

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Introducción al Derecho / Graciela Gianettasio de Saiegh ... [et. al.]. - 1a. ed. - Florencio Varela : Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2012.

336 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-27924-2-8

1. Derecho. 2. Enseñanza Superior. I. Gianettasio de Saiegh, Graciela. II. Título
CDD 340.711

Fecha de catalogación: 06/08/2012

Universidad Nacional Arturo Jauretche
Rector Organizador: **Lic. Ernesto Villanueva**

Director Inst. de Ciencias Sociales y Administración: Dr. Fernando Jaime
Director Editorial: Lic. Alejandro Mezzadri

Introducción al Derecho
Diseño interior: Leandro Eloy Capdepón - María Sofía Guilera
Diseño de tapa: Cristina Amado

Realización Editorial:
Universidad Nacional Arturo Jauretche
Av. San Martín 2002 - Florencio Varela
Tel.: 011 5087 9301

Impreso en la Argentina

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopias u otro medios, sin el permiso previo del editor.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

**INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y ADMINISTRACIÓN
UNIVERSIDAD NACIONAL ARTURO JAURETCHE**

AUTORES:

**GRACIELA GIANNETTASIO DE SAIEGH, LUIS RATTO, KARINA PRIETO,
NICOLÁS CARLOS SOMMARUGA, BUSTOS RIVAS, BEATRIZ DOMINGORENA,
FERNANDO CARLOS FUX, MARÍA LÍA DA COSTA FONTAO, JAVIER
KRENTZ MILLER, MARISA SPINA E INGRID JORGENSEN**



PRESENTACIÓN

Este manual de Introducción al Derecho, dirigido a los alumnos de la Universidad Nacional Arturo Jauretche, es una obra colectiva que reúne abogadas y abogados que componen la cátedra, que aportan sus conocimientos para que junto a sus alumnos logren ponderar nuestra vida en sociedad, en libertad y con justicia.

No pretende constituir una visión única de este primer encuentro con la Ciencia del Derecho, si no aportar una guía de estudio y trabajo como así también una herramienta para buscar libremente otras miradas sobre los temas propuestos.

Esta materia común a diversas disciplinas, deberá sentar bases para resolver sin tensiones el conflicto entre autoridad y libertad, que permitan al alumno enriquecer sus conocimientos y de ese modo seguir construyendo este Estado de Derecho de manera permanente, para ellos y todos aquellos anónimos con quienes comparten su vida, sueños y trabajo.

CAPÍTULO I: *El concepto del derecho: Qué es el Derecho**Dra. Beatriz Domingorena***INTRODUCCIÓN**

Una primera cuestión es si el Derecho consiste o no en reglas generales. La formulación de la pregunta es falsa. Son las tres etapas del pensamiento universal que enseña Vilanova: primero, Aristóteles y su supuesto de que hay posibilidad de hallarse ante la naturaleza o esencia de las cosas (qué es la justicia, la verdad, la belleza, el hombre) y a partir de allí deducir su aplicación al caso particular (método axiomático-deductivo, o apodíctico-deductivo, o conceptual deductivo, etc.); segundo, el empirismo (Locke, Hume, etc.), que se da a través de la repetición de una solución individual en muchos casos concretos que se puede inducir a la regla general, para luego deducir su aplicación al caso particular: así Bielsa decía que el Derecho administrativo tenía el método, no se pretenda hallar la certeza de la verdadera solución indiscutible de un caso de derecho: los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia (Popper). No hay reglas, hay casos individuales y concretos; como dice García de Enterría y le siguen aquí este autor y otros. La ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares. Funciona con hipótesis o conjeturas a partir de grandes principios o valores, no como deducción a partir de reglas. Las reglas hay que conocerlas y estudiarlas, pues sistematizan y ordenan la mente; pero no basta con la elaboración de un juicio, establecer como el Derecho es y debe ser aplicado. El tercer gran momento del pensamiento universal según Vilanova se inicia con Popper y es el actual, no sería acertado llamarlo, como algunos lo hacen, método hipotético deductivo, porque la hipótesis es siempre singular en el caso del derecho y no existe lugar a deducción alguna a partir de ella. Hay que aprender a

convivir con la incertidumbre creadora, con la angustia de buscar siempre una solución más justa o mejor, que será a su vez constantemente provisional. Recuerda Cardozo que en sus primeros años buscaba la certeza. “Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil, pero con el tiempo me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente, no hay reglas, hay casos (...)”. Dicho de otra manera, la única regla es que no hay ninguna regla, o como dice el mismo Cardozo, después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados, esto es, grandes principios. Son los hechos, a la luz de los grandes juicios de valor del derecho, los que dan la solución del caso.

Hechos, valoración, normas, son las tres etapas metodológicas del análisis jurídico. El método en ningún caso anterior soluciona el siguiente; no solo porque la corroboración no es un valor veritativo, sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso. Principios y valores, no conceptos. Jhering ataca diversas complejidades de la jurisprudencia de conceptos de los romanistas de su época (Savigny, Puchta y otros) y les imputa no adecuarse a la realidad: prevalecen en ella los conceptos por sobre los hechos. No se trata de negar la existencia y vigencia de principios o estándares de derecho, al contrario; pero ellos nada tienen que ver con la construcción del derecho a base de conceptos, en un caso de derecho: hechos, valoración, normas. Se los critica en tanto se pretenda que son como supuestas reglas generales de las cuales se pueda luego deducir axiomáticamente consecuencias jurídