio de limpieza en los hospitales públicos ubicados en las ciudades con mayor número de habitantes del país, y que ese servicio es actualmente prestado por una empresa en términos exclusivos, de modo directo y desde hace 10 años. Las reglas que fija el legislador son que el ejecutivo en ningún caso puede favorecer a los actuales prestadores del servicio y que el plazo del contrato no excederá los 10 años. En este caso, el ejecutivo puede actuar libremente, respetando la regla fijada por el legislador (siempre debe motivar su acto, explicar por qué optó por ese parámetro y no por otros). Con lo cual, si bien la opción de cómo llevar a cabo esto es discrecional para el ejecutivo, el hecho de favorecer o no a los actuales prestadores, está reglada en términos prohibitivos.

Cabe advertir que la potestad sancionadora no siempre es discrecional.; también puede ocurrir que el legislador fije las reglas que guíen la aplicación de un tipo de sanción, o respecto del grado de sanción.

### **El concepto de reglas: su redefinición**

Las reglas no sólo nacen de la CN y las leyes, sino también de los reglamentos del ejecutivo. Pensemos, éste puede, en ciertos casos y según el marco constitucional y legal, fijar las reglas de su actuación con carácter general y, consecuentemente, cuando dicte los actos de alcance particular en ejercicio de sus potestades debe respetar el marco normativo y sus reglas, entre ellas, los mandatos que prevén sus propios reglamentos. Se debe aclarar que la distinción entre potestades regladas y discrecionales no es, en verdad la existencia o no de reglas, sino el contenido de las mismas. En el ordenamiento jurídico siempre existen reglas. La regla específica es siempre reglada, pero la regla general puede o no serlo, porque el dato relevante es si la regla permite, o no, optar entre dos o más soluciones posibles. El criterio entonces es el grado de densidad o especificidad de las reglas; así si éstas son específicas y su contenido es denso en relación con el caso, entonces, las potestades son regladas, y el acto dictado en su consecuencia es también reglado. Por el contrario, si las reglas son vagas, imprecisas e inespecíficas; entonces, las potestades y los actos son discrecionales. Ese halo vago e impreciso del ordenamiento permite al ejecutivo elegir entre dos o más soluciones posibles en el marco jurídico. (notita: las potestades estatales no son regladas o discrecionales en términos absolutos, sino que son más o menos regladas o discrecionales).

El punto central es la existencia de reglas, y básicamente su densidad. No interesa la clasificación o calificación de esas reglas, sino la búsqueda y su aplicación al caso. El aspecto más relevante es descubrir las reglas que prevé el ordenamiento jurídico y aplicarlas sobre los aspectos reglados y discrecionales de los actos estatales; sin dejar de advertir que ciertas reglas permiten optar según el criterio del operador y en el marco del sistema jurídico, entre dos o más soluciones posibles.

### **La interpretación del derecho y el ejercicio de las potestades discrecionales**

Interpretar es aplicar el ordenamiento en un caso singular y sin libertad, más allá de sus aspectos subjetivos. El operador debe interpretar la ley, y sólo es posible hacerlo del modo que prevé el orden jurídico. Es decir, el intérprete no puede decidir libremente cómo interpretar las normas; el criterio interpretativo correcto es aquel que dicen los jueces. Luego de que el operador interprete el ordenamiento, puede ocurrir que éste reconozca ese margen de arbitrio o no. En el marco de la discrecionalidad cualquier de las soluciones posibles es jurídicamente un criterio correcto y válido;

distinguiéndose así del campo interpretativo. Con mayor detalle, vemos que en primer lugar, el operador jurídico debe constatar si el hecho, es decir el antecedente, existe o no. Ello está vinculado directamente con las pruebas del caso. Así, las pruebas deben interpretarse conforme las reglas específicas del ordenamiento jurídico, y no de modo discrecional (el intérprete no puede optar por unas y rechazar otras en términos igualmente válidos) En segundo lugar, el operador debe interpretar o valorar ese hecho según el orden jurídico. Una vez que interpretó, en ese contexto y sólo en él, es posible que pueda optar entre dos o más soluciones posibles, según el ordenamiento jurídico establezca reglas más específicas o no.

Cabe agregar que sólo los poderes políticos y no el poder judicial ejercen potestades discrecionales, y sólo cuando el ordenamiento autoriza en ese sentido.

### **El sentido de la distinción entre las potestades regladas y discrecionales**

Esta distinción nació en relación con el control judicial sobre el ejecutivo. Así el acto discrecional estaba exento del control de los jueces. Ello no es así en la actualidad, en el marco del Estado de Derecho. En primer lugar, el acto discrecional está dentro del ordenamiento jurídico, y no fuera de él; en segundo lugar, el juez debe controlar todos los actos estatales, sin exclusiones. Dicho esto, el sentido de estas categorías entre funciones y actos estatales y el valor de éstas, ya no es el control o el alcance de éste; sino el modo en que los jueces deben controlar esos aspectos libres del ejecutivo. En un caso, el juez debe controlar con reglas más precisas; y en el otro con reglas más inespecíficas respetando el margen de arbitrio del ejecutivo.

### **El contenido de la discrecionalidad estatal**

La competencia, es siempre un asunto reglado; es decir que la ley debe establecer previamente si el ejecutivo es o no competente para obrar, ya sea de modo expreso o implícito. Ahora bien, el ejecutivo debe optar entre dos o más soluciones posibles (ejercer sus facultades discrecionales) según el criterio de oportunidad, mérito o conveniencia, esto es, la composición del interés colectivo en caso concreto y de acuerdo con el marco general. El carácter discrecional es la posibilidad del ejecutivo de optar entre dos o más soluciones plausibles jurídicamente; y, por su parte, el criterio de oportunidad es el motivo por el cual el ejecutivo, en el caso puntual, eligió una de esas soluciones entre varias posibles.

El criterio de la oportunidad puede definirse como el modo en que el ejecutivo decide interpretar y rellenar el concepto de interés público en el marco del caso concreto, ya definido por el legislador en términos más abstractos a través del bloque de legalidad.

Notita: El ejecutivo ejerce sus potestades en ese marco de libertad (discrecionalidad) por dos motivos primeramente en virtud de una habilitación expresa o implícita del legislador y en ejercicio de sus potestades constitucionales, y en segundo lugar en razón de su legitimidad democrática porque en nuestro sistema institucional el presidente es elegido directamente por el voto popular. Entonces, en el modelo presidencial atenuado existen dos fuentes directas de legitimidad democrática, por un lado el Congreso cuyos miembros son electos por el pueblo, y por el otro, el presidente que también es elegido por el pueblo.

El carácter discrecional nace, de modo expreso o implícito, del marco jurídico, y con ciertos límites. Estos límites nacen de las normas de reconocimiento o del ordenamiento jurídico general, con lo cual la actuación discrecional del ejecutivo no es un espacio enteramente privilegiado porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos, según su arbitrio, sino de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero como ya se mencionó con límites. El aspecto discrecional del acto tiene dos caracteres, por un lado el reconocimiento normativo, y por el otro, los límites. Esos límites son dos: a) la ley que reconoce el ejercicio de las potestades discrecionales y; b) el bloque jurídico; cualquier regla de mayor o menor densidad que esté en el ordenamiento y que resulte aplicable al caso. En especial los principios generales de los derechos. Entre los principios se destaca el carácter razonables, es decir el contenido no arbitrario de las decisiones estatales. La Corte estableció que es aquél que otorga validez a los actos, en particular a los actos discrecionales, y que permite, a pedido de parte, que los jueces controlen el cumplimiento de dicho recaudo. Es razonable el acto estatal cuando la decisión discrecional es adecuada respecto del fin que persigue el ejecutivo, los medios son proporcionados y conducentes a ese fin, no es

posible elegir entre otras medidas menos gravosas en términos de derechos de las personas, las ventajas son mayores que las desventajas o perjuicios, si las consecuencias guardan relación con el fin perseguido. Incluye si el acto guarda proporción con sus fines (principio de proporcionalidad del acto). Otro principio que se debe respetar es el de igualdad, entre otros. Esto así porque el Estado NO PUEDE DICTAR ACTOS ARBITRARIOS.

### **La obligatoriedad de la motivación de la decisión estatal discrecional**

Esto es un presupuesto básico porque si el acto no está motivado, no es posible controlarlo. El ejecutivo debe explicar por qué optó por una de las tantas soluciones jurídicamente posibles y el juez, entonces, controlar si ello cumple con los límites ya explicados (esto es de suma importancia pues el acto es arbitrario o no, básicamente por el análisis de los motivos que justificaron su dictado). Motivar es dar razones de por qué el estado resuelve del modo que lo hace; la solución que el ejecutivo toma por sobre otra debe ser jurídicamente posible según el bloque de legalidad y en términos razonables. Una vez establecida la no arbitrariedad, el juez no puede ya juzgar el acierto de la decisión estatal; y en este sentido si es plausible afirmar que el Estado obró libremente, dentro de ese marco. Si el ejecutivo no da razones sobre su opción, aun cuando cualquiera sea jurídicamente válido, no es posible el control en términos ciertos. Es posible que las razones de oportunidad o mérito sean sustituidas por móviles discriminatorios, persecutorios o arbitrarios, por esto es importante que el ejecutivo explique sus razones de oportunidad, conveniencia o mérito. El ejecutivo debe explicar a) cuál es el interés público comprometido en el caso particular; b) los antecedentes de hecho del caso; c) cuál es, según su propio criterio, el nexo entre esos antecedentes y el interés público en el marco del caso particular. El alcance o extensión que debe tener la motivación del acto por parte del ejecutivo es proporcional al carácter más o menos discrecional que fije el legislador.

### **Los conceptos excluidos de la discrecionalidad estatal: los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica. Su relatividad.**

En un principio se consideró que el ejercicio de las potestades discrecionales estaba exento del cumplimiento de reglas jurídicas, por inexistencia de éstas; y, consecuentemente, el juez no podía controlar esos poderes. En este contexto, en el esfuerzo por revestir ese estado de cosas se siguió dos caminos: por un lado, someter la discrecionalidad al control del poder judicial y por el otro, excluir ciertos asuntos del marco de las potestades discrecionales, es decir limitar el campo material de la discrecionalidad. El avance fue mucho mayor por este último camino, la reducción del campo material de discrecionalidad a través de dos institutos; a) los conceptos jurídicamente indeterminados y b) la discrecionalidad técnica.

Por lo tanto, la discrecionalidad estatal es la posibilidad de elegir entre dos o más opciones, pero con exclusión de los conceptos jurídicos indeterminados y de los casos de discrecionalidad técnica.

a) El concepto jurídico indeterminado es aquél cuya aplicación conduce a una única solución justa, de modo que es sustancialmente diferente del criterio discrecional. EJEMPLO: el criterio de la oferta más conveniente en el campo de los contratos públicos. Es habitual que las normas sobre contrataciones públicas establezcan que el estado debe adjudicar el contrato a aquél que formule, en el marco del proceso licitatorio, la propuesta más conveniente. Si el legislador no ha fijado pautas, el ejecutivo debe decidir cuál de las ofertas presentadas es, la más conveniente según su arbitrio. Ahora bien, esto no significa que es razonable que ante un caso concreto haya solo una solución justa de entre todas las ofertas, sino que el concepto indeterminado debe integrarse sencillamente con las reglas generales y especiales del ordenamiento, aun cuando no existen reglas específicas porque éstas son propias de las actividades regladas, y más el arbitrio del ejecutivo. Balbín cree que el proceso intelectual de determinación e integración del concepto, en principio indeterminado, debe hacerse por medio de criterios discrecionales de oportunidad o mérito, salvo que el legislador hubiese fijado reglas sobre el proceso de interpretación o integración de aquél. Así, si el legislador estableció por medio de ley el criterio de que la oferta más conveniente es aquella de menor precio, entonces el ejercicio de esa potestad estatal es de alcance claramente reglado. En esos casos, comúnmente llamados conceptos jurídicos indeterminados, son en verdad, situaciones directamente regladas. Es quizás plausible sostener que cuando el estado debe elegir según las reglas expresas de la

conveniencia, su actividad es reglada porque no puede optar por cualquier propuesta, sino por la más conveniente, y ello según la regla preestablecida por el propio ordenamiento jurídico.

De todos modos, si el ordenamiento no establece reglas específicas o claras, por caso el criterio más conveniente, el ejecutivo igualmente debe obrar de modo razonable. En un caso u en el otro, el llamado concepto indeterminado es subsumido en las especies de potestades regladas o discrecionales, de modo que es conveniente reemplazar el concepto y desarrollar las reglas de sujeción de las potestades estatales más o menos discrecionales y particularmente su control. A su vez, el interés público es un concepto reglado o discrecional según el grado o densidad de las reglas existentes en el ordenamiento jurídico. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados debe reemplazarse por el criterio de las reglas específicas e inespecíficas.

b) Los conceptos o criterios técnicos son aquellos que la ciencia define de un modo unívoco y, por lo tanto, en ese contexto, existe una única solución posible ante el caso concreto. El ámbito de discrecionalidad estatal está dado únicamente por la elección de un criterio técnico por sobre otros, para aplicarlos luego respecto de las actividades que desarrolla el estado; pero una vez elegido el método científico, la posibilidad de optar por una u otra solución generalmente desaparece.

Sin embargo ello no siempre es así. A veces, la ciencia ofrece un solo método, o en el marco de ese método un único resultado posible; pero en otros casos no. Por eso la discrecionalidad técnica sólo debe excluirse del concepto de discrecionalidad estatal cuando el conocimiento científico ofrece un procedimiento unívoco, puesto que se trata de un criterio reglado por el ámbito científico.

Se puede concluir que el concepto indeterminado o el caso de la discrecionalidad técnica, tienen un valor relativo en el proceso de reducción del campo discrecional. En síntesis, si el concepto jurídico indeterminado es susceptible de determinación por las reglas y las circunstancias de hecho particulares; o el concepto técnico es unívoco, entonces, estos asuntos excluyen el campo discrecional y debemos ubicarnos en el terreno reglado. En cambio, en otro casos, cuando no es posible integrar jurídicamente y según los hechos el concepto jurídico, o el criterio científico es equívoco, ingresamos nuevamente en el ámbito discrecional.

#### **EN CLASE se dijo:**

Actividad reglada: Requisitos: Una norma debe prever la situación de hecho concreto. La conducta a seguir puede ser: 1) directa, se establece conducta directa; 2) indirecta, tiene que ver con derechos subjetivos del particular; se regula lo que puede o no hacer la administración. Requisitos para el particular de la administración: igualdad, buena fe, principio de concurrencia; 3) Residual, no se ubica en 1) y 2) pero surgen de los mismos principios. Art 28 CN razonabilidad; 4) Regulación técnica, se debe diferenciar si son técnicas muy precisas de aquéllas que dejan algún carácter subjetivo, porque no toda técnica implica una discrecionalidad por eso no es una discrecionalidad técnica sino una regulación técnica; 5) discrecionalidad 0 (cero); sucede cuando algo que empieza discrecional se termina convirtiendo en una actividad reglada; nos encontramos con que habrá una sola solución posible cuando se pensaba que no.

Actividad discrecional: hay normas pero no regularon todas las situaciones de hecho o hay algunas cuestiones que se dejan a interpretación. Deja un margen para actuar discrecionalmente. Tiene que ser fundado o fundamentado. A mayor ejercicio de actividad discrecional mayor fundamentación requerida.

### **LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA (BOLILLA 6)**

#### **La personificación del Estado.**

En la Baja Edad Media existieron dos teorías que son de carácter complementario y que representan un avance importante en el proceso de personificación del estado, esto es, el reconocimiento del estado como persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones entre terceros.

La primera teoría es La Corona. Era una personalidad ideal con derechos patrimoniales propios, distinta de la figura del Rey y de sus bienes, y que constituía un centro de imputación de actos. Estaba integrada por el rey y por los otros estamentos del poder. Esta figura, si bien permitió que el

Rey ejerciese un mayor poder sobre los súbditos y los estamentos, configuro un cierto límite respecto del poder real, sobre todo en relación con los bienes, y el cumplimiento de las leyes fundamentales. La segunda teoría es El Fisco. Era un sujeto titular de derechos y obligaciones, con patrimonio propio, pero de carácter privado, que limito el poder del rey, pues éste debía actuar según las reglas del derecho privado y a su vez podía ser sometido por ante los tribunales de justicia.

Posteriormente, particularmente en los Estados alemanes, se produjeron ciertos fenómenos jurídico-políticos que permitieron construir dogmáticamente el concepto del estado ya con personalidad en términos jurídicos. Los intérpretes alemanes entendieron que el titular de la soberanía era el estado. Según su criterio resulto imperioso reconocer personalidad jurídica al estado en su condición de titular del poder soberano, entendido como un conjunto de potestades, derechos y deberes. Plantearon la necesidad de reconstruir un régimen de derecho público autónomo, y el primer paso fue del Estado como titular de derechos y obligaciones.

El estado es una persona jurídica mas allá de la aplicación de un régimen normativo común o especial, es decir un derecho o dos.

*Las consecuencias de la personificación estatal.* - Las ventajas que introdujo la personificación del poder estatal en el modelo jurídico fueron:

- a) Permitió construir relaciones jurídicas entre el estado y los particulares y, consecuentemente, imputar las conductas estatales en el propio estado, y en un único centro;
- b) Responsabilizar al estado por sus conductas, trátase de acciones y omisiones;
- c) Garantizar las obligaciones estatales con el patrimonio íntegro del poder público estatal;
- d) Posibilitar la organización interna del estado a través de determinadas técnicas.

*El reconocimiento del estado como persona jurídica en los textos normativos de nuestro país.* - La CN reconoce de un modo implícito que el estado es una persona jurídica con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

El CC en el art. 32 establece que todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas. Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tiene carácter público: el Estado Nacional, entre otros.

El estado como persona jurídica, tiene ciertos caracteres propios:

- a) Es un ente único: supone que el estado comprende todas las funciones estatales y su organización.
- b) Originario: el estado surge directamente del texto constitucional, y no de las leyes y otras normas dictadas en sus consecuencias.
- c) Superior: el estado es superior, en términos comparativos con el resto de las personas en razón de las prerrogativas exorbitantes que ejerce.

### **Las técnicas de imputación de conductas.**

*La teoría del mandato o representación.* - Fue la primera teoría que intento explicar cómo imputar las conductas de los agentes en el estado, en su condición de sujeto jurídico cuya existencia es ideal y no real como si ocurre con las personas físicas. El CC dispone que se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo excedieren, solo producirán efecto respecto de los mandatarios.

El desarrollo de estas teorías y su inserción en el campo del derecho público, planteo serios problemas como instrumento de imputación estatal, porque los actos ilegítimos no pueden en principio imputarse a los representantes o mandantes, ello así porque exceden la representación o mandato concedido por éstos a sus representados o mandatarios. Las acciones de los representantes que exceden el mandato no son imputables respecto de las personas jurídicas mandantes, de modo que la responsabilidad por esas acciones recae solo en el representante.

Luego el legislador modifico ese criterio cuando dijo que las personas jurídicas responden por los

daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Las personas jurídicas son directamente responsables por los hechos ilícitos cometidos por sus órganos en ocasión del ejercicio de sus funciones.

El CC ha consagrado un sistema de amplia responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas que tiene como antecedente el art. 1113. Se ha creado un régimen único de responsabilidad indirecta de las personas jurídicas por los daños causados por sus directores, administradores y dependientes. Así el factor de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas es el riesgo creado por ellas a raíz de su actuación: quien genera riesgos con el desarrollo de su finalidad, debe equitativamente asumirlos.

En el derecho público el concepto de mandato debe definirse como el conjunto de normas atributivas de competencias en el órgano o ente administrativo. El art. 3 de la ley de procedimientos administrativos dice que la competencia de los órganos administrativos será la que resulte de la CN, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia.

En el derecho público debe rechazarse el modo indirecto de imputación de las conductas de los órganos y las personas jurídicas quizás propio del derecho civil, porque el órgano estatal, el agente y su voluntad son el propio estado constituyendo un concepto único, por eso el derecho público parte del art 1112 del CC o de los principios constitucionales; porque el estado es un sujeto jurídico con caracteres especiales y, por tanto, distinto de otros sujetos ideales.

*La teoría del órgano.* - En esta teoría existe un solo sujeto, esto es el órgano y no dos; así no cabe distinguir entre las personas físicas, por un lado, y el sujeto jurídico, por el otro, sino que ambos superponen y entremezclan sus voluntades. Así no es posible discernir entre la voluntad del estado (persona jurídica) y la voluntad del agente (persona física), sino que la ley ha creado un hecho ficticio cuando dice que la decisión del agente es la decisión del estado. El agente es el propio estado. El acto del agente es el acto del propio estado y, consecuentemente, el operador no debe trasladar ningún acto. El agente no decide como representante del estado, sino directamente por el, porque es parte del estado y es una unidad. Según esta teoría la responsabilidad del estado por los actos de sus agentes es de alcance directo.

El estado es un sujeto de derecho con personalidad de contenido jurídico, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; y que está integrado por órganos, personas físicas, que son quienes dicen directamente cuál es su voluntad.

### **La competencia estatal.**

Competencia es el conjunto de potestades que surge del ordenamiento jurídico, esto es, la capacidad o aptitud de los poderes públicos para obrar y cumplir así sus cometidos.

A diferencia de lo que ocurre con las personas físicas (art. 19 CN), el estado no puede hacer cualquier cosa, sino solamente aquello que está permitido. El principio es la prohibición y las excepciones las permisiones. El principio de prohibición nace del propio art. 19 pero de modo implícito ya que cualquier persona solo puede obrar libremente siempre que el estado, actúe con autorización del pueblo mediante sus representantes.

En síntesis:

- a) El estado no puede obrar (principio prohibitivo); b) sin embargo, éste si puede hacerlo cuando existe autorización en tal sentido (excepciones de permisión). Necesariamente la ley debe autorizar al estado para actuar.

Las competencias deben surgir de un mandato positivo de la CN, la ley o el reglamento. Además, uno de los elementos del acto administrativo es la competencia, y el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable cuando fuere omitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas.

*Las competencias expresas.* - El ejecutivo es competente cuando ello surge del texto normativo. Las competencias expresas son entonces permisiones que nacen del propio texto normativo, es decir, de su literalidad.



*Las competencias implícitas.* - Diversas respuestas:

- Son aquellas necesarias para el ejercicio de las facultades expresas, es decir, el órgano solo puede ejercer sus potestades explícitas si se reconoce en él otras potestades que no están dichas en el texto de las normas.
- Otro criterio: las potestades implícitas son el conjunto de competencias que resulten necesarias, e incluso convenientes en el marco de las facultades explícitas, esto es, el operador no solo reconoce las potestades de orden necesario en el ejercicio de las facultades expresas, sino además de otras que resulten útiles u oportunas en su ejercicio.
- Las potestades implícitas son aquellas que resulten necesarias para el cumplimiento del objeto o fin del órgano.

El legislador puede reconocer el campo propio de las potestades implícitas en términos generales y expresos. Cuando las reconoce en el propio texto, entonces éstas son expresas. Sin embargo, es posible que diga que el órgano ejerce también otras de orden implícito sin decir cuáles son, sin explicar su detalle. Ej: art. 75 inc 32 de la CN que establece que el congreso hace las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes. Así el convencional reconoció expresamente en el seno del poder legislativo las potestades implícitas.

El inconveniente más grave de esta construcción es cómo definir el concepto y contenido de las facultades implícitas de permisión. Si el campo de las permisiones implícitas es excesivamente amplio puede desvirtuarse el principio prohibitivo y aun por vía de excepción trastocarse éste por el de permisión de las facultades del estado, en perjuicio de los derechos de las personas.

*La teoría de la especialidad.* - El principio, luego de definir el objeto del órgano, es el de la libertad, salvo prohibición del ordenamiento jurídico. En primer lugar el operador debe definir cuál es el objeto y el fin del órgano; segundo, luego de circunscribir ese contorno, el criterio es el de permisión de las conductas del órgano; tercero, el límite respecto de las permisiones es el mandato de prohibiciones expresas.

El inconveniente es la imprecisión o vaguedad del objeto o fin del órgano que constituye un límite externo de las conductas estatales y permite atribuir facultades igualmente imprecisas y difusas dirigidas al cumplimiento de ese objeto o finalidad.

- a) El hecho constitutivo del órgano comprende su objeto o finalidad, y éste debe interpretarse como límite externo del esquema de competencias;
- b) En ese punto, el principio es el axioma ontológico de la libertad;
- c) Este principio permisivo está limitado por las prohibiciones expresas e implícitas que prevé el ordenamiento jurídico. Es decir, que se introduce un nuevo límite respecto de las libertades, el concepto de las prohibiciones implícitas.

Las normas de creación de los entes reguladores incorporaron el concepto de la especialidad cuando dicen que los entes ejercen, por un lado, las competencias expresas; y, por el otro, pueden realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación.

*El criterio opuesto.* - El criterio rector debe ser el de las facultades expresas e implícitas, entendidas estas como aquellas necesarias para el ejercicio razonable de las competencias expresas. Para saber si el órgano es competente para el ejercicio de una facultad determinada, es necesario seguir determinados pasos:

Primero: buscar y describir las facultades expresas que surgen de modo literal de los textos normativos y vigentes;

Segundo: si la competencia para aplicar sanciones de contenido patrimonial surge del texto normativo;

Tercero: si dicha competencia no surge de modo expreso, se debe preguntar cuáles son las facultades que es posible deducir en términos lógicos del texto;

Cuarto: si, además de deducirse de modo razonable el texto expreso, su reconocimiento es necesario en el marco del ejercicio de las facultades expresas, esto es, si el ejercicio de las facultades implícitas hace posible el ejercicio de las otras de carácter expreso.

Si las potestades implícitas y, en este caso particular, la aplicación de las sanciones pecuniarias cumple con estos estándares, entonces el órgano es competente y el acto consecuente es válido.

### **Los modelos de organización estatal.**

El concepto de organización estatal y su desarrollo tiene los siguientes pilares: a) el principio de división del trabajo entre sus diversas estructuras, llamadas órganos administrativos; b) el principio jerárquico como modo de articular esas unidades; y c) el principio de uniformidad de sus reglas, y de idoneidad del personal.

Ese régimen centralizado fue luego matizado con estructuras descentralizadas de distribución de poder, llamadas entes autárquicos o descentralizados, junto con la incorporación de órganos colegiados. Todo ello por razones de eficacia en términos de especialidad, carácter independiente, e idoneidad técnica de las unidades descentralizadas; y por la participación de las personas en el propio estado mediante su incorporación en las nuevas estructuras.

El criterio básico de distinción entre centralización y descentralización de las estructuras es el grado de autonomía que tiene esa unidad de organización en relación con el poder central, es decir, con el presidente. Así, si es cercano es concentrado, y si es lejano es descentralizado. Deja de ser centralizado cuando el ordenamiento jurídico reconoce personalidad, es decir, capacidad para adquirir derecho y contraer obligaciones en el marco de las relaciones jurídicas.

Existen, básicamente, dos modelos de organización estatal. Uno de corte jerárquico y vertical; y el otro más horizontal y autónomo de los poderes políticos. El primero es de origen continental europeo y el otro es propio del sistema norteamericano a través de las agencias independientes creadas en relación con ciertos campos sociales o económicos, que ejercen potestades legislativas, ejecutivas y judiciales y están alejadas del congreso pero, en especial, del ejecutivo.

### **El modelo básico en nuestro país.**

Por un lado el texto constitucional creó 3 órganos en el esquema institucional: a) el presidente; b) el jefe de gabinete de ministros; y c) los ministros. Por el otro, previo el dictado de una ley de ministerios que debe establecer los órganos administrativos inferiores. La CN dice que 1) el jefe de gabinete de ministros debe enviar al congreso el proyecto de ley de ministerios, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del ejecutivo; y 2) el legislativo debe aprobar la ley de ministerios y, en particular, crear, suprimir y fijar las atribuciones de los empleos.

A su vez, el principio jerárquico nace de los siguientes preceptos: a) el presidente es el jefe supremo de la nación, el jefe del gobierno, y el responsable político de la administración general del país; 2) el jefe de gabinete es quien ejerce la administración general del país; y 3) los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones.

El principio de distribución del trabajo está dicho en la distribución de competencias entre esos órganos, en los arts. 99, 100 y 103.

La CN incluyó también ciertos entes descentralizados, e incluso autónomos, tales como los entes de regulación, el BCRA y las universidades.

En síntesis, el modelo está integrado por la administración central compuesta por órganos administrativos; y la administración descentralizada formada por entes autónomos y autárquicos.

### **El desarrollo del modelo. Las estructuras estatales.**

La teoría de la organización estatal debe construirse con dos herramientas, el órgano y el ente. La diferencia esencial consiste en que los órganos no tienen personalidad jurídica propia, sino que forman parte del estado que sí es sujeto de derecho; mientras que los entes, por su parte, sí revisten el carácter de personas jurídicas y pueden establecer relaciones jurídicas, es decir, adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismos y no de modo mediato por el estado.

El estado centralizado es aquel que está integrado por los órganos estatales y el estado descentralizado está compuesto por los entes estatales. Como ejemplos de órganos es posible citar a los ministerios, las secretarías de estado, las subsecretarías, etc. Entre los entes, cabe mencionar los entes de regulación de los servicios públicos, y a la administración federal de ingresos públicos.

### **Los órganos estatales.**

*El concepto de órgano.* - El órgano es un centro de imputación de competencias estatales (aspecto objetivo) que está integrado por personas físicas (aspecto subjetivo), y que dispone de ciertos medios o recursos (aspecto material). El órgano es parte de la estructura del estado, y no tiene personalidad jurídica propia. Por ejemplo el ministerio del interior, la secretaria de salud, y la dirección nacional del registro de la propiedad automotor son órganos administrativos.

Los órganos son parte de la administración de carácter centralizado, en contraposición con el estado descentralizado que está integrado por los entes con personalidad, y que se encuentran ubicados más lejos de los órganos centrales y del presidente; sin perjuicio de que son parte del ejecutivo.

Si bien no poseen personalidad jurídica, tienen cierto grado de subjetividad. Lo que trae dos consecuencias: a) por un lado, los órganos pueden relacionarse entre sí, configurándose relaciones inter orgánicas, y siempre que estén contenidos por un mismo sujeto jurídico; b) por el otro, es posible trasladar e imputar su voluntad en el estado.

Existen órganos unipersonales, integrados por un solo sujeto; y órganos colegiados compuestos por dos o más personas. Los órganos colegiados plantean cuestiones específicas, tales como su composición ciertamente de carácter complejo, así el órgano está compuesto comúnmente por el presidente, el secretario y el pleno.

*La relación entre los órganos estatales. La jerarquía, la dirección y la coordinación.* - La jerarquía es el modo de relación jurídica interna entre los órganos estatales; es decir, está estructurado por órganos que están ubicados en distintos niveles o grados en posiciones relativas de poder y de modo piramidal; y en cuya cúspide se encuentra el presidente como responsable político de la administración general, y el jefe de gabinete que es quien ejerce la administración general del país. El superior jerárquico debe dirigir, ordenar y controlar al inferior. A su vez, el órgano superior ejerce un conjunto de competencias propias y todas las competencias del órgano inmediato inferior. La jerarquía supone identidad de competencias materiales y supremacía de unos sobre otros, en razón de los intereses públicos específicos de cada uno de los órganos.

El modelo prevé también técnicas de coordinación entre órganos con competencias materiales diferentes, en cuyo caso no está presente el principio jerárquico. Este instrumento de relación (coordinación) procede en los siguientes casos: a) entre órganos de un mismo sujeto jurídico con distintas funciones materiales; b) entre órganos que son parte de sujetos jurídicos diferentes, así por ej, el subsecretario de estado y el gerente de un ente descentralizado; y c) entre entes descentralizados. Otras veces la coordinación es expresión del poder jerárquico del superior respecto de los inferiores comunes.

La coordinación es el ejercicio de las competencias propias de cada órgano en términos no contradictorios con los otros órganos, sin duplicidad de esfuerzos y recursos, y en cumplimiento de fines convergentes. Es decir, el órgano ejerce sus competencias propias, pero respetando las competencias y los fines de los otros, de modo informal o formal.

La coordinación comprende las políticas de programación y planificación estatal; la creación de órganos específicos de coordinación; o la intervención de otros órganos estatales en el trámite de decisión, entre otros.

El postulado jerárquico debe completarse con el criterio instrumental de coordinación entre órganos. El principio de jerarquía supone la potestad de mando de los superiores, y el consecuente deber de obediencia de los inferiores; de modo que existe un estado de subordinación de unos órganos con respecto a otros.

El superior jerárquico puede con respecto al órgano inferior, en principio y teóricamente:

- a) Designar y remover al agente que ocupa el órgano inferior;
- b) Dictar instrucciones de alcance general mediante resoluciones, planes o programas;
- c) Dar órdenes de alcance particular respecto de asuntos concretos;
- d) Coordinar las funciones de órganos inferiores entre sí de modo de darle unidad de acción;
- e) Controlar o fiscalizar el desempeño del inferior;
- f) Aplicar sanciones al inferior, según el régimen vigente;
- g) Transferir competencias propias en el órgano inferior, delegar;
- h) Avocarse respecto de cuestiones propias del inferior;
- i) Revocar, modificar o sustituir los actos del inferior, por petición de parte interesada a través de los recursos administrativos, por razones de legalidad u oportunidad; y
- j) Resolver conflictos de competencias entre órganos inferiores, siempre que sea el superior jerárquico común respecto de ambos.

En el marco del concepto jerárquico el ordenamiento jurídico establece límites sobre el alcance de ese poder en ciertos casos; por ej, cuando el órgano inferior tiene atribuidas competencias con carácter exclusivo por el ordenamiento jurídico, y no compartidas por sus superiores.

Por ello, el criterio jerárquico es reemplazado en estos casos por el concepto de dirección entre órganos. En este criterio el órgano superior simplemente dirige, y no puede predeterminedar el contenido de las decisiones del órgano inferior a través de sus órdenes. El órgano superior puede controlar, sancionar, revisar y resolver los conflictos; pero no puede darle instrucciones particulares, o atraer ante sí el conocimiento y resolución de los asuntos del inferior. El poder de dirección supone que el órgano dirigente define los objetivos que debe alcanzar el órgano dirigido, y a su vez, conduce la actividad de éste por medio de directivas de carácter general.

El criterio de dirección es válido como excepción del postulado jerárquico; de modo que solo procede en esos casos, entre órganos con iguales competencias materiales, y ubicados en las mismas líneas ascendentes/descendentes de organización estatal.

### **Las técnicas de distribución de competencias. Desconcentración y descentralización.**

Existen dos modos de distribución de competencias que coinciden con el modelo estructural estatal de órganos y entes. La desconcentración es una herramienta de distribución de competencias estatales en órganos que integran el estado central; mientras que la descentralización es otro instrumento de traslado de competencias, pero no en órganos, sino en entes estatales que componen el estado descentralizado. En el primer caso el estado transfiere potestades en sujetos sin personalidad; y en el segundo hace eso mismo con sujetos con personalidad capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La desconcentración: Es un mecanismo de distribución de facultades en órganos inferiores y no en entes; su sentido es que las decisiones y la responsabilidad consecuente este centrado en los órganos inferiores. Sus características son las siguientes:

- 1) Su fuente es una norma de alcance general y no particular; esto es la Constitución, la ley o el reglamento;
- 2) El traslado es decisión del convencional, el legislador o el ejecutivo, pero en ningún caso del propio órgano;
- 3) Es un instrumento de traslado y reconocimiento de titularidades, y no simplemente de ejercicio de competencias;
- 4) Es un conjunto de competencias, y no competencias específicas o particulares;
- 5) Es de carácter permanente y no transitorio; y
- 6) Es posible dejar sin efecto el traslado de competencias por derogación o modificación de las normas atributivas de competencias, pero no por revocación del acto.

La descentralización: Es otro modo de distribución de competencias que reviste las mismas características que la desconcentración, pero con una distinción; la descentralización, por un lado, distribuye competencias y, por el otro, de modo inseparable reconoce personalidad jurídica sobre el ente estatal, creándose un vínculo más distante con el ejecutivo, de control y no jerárquico. Los entes descentralizados son personas jurídicas públicas estatales. Sus caracteres jurídicos más relevantes

son:

- a) Creación estatal por ley; así su existencia depende exclusivamente de un acto legal de reconocimiento;
- b) Personalidad jurídica; así los entes descentralizados pueden actuar por derecho propio y por sí mismo en sus relaciones jurídicas; y estar en juicio como actor o demandado, suscribir contratos y asumir responsabilidades;
- c) Asignación legal de recursos. El estado reconoce a los entes los recursos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos, en el momento de su creación o posteriormente;
- d) Patrimonio estatal. Las entidades descentralizadas son de propiedad del estado, en el sentido que éste puede suprimirlas y establecer el destino de sus fondos, disponiendo de ellos como propios;
- e) Gobierno, conducción y administración. Consiste en el reconocimiento de competencias específicas para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente en el cumplimiento de sus cometidos, intereses y fines; y
- f) Control estatal. Los entes están sometidos al control del ejecutivo, es decir del propio presidente o de un órgano jerárquico superior del estado central; y ello con un alcance limitado.

### **Las técnicas de redistribución de competencias. Delegación y avocación.**

*La delegación.* - Consiste en la transferencia de una competencia específica o puntual de un órgano en otro, y con carácter transitorio. El órgano no traslada la titularidad de sus potestades, sino su ejercicio. Es decir que el órgano delegante retiene su titularidad y consecuentemente es responsable por los actos que realice el órgano inferior en ejercicio de la competencia delegada.

Es el traslado de competencias desde un órgano superior hacia uno inferior en el marco de las estructuras jerárquicas.

El órgano delegante puede, en cualquier momento, reasumir las competencias desplazadas en el órgano inferior. En tal caso, el órgano delegante debe revocar el acto de traslado.

En el plano normativo la ley de procedimientos administrativos establece que, por principio, las delegaciones están prohibidas porque las competencias son improrrogables. Sin embargo el legislador aclaró que el traspaso, en términos de delegación, está permitido con carácter excepcional. Es posible delegar cuando este expresamente autorizado. Esto es, el ordenamiento jurídico permite que los órganos superiores deleguen en los inferiores sus competencias dictando el respectivo acto de traslado.

*La avocación.* - Es el conocimiento de un asunto, competencia del inferior, por parte del superior jerárquico, es decir, que el superior atrae ante sí un asunto que está sometido a examen y decisión del inferior. Aquí el superior se arroga el conocimiento de una competencia propia del inferior. La avocación solo procede cuando hay jerarquía entre los órganos.

Sus caracteres son:

- a) Es un medio de traslación del ejercicio de competencias;
- b) Es un medio de traslación de competencias específicas y no generales;
- c) Es de carácter transitorio y no permanente;
- d) Es hecha por medio de un acto de alcance particular y no general.

La ley de procedimientos administrativos dice que la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.

La ley menciona la sustitución, pero este mecanismo no es un instrumento de redistribución de competencias entre órganos administrativos, sino que se trata del reemplazo de un agente por otro en su carácter de titular de un órgano estatal. Por ej, el reemplazo de un agente por otro que ocupa otro lugar en el marco de la estructura estatal.

## **El análisis de los órganos constitucionales en particular.**

*El órgano Presidente.* - La CN de 1853/60 sólo establecía el órgano presidencial y el órgano ministerial. Según la CN las potestades del presidente podían clasificarse en los siguientes términos:

- a) Las potestades políticas y administrativas, esto es, jefatura de estado, administración pública, fuerzas armadas y Capital Federal;
- b) Las potestades legislativas, es decir, decretos reglamentarios, iniciativa legislativa, veto, promulgación y publicación de las leyes; y
- c) Las atribuciones casi judiciales, o sea indulto o conmutación de penas, y tribunales administrativos.

Por su parte, el órgano Ministro dependía del presidente y era responsable de los actos que legalizaba y solidariamente de los que acordaba con sus pares, pero no podía por sí solo, tomar resoluciones, con excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de su departamento.

El régimen de gobierno era considerado como un modelo hiperpresidencialista por sus excesos. Las características más importantes eran:

- 1) La concentración excesiva de facultades en el presidente.
- 2) La personalización del poder que consiste en la acumulación de facultades en un solo órgano de carácter unipersonal en el que se concentran, a su vez, las expectativas sociales, políticas y económicas del electorado.
- 3) El bloqueo entre los poderes políticos del estado. Los bloques parlamentarios privilegian la disciplina partidaria por sobre las decisiones individuales de cada legislador, constituyendo mayorías congeladas predeterminadas.
- 4) La dificultad para formar coaliciones. La formación de alianzas o coaliciones circunstanciales en los sistemas presidencialistas es dificultosa por la rigidez del mandato presidencial.

El sistema es además rígido porque el presidente tiene un mandato fijo y solo puede ser removido por un procedimiento formal complejo, el juicio político, que exige una mayoría especial en las cámaras del congreso para acusarlo y removerlo.

El aspecto más relevante que introdujo la reforma de 1994 fue la figura del Jefe de Gabinete, propio de los sistemas de gobierno parlamentario y cuasi parlamentarios, para atenuar la rigidez del modelo presidencial, y que comparte junto con el presidente las potestades propias del ejecutivo.

Tras la reforma, el presidente tiene atribuidas las siguientes funciones: 1) la jefatura de estado, y de las fuerzas armadas; 2) la jefatura de gobierno; 3) la responsabilidad política de la administración general del país; 4) el dictado de decretos reglamentarios, iniciativa legislativa, veto, promulgación y publicación de las leyes; 5) el dictado de decretos de necesidad y urgencia, y decretos delegados; 6) la designación y remoción del Jefe de Gabinete; 7) la delegación de facultades propias en el jefe de gabinete; etc. (art. 99).

El modelo institucional incorporado con la reforma de 1994 es un criterio de distribución de competencias entre el Presidente y Jefe de Gabinete con el objeto de descargar sobre éste mayores poderes para resolver los asuntos cotidianos y quizás menores.

*El órgano Jefe de Gabinete de Ministros.* - El sentido de la reforma de 1994 es limitar las potestades presidenciales, fortalecer el congreso y el poder judicial; pero además crear mecanismo institucionales, justamente el Jefe de Gabinete, capaces de resolver las crisis gubernamentales, y el bloqueo entre los poderes políticos.

El jefe de gabinete es nombrado por el presidente y removido por éste o por el congreso. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras. El jefe de gabinete también puede ser removido por el congreso mediante el proceso de juicio político, el cual procede sólo por las causales tasadas en el texto constitucional y se requiere una mayoría especial de dos tercios de los miembros

presentes; mientras que el voto de censura solo requiere el acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras.

Las funciones del jefe de gabinete pueden compilarse en administrativas, legislativas e institucionales:

- 1) Funciones administrativas: a) ejercer la administración general del país; b) hacer recaudar las rentas y ejecutar el presupuesto; c) preparar y convocar a las reuniones de gabinete; d) nombrar los empleados estatales; e) expedir los actos en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Funciones legislativas: a) expedir los reglamentos en el ejercicio de las facultades propias o aquellas que le delegue el presidente con refrendo del ministro del área; b) remitir el proyecto de ley de ministerios y presupuesto; c) refrendar los decretos reglamentarios; d) refrendar los decretos delegados; e) refrendar con los demás ministros los decretos de necesidad y los decretos sobre vetos parciales.
- 3) Funciones institucionales: a) concurrir al congreso y dar explicaciones; b) presentar informes y su memoria anual ante el congreso; c) ejercer otras facultades que delegue el presidente.

*La relación entre el presidente y el jefe de gabinete de ministros.* - El presidente no es el superior jerárquico sino que entre éste y el jefe de gabinete existe una relación de coordinación. Las razones para afirmar esto son: 1) por el sentido de la reforma constitucional de 1994; 2) por la incorporación por parte del convencional de la jefatura de gabinete como un instituto idóneo para resolver los conflictos institucionales; y ello solo es posible cuando el jefe de gabinete tiene poderes propios; 3) por las competencias que reconoce el texto constitucional en el órgano jefe de gabinete. Además, éste es responsable político ante el congreso por mandato constitucional.

Poder jerárquico del presidente en relación con el jefe de gabinete:

- a) Si bien el jefe de gabinete simplemente ejercer la administración pública y no su titularidad; el presidente es el responsable en términos políticos de la administración porque es el encargado de nombrar y remover al jefe de gabinete y no por existencia de un nexo jerárquico entre ambos.
- b) El hecho de que el presidente nombre o remueva al jefe de gabinete o traspase poderes en él, no supone que aquél ejerce poder jerárquico porque éste comprende otros aspectos sustanciales y relevantes en términos jurídicos.
- c) El dictado de decretos reglamentarios, las instrucciones del presidente en el marco de las reuniones de gabinete; y la supervisión de la recaudación de rentas y la ejecución del presupuesto son propiedades cercanas en relación con el poder jerárquico, pero de alcance específico.

Competencias de carácter compartido:

- 1) El jefe de gabinete es el responsable de la coordinación, preparación y convocatoria de las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolo en caso de ausencia del presidente y, a su vez, somete en acuerdo de gabinete las materias que indique el presidente o que considere necesario dentro del ámbito de sus competencias.
- 2) El jefe de gabinete debe recaudar las rentas de la nación y ejecutar la ley de presupuesto, bajo la supervisión del presidente.
- 3) El jefe de gabinete debe refrendar los decretos reglamentarios, delegados, de necesidad, veto y promulgación parcial, etc. En estos supuestos el jefe de gabinete debe simplemente refrendar los actos del presidente.
- 4) El jefe de gabinete es el responsable de enviar al congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del ejecutivo.
- 5) El jefe de gabinete ejerce las potestades delegadas por el presidente. El presidente debe intervenir mediante el dictado del respectivo acto estatal de traslado de las competencias legislativas en el jefe de gabinete, garantizando de ese modo su responsabilidad ante el congreso de la nación.

- 6) El jefe de gabinete debe efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.

### **Los entes descentralizados autárquicos.**

El concepto de autarquía comprende el poder del ente de administrarse a sí mismo, y el ente autónomo es aquel capaz de dictar sus propias normas e incluso elegir sus propias autoridades en ciertos casos. Estos institutos están asociados en términos históricos con la distribución de competencias estatales territoriales; así las provincias y municipios son entes autónomos, y los entes institucionales o funcionales son autárquicos.

(completar con lo que veamos en clase)

### **Los entes autónomos.**

La inclusión de los entes autónomos supone, en términos históricos, desapoderar facultades materialmente administrativas y legislativas del ejecutivo, pero también del poder legislativo con el objeto de crear un estado neutral, eficiente e independiente de los poderes políticos.

Los entes no son independientes de los poderes políticos, sino simplemente autónomos. El fundamento de su carácter autónomo es el principio de legalidad, pero junto con otros postulados propios y específicos, esto es, las reglas de participación y especialización del estado.

(completar con lo que veamos en clase)

*Los municipios.* - Antes de la reforma de 1994 los operadores discutían si los municipios eran entes autárquicos o autónomos. Luego, en la reforma se introduce expresamente el concepto de autonomía municipal en el art. 123. El municipio es autónomo en el sentido de que la CN reconoce ciertas competencias municipales, de modo que el municipio tiene más o menos competencias, pero en ningún caso menos que aquellas que reconoció el propio convencional nacional. El municipio no solo tiene los poderes transferidos por las provincias, por medio de sus constituciones o leyes orgánicas, sino además los poderes que el convencional prevé en el art. 123 y que las provincias no pueden, en ninguna caso, desconocer.

El concepto comprensivo del poder de gobierno de sus asuntos y disposición irrestricto de los recursos municipales por el propio municipio; y, además, en caso de dudas, la balanza debe inclinarse para el lado del municipio.

*Las universidades públicas.* - El texto constitucional dice que el congreso debe sancionar las leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, aseguren la responsabilidad del estado, la participación de la familia y de la sociedad; promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades; y garanticen los principios de gratuidad y equidad.

Las universidades pueden entre otras competencias: a) dictar y reformar sus estatutos; b) definir sus órganos de gobierno y elegir sus autoridades; c) administrar sus bienes y recursos; d) crear carreras universitarias de grado y de postgrado; e) formular y desarrollar planes de estudio; f) otorgar grados académicos y títulos; g) establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente; h) establecer el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes.

Las universidades son entes autónomos y, en consecuencia:

- 1) Contra los actos de éstas no procede el recurso de alzada ante el ministro de educación; y
- 2) El conflicto entre el ejecutivo y las universidades no es un caso administrativo, sino judicial.

El criterio autonómico respecto de las universidades comprende la libertad académica, es decir, la libre organización y elección de sus autoridades; la libertad de cátedra, esto es, la libre expresión de las ideas y crítica del conocimiento; los principios de educación gratuita y equitativa; y el respecto por



los valores democráticos.

A su vez, las universidades son autónomas porque ejercen poder reglamentario, tal es el caso de los estatutos universitarios. Es decir, las universidades tienen un campo normativo de nivel reglamentario exclusivo y excluyente del ejecutivo.

## **EL RÉGIMEN DEL EMPLEO PÚBLICO (BOLILLA 7)**

Hay que distinguir entre 2 planos:

1-Las relaciones entre el Estado y los terceros: En este marco el Estado y el Agente constituyen un mismo sujeto, salvo en el campo de la responsabilidad civil o penal del propio agente respecto de los terceros; y

2- Las relaciones entre el Estado y el Agente: Aquí, el Agente es un tercero respecto del Estado.

Los Agentes son, entonces, las personas físicas de que se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines y, consecuentemente, sus conductas, en el marco del ejercicio de sus funciones, constituyen actuaciones del propio estado.

La relación entre el Estado y los Agentes es claramente contractual, porque es esencial y necesario el consentimiento de agente con el propósito de perfeccionar el vínculo. Así, el ingreso en el cargo exige, y de modo inexcusable, voluntad y acuerdo entre partes. Por ende, puede afirmarse que la relación de función o de empleo público es de naturaleza contractual, pero no configura un contrato de derecho privado.

### **El régimen marco:**

El régimen básico, es la ley marco e regulación del empleo público nacional (ley 25.164) que establece los derechos, garantías y deberes de los trabajadores.

El marco de aplicación de la ley: comprende al personal que presta servicios en el P.E, es decir, la administración central y descentralizada. Están excluidos el Jefe de Gabinete, ministros, secretarios, subsecretarios, personal militar y de las fuerzas policiales y de seguridad, personal diplomático, etc. El Estado dicto la ley 24.185 sobre el régimen de Convenciones Colectivas de trabajo en el sector público Nacional, sin perjuicio de que las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden luego adherirse. En ningún caso, los convenios pueden desplazar los derechos y garantías que establece la ley marco. En el año 1999 se firmó el primer convenio colectivo de trabajo entre el Estado y uno de los sindicatos más importantes del sector público (UPCN).

Por otro lado, la ley sobre el marco de regulación establece que el personal del poder legislativo y del poder judicial está excluido de su ámbito de aplicación ya que se rige por respectivos ordenamientos especiales.

Los requisitos para ingresar en el Estado son: ser argentino; reunir condiciones de conducta e idoneidad, y aptitud psicofísica.

La ley también establece los **derechos de los agentes**, entre ellos, estabilidad, retribución justa, igualdad de oportunidades en el desarrollo de su carrera, capacitación permanente, licencias, renuncia, etc. Esta estabilidad de la que gozan los agentes cabe señalar que comprende al empleo en si mismo, el nivel y grado, pero no las funciones; ejemplo, las funciones de conducción. El Agente adquiere estabilidad cuando: a) transcurre un periodo de 12 meses desde su incorporación; b) aprueba las evaluaciones periódicas; c) obtiene el certificado de aptitud psicofísica; d) es ratificado por acto expreso emanado por autoridad competente. Agreguemos que el agente puede ser despedido sin más, durante el periodo en que no goza de estabilidad, es decir, 12 meses desde el acto de su designación. En "Sones, Raúl Eduardo c/Administración Nacional de Aduanas", el tribunal considero que le derecho de estabilidad en el marco del empleo público no es absoluto, sino que debe ejercerse de conformidad con las leyes que lo reglamentan.

Por su parte, los **deberes de los Agentes** son: entre otros, prestar el servicio personalmente, observar las normas, obedecer toda norma del superior, observar el deber de fidelidad, excusarse en casos de parcialidad, cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias.

En cuanto al Régimen Legal Disciplinario, dice la ley que: a) el derecho administrativo debe garantizar el derecho de defensa; b) el agente no puede ser sancionado, más de una vez, por el mismo hecho; c) la sanción debe graduarse, según la gravedad del hecho y los antecedentes de agente; d) la

sustanciación de los sumarios es independiente del proceso penal; sin perjuicio de que, si en el marco de la sentencia penal surge la configuración de una causal más grave, el Estado puede sustituir la sanción administrativa por otra más grave; e) la imposición de las sanciones menores, tales como el apercibimiento o suspensión de hasta 5 días; y sanciones por hechos materialmente claros, como por caso, el incumplimiento del horario, no requiere instrucción de sumario; f) los plazos de prescripción son de 6 meses a 2 años, según el hecho de que se trate, y se computara a partir del momento de su comisión.; g) el plazo para la resolución del sumario es fijado por la vía reglamentaria, pero no puede exceder el término de 6 meses, contados desde la comisión del hecho.

Finalmente las sanciones disciplinarias pueden ser recurridas por las vías administrativas ordinarias, y una vez agotadas ir ante el juez; o recurrir directamente ante la Cámara de Apelaciones en el término de 90 días desde la notificación de la sanción.

Los empleados públicos son representados en el marco, de las negociaciones colectivas por las asociaciones sindicales, uniones o federaciones, con personería gremial y con ámbito de actuación nacional. Por su parte el Estado es representado por el ministro de Economía y el secretario de la función pública, o sus respectivos representantes con jerarquía no inferior a subsecretario. Las negociaciones pueden ser de carácter general o sectorial.

- ¿Cómo se inicia el proceso de negociación? Comienza por pedido de partes, debiendo indicar las razones y las materias objeto de negociación. El pedido de negociación debe ser notificado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que debe constituir una comisión que lleve adelante las negociaciones entre las partes. Si hubiese acuerdo, las partes pueden firmar el convenio colectivo. Si no hubiese acuerdo, entonces, las partes deben ponerlo en conocimiento del Ministerio de Trabajo con el objeto de iniciar el trámite de conciliación obligatoria. Como se ve, hay un sector importante del Estado, centralizado y descentralizado, que se rige por la ley de contrato de trabajo (20.744). Por ejemplo, en el caso de los entes reguladores del servicio de agua y la electricidad, y según los marcos legales respectivos, su personal debe regirse por la LCT.

### **El Derecho a la estabilidad:**

El Estado debe preservar los cuadros de administración por su propio interés, como instrumento de ejecución de sus políticas; y más allá de los programas coyunturales. Ese propósito es posible de lograr a través del reconocimiento del derecho de estabilidad de los agentes públicos; es decir, en principio, el Estado no puede despedirlos, y estos conservan sus empleos. La CN en su reforma de 1957 incorporó el Art. 14bis que consagra, entre otros derechos, el de estabilidad del empleado público. En realidad, el derecho a la estabilidad de los agentes es relativo excluyéndose, en parte, el desempeño de funciones de carácter ejecutivo; y, en todo, cuando el Estado suprime cargos y funciones. Ha dicho la Corte, que el Art. 14 bis de la CN "reconoce la estabilidad del empleado público, pero ese derecho no es absoluto, sino que debe ejercerse de conformidad con las leyes que lo reglamentan y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la misma Constitución". Sin embargo hay ciertos agentes públicos que no gozan de ese derecho. Es básicamente, el caso del personal vinculado por medio de contratos de trabajo o locación de servicios. Estos pueden ser despedidos por el Estado empleador, respetándose solo, en principio, el plazo del contrato.

### **Relación entre Derecho Laboral y Derecho Administrativo**

Los regímenes normativos sobre el empleo estatal, múltiples y complejos, están alcanzados por las aguas del derecho administrativo en ciertos casos y por el derecho laboral en otros; mezclándose muchas veces de un modo quizás desordenado.

Por un lado, los operadores usan principios y reglas propias del derecho laboral en el campo público; y, en especial, por el otro, el legislador, en ciertos casos, aplicable bloque propio y específico del derecho laboral. En otros casos, el derecho laboral no excluye al derecho administrativo sino que el régimen aplicable es mezcla de ambos. En conclusión, creemos que la relación entre derecho laboral y el administrativo en el marco del empleo público es de coexistencia e integración entre ambos, más que de exclusión de uno respecto de otro.

### **Responsabilidad de los Agentes Públicos:**

Cumplen con un papel bisonte, es decir, como parte del propio Estado y, consecuentemente,

integrándose y confundiéndose uno con el otro sin distinciones; y, por el otro, el agente plantándose en sí mismo y enfrente del Estado.

En el ámbito de la Resp Penal el Agente es resp por sí mismo, y personalmente, respecto de terceros y del propio Estado. Ósea, el Estado no es responsable en términos penales. El único responsable será el Agente por los delitos que cometa en el ejercicio de su cargo contra el Estado, o en relación con otros bienes jurídicos protegidos por el legislador.

En el ámbito de la Resp Administrativa, es semejante al ámbito penal en tanto es un caso exclusivo de responsabilidad personal del agente, y no del Estado. Sin embargo, en este terreno el agente solo es responsable respecto del Estado y no de terceros, porque el objeto protegido es el interés del propio Estado, y no el interés colectivo u otros intereses públicos o privados.

En el ámbito Civil, es más complejo. Por un lado, el responsable es el Estado y el Agente. Por el otro, el agente es responsable, según el caso, delante del Estado y de terceros. Cabe distinguir:

-Resp Civil, respecto de terceros:

1.1-El agente que actúa en ejercicio o en ocasión de sus funciones y en termino aparentes. En tal caso el agente no es responsable ante terceros, porque es simplemente un órgano estatal mezclando su voluntad con el Estado.

1.2-El agente que no actúa en ejercicio aparente de sus funciones. Entonces, el agente es responsable directamente ante terceros, igual que cualquier otro sujeto.

-Rep Civil del Agente frente al Estado por daños causados respecto de terceros:

Es decir, el Estado es quien debe responder ante los otros, sin perjuicio de que intente luego, hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de sus agentes.

-Resp Civil del agente respecto del Estado por daños causados directamente sobre ese.

## EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (BOLILLA 8)

**El modelo de control estatal básico sobre los aspectos legales, económicos, financieros y de gestión del estado. El control interno y externo. AGN y SIGEN.**

**El control externo:** Dos modelos de control, uno de origen europeo y otro anglosajón. El primero es el modelo de los tribunales de cuentas que rige actualmente en muchas de nuestras provincias y estuvo vigente en el ámbito federal hasta 1991. Características: Era un órgano de control externo en relación con el sujeto controlado porque dependía del Congreso y no del ejecutivo, ejerció funciones de control y jurisdiccionales por el otro. El tribunal debía controlar al ejecutivo centralizado y descentralizado, así como debía ejercer un control previo y posterior sobre los actos estatales de disposición de recursos públicos. El control previo era de carácter obligatorio. El tipo de control era básicamente de legalidad y era un control integral; en último lugar, el Tribunal de Cuentas tenía legitimación procesal para iniciar los juicios ejecutivos contra los agentes responsables por los perjuicios económicos causados por éstos sobre el Estado.

El segundo control, es **la Auditoría**, que fue incorporada en la CN en 1994.

Características:

A) Conforme a lo dispuesto por el art. 85 CN y la ley 24.156, el colegio de auditores está compuesto, del siguiente modo: i) el presidente designado a propuesta del principal partido de la oposición; ii) cuatro auditores por el partido mayoritario que, comúnmente es el partido político del presidente siempre que éste tenga mayoría de legisladores y iii) dos auditores del partido que sigue en número de representantes en ambas cámaras del Congreso. En cuanto al procedimiento de remoción, éste es igual que el trámite de designación de los auditores, es decir, con intervención de las Cámaras del Congreso.

B) La Auditoría es un órgano externo del poder ejecutivo porque depende del Congreso

C) Respecto de sus funciones, la CN establece que el órgano de control externo sólo ejerce funciones de fiscalización; pero en ningún caso facultades jurisdiccionales. Cuando la auditoría advierte un presunto perjuicio económico debe comunicarlo a la Sindicatura General, con el objeto de sustanciar el procedimiento sumarial con carácter previo al inicio de las acciones judiciales de contenido patrimonial. En su caso, es el procurador del Tesoro de la Nación el que debe iniciar las acciones

judiciales con el propósito de resarcir el daño patrimonial.

D) Los órganos sujetos a control de la AGN son los sptes: la administración central, los organismos descentralizados, las empresas y sociedades del Estado, etc.

E) La Auditoría ejerce un control externo posterior, y no previo o concomitante; como sí ocurre en el caso de los tribunales de cuentas.

F) El tipo de control que ejerce la AGN es de legalidad, y también de gestión. El control de legalidad consiste básicamente en constatar si el acto o contrato cumple con el bloque normativo vigente; y, por su parte el control de gestión comprende los aspectos de eficacia y economía del gasto estatal. Es decir, el acto puede ser legal, pero ineficaz, ineficiente o antieconómico.

G) El control de la AGN no es completo; es decir, no comprende todos los actos estatales, sino simplemente los actos comprendidos en su plan de acción anual. El control actual es selectivo, en tanto el régimen anterior era integral.

H) la AGN no tiene legitimación procesal, de modo que en caso de que el cuerpo de auditores constate un posible perjuicio patrimonial, debe hacerlo saber a la Sindicatura General, y en su caso, al procurador del Tesoro.

### Aspectos puntuales de la AGN

El plan de acción de la AGN: La ley que regula esta institución (24156) señala que la AGN debe cumplir con un plan de acción anual que prevé puntualmente qué controlar, cómo controlar y cuándo controlar. Así, debe cumplir y ejecutar ese programa, por eso el aspecto más relevante es quien fija el plan. Quien fija el plan son comisiones parte del Congreso y están integradas por diputados y senadores, respetándose en su composición la representación de los partidos políticos.

El control: Este organismo goza de autonomía funcional; y la ley dice que “el ente creado es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional. A los fines de asegurar ésta cuenta con independencia funcional” Sin perjuicio de ello, el propio legislador dispuso que el Congreso y su comisión parlamentaria mixta revisora de cuentas debe controlar a la AGN.

La potestad reglamentaria de la AGN: Los reglamentos de la Auditoría son dictados por resolución conjunta de las comisiones parlamentarias antes mencionadas y no por el propio ente. Cualquier modificación posterior de tales reglamentos debe ser propuesta por la AGN pero aprobadas por las comisiones del Congreso.

El carácter autónomo de la AGN: La CN en su art. 85 resalta la autonomía de la AGN, no obstante el grado de autonomía de la AGN es mínimo y por lo tanto no cumple con el estándar constitucional que garantiza el criterio de autonomía funcional. Es mínimo porque 1) la composición del cuerpo es (salvo excepciones) del mismo color político que el Presidente de la Nación y, a su vez, si bien el presidente de la AGN es propuesto por el principal partido de la oposición, la ley no le atribuye facultades relevantes, de modo que es un auditor más entre sus pares; 2) el plan de acción es aprobado por el Congreso y no por el propio ente; 3) la AGN no tiene garantizado un presupuesto propio necesario para el cumplimiento de los cometidos constitucionales; 4) la ley 24156 no le reconoce facultades reglamentarias.

### **El control interno. La Sindicatura General de la Nación (SIGEN)**

El legislador creó la SIGEN como órgano de control interno del ejecutivo, dependiente del Presidente de la Nación. (nota: la AGN depende del Congreso). Entonces, el sistema de control interno está integrado por un lado por la SIGEN (órgano normativo de supervisión y coordinación) y por el otro, por las unidades de Auditoría interna creadas en cada jurisdicción. Quizá la característica más peculiar del actual sistema es que las unidades dependen jerárquicamente del órgano superior de cada organismo y, a su vez, están coordinadas técnicamente por la SIGEN. Cabe agregar que el control interno es un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades.

Entre las funciones de la SIGEN están: a) dictar y aplicar las normas de control interno que deben ser coordinadas con la AGN; b) supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de Auditoría interna; f) asesorar al PE; g) poner en conocimiento del presidente los actos que causen o pudieren causar perjuicios importantes al patrimonio público.

Asimismo la Sindicatura debe informar, al Presidente sobre la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia; a la AGN sobre la gestión cumplida

por los entes bajo fiscalización de la SIGEN, sin perjuicio de atender consultas y requerimientos específicos, formulados por el órgano externo de control: y a la opinión pública, en forma periódica sobre su gestión. La estructura de la SIGEN es la sgte: un síndico gral de la Nación designado por el presidente y que depende directamente de éste (como secretario de estado) y tres síndicos generales adjuntos, quienes sustituirán a aquél en caso de ausencia, licencia o impedimento. Son funciones del síndico gral de la Nación: representar legalmente a la SIGEN, organizar y reglamentar el funcionamiento interno de la Sindicatura, designar personal, informar a la AGN de actos o conductas que impliquen irregularidades, de las que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones, etc.

### **LA ACTIVIDAD ESTATAL DE INTERVENCIÓN (BOLILLA 10)**

Históricamente el estado uso ciertos institutos de intervención en la sociedad como el poder de policía, servicio público y fomento. En términos jurídicos dogmáticos clásicos este es el poder de regulación estatal.

El poder de policía es la potestad de regulación estatal, mayor o menor, según el modelo y las circunstancias sociales, políticas y económicas, es decir, poder de comprensión de los derechos. De esa forma el punto más controvertido sea quizás el equilibrio entre ese poder, por un lado, y el deber estatal de no interferir en el espacio autónomo de las personas, por el otro. Es obvio según el criterio del autor que el estado debe intervenir mediante la regulación de los derechos con el propósito de satisfacer otros derechos, y resolver así los conflictos entre derechos. La intervención estatal restringe ciertos derechos y a su vez, reconoce, protege y garantiza otros, de modo que el poder de regulación limita unos y extiende otros derechos.

Esto está vinculado con las prestaciones de contenido positivo del estado, el estado regula (poder de policía) y además realiza prestaciones para que cada persona elija su propio plan de vida.

El estado sigue el interés colectivo o también llamado interés público. ¿Qué es el interés colectivo? Es aquel que satisface derechos individuales, sociales y colectivos y digámoslo claramente, no existe otra razón de ser del estado, es decir, este solo debe intervenir, regular, limitar y hacer con el objeto de garantizar el ejercicio cierto de esos derechos. Así este ejerce sus prerrogativas con el objeto de satisfacer derechos individuales, sociales y colectivos y consecuentemente, puede y debe, en ciertos casos, restringir derechos porque ese es el único camino para reconocer otros derechos.

¿En qué consiste el balance entre derechos? El estado debe, en primer lugar, compatibilizar los derechos en crisis. En segundo lugar, debe intentar compensar unos derechos con otros y en tercer lugar si no es posible otra solución, debe optar básicamente por alguno de ellos. Se deben restringir los derechos de los otros para que garantizar aunque así no parezca el ejercicio de los derechos de cada uno.

El poder de regulación es claramente legislativo entendiéndolo como poder estatal de limitación de los derechos de las personas. Básicamente las materias reguladas al legislador son la regulación y limitación de los derechos. En la CN se establece un reparto de competencias entre el estado provincial y el nacional. En caso de conflicto entre el poder provincial y federal prevalece el federal aunque se ha visto que la CSJN ha tratado de hacer compatible y salvar las diferencias entre ambos regímenes.

Las potestades concurrentes (Art. 75 Inc. 18 y 19), es decir que pueden ser ejercidas por las provincias, aunque el estado puede interferir por sobre estas.

Las potestades exclusivas (Art. 75 Inc. 12) En este sentido la corte ha dicho que las leyes provinciales de policía no pueden modificar los códigos de fondo.

De esta forma entendemos que el Estado puede regular cualquier derecho. Este criterio de mayor o menor regulación y restricción sobre el ámbito de los derechos debe ser matizado en casos extremos: A). en uno de los extremos del péndulo el poder de regulación es mínimo (dcho. a la vida, es obvio que no se puede regular en contra de este dcho.). B). en este el poder es absoluto, esto es un grado de comprensión casi total sobre el derecho (dcho. de propiedad).

Así vemos que en los casos de derechos del tipo B, es posible mayor comprensión y restricción, inclusive llevándolo a casos extremos como la expropiación, es decir, pasamos un límite de menor hacia un límite mayor y extremo.

#### Cuáles son los límites del poder estatal de regulación:

1. El criterio de RAZON que prevé el Art 28 CN. La conexión en término de causalidad entre los medios y los fines estatales (concepto de proporcionalidad). Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, es decir cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad.
2. el núcleo del derecho objeto de reglamentación debe ser respetado. Es posible que el medio y el fin de las decisiones estatales guarde relación de causalidad, e incluso proporción, pero además, el estado debe respetar el contenido de ese derecho, no pudiendo alterarlo o destruirlo.
3. el ppio. de igualdad, esto es, igualdad en iguales condiciones, de modo que, si existe un trato diferente, el estándar de distinción entre unos y otros debe ser razonable.
4. en caso de dudas, debe estarse por el criterio interpretativo más favorable respecto del campo autónomo de las personas Art. 19 CN. El estado debe optar por la solución menos gravosa respecto de los derechos, y dentro claro del abanico de las opciones posibles.

#### Las regulaciones, prohibiciones temporales y reducciones materiales:

Podemos resumir a los medios estatales de regulación en términos de acortamiento de derechos de la siguiente manera: a). limitaciones absolutas (prohibiciones temporales), y b). Limitaciones relativas respecto del contenido del derecho. Es decir, y como es obvio, las regulaciones imponen ciertos deberes o cargas en el ámbito de los derechos y su objeto consiste básicamente en obligaciones de hacer y no hacer y, excepcionalmente, de dejar hacer. Básicamente inspecciones, ordenes, sanciones y excepcionalmente, el uso de la fuerza.

#### Las restricciones sobre la propiedad privada:

- el estado puede reglamentar los derechos, es decir, limitar su ejercicio, pero no puede alterar su contenido
- si el estado so pretexto de reglamentación de los derechos altera su contenido, entonces, el acto es de inconstitucional
- en el caso específico del derecho de propiedad, el estado puede alterarlos pero debe indemnizar al titular.

Las limitaciones sobre el derecho de propiedad constituyen el género, esto es “el conjunto de medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público general”. Así tenemos en este género a las restricciones, las servidumbres y las expropiaciones.

Las restricciones son, limitaciones creadas por el estado sobre el derecho de propiedad por razones de interés colectivo y que recaen sobre el carácter absoluto de este, es decir, el campo y alcance material del derecho. Obligaciones o cargas impuestas sobre el propietario y cuyo contenido es hacer, no hacer o dejar hacer.

La restricción no es estrictamente un sacrificio para el propietario ya que se trata de límites mínimos en razón del reconocimiento y protección del derecho de los otros. En tal sentido tratándose de límites mínimos que no alteran el derecho, no es razonable indemnizar.

Las servidumbres, la ocupación temporánea y la expropiación recaen sobre el carácter exclusivo o perpetuo del dominio, respectivamente. Agreguemos que cuando las limitaciones recaen sobre el campo de la exclusividad o perpetuidad del derecho de propiedad, entonces, existe alteración y consecuentemente, el Estado debe indemnizar, es decir sustituir el contenido original de aquel reparo económico.

La servidumbre es un derecho real constituido por el estado a favor de terceros por razones de interés público sobre un bien, inmueble o no, del dominio privado o público. Produce un quiebre en el derecho porque este es repartido y luego compartido entre el titular y los terceros. El propietario del bien sigue siendo su titular, sin perjuicio de que deba compartirlo con los demás. Otro carácter propio de la servidumbre es la creación de derechos a favor de terceros. Así la servidumbre por un lado restringe derechos, imponiendo un conjunto de obligaciones de hacer, no hacer o dejar hacer y por el otro crea un derecho en el ámbito de otro sujeto. El titular del bien gravado tiene derecho a ser indemnizado por el daño emergente y no así por el lucro cesante. Los casos más típicos de servidumbre son el camino de sirga, electroducto, acueducto, minería, fronteras y monumentos y documentos históricos, entre otros.

#### La ocupación temporaria:

Según ley 21.499, esta se da cuando el estado ordena el uso transitorio de un bien o cosa determinado, mueble o inmueble, o de una universalidad de ellos, por razones de utilidad pública, trátase de una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita o simplemente una necesidad normal, no inminente.

Debe distinguirse entre el hecho anormal y el normal que sirve de sustento a la ocupación ya que tiene consecuencias jurídicas sobre 2 aspectos A). La autoridad competente y B). El derecho de indemnización.

En la ocupación anormal, puede ser ordenada directamente por la autoridad administrativa, y el titular no tiene derecho de indemnización, salvo los daños causados sobre el bien.

En la ocupación por razones normales, es el legislador quien debe declarar su utilidad y seguirse el trámite del avenimiento entre las partes o, en caso contrario, ir por el camino judicial. El titular del bien tiene derecho de indemnización y este comprende los siguientes rubros: el valor del uso, los daños y perjuicios ocasionados sobre el bien, y en su caso el valor de los materiales extraídos de modo necesario e indispensable en ocasión de la ocupación.

Recordemos que la ocupación no puede durar más de 2 años. Si se extiende más allá de este término, el propietario, entonces puede intimar el reintegro del bien y luego de transcurridos treinta días sin devolución de aquel, puede iniciar la acción de expropiación irregular contra el estado.

#### **El poder de policía en situaciones de emergencia:**

La doctrina coincidió en que la emergencia se caracteriza básicamente por una situación, una circunstancia o un hecho de gravedad tal que impone la necesidad de que el estado de una solución inmediata ante la crisis. Así por ejemplo, definimos el estado de necesidad como una cuestión de hecho que debe manifestarse en forma súbita y aguda.

La corte entiende que ante situaciones de crisis económicas, sociales, o políticas de gravedad y peligro para el país, el estado puede aplicar un derecho excepcional que comprende un conjunto de herramientas jurídicas excepcionales, con el objeto de asegurar la defensa de la comunidad.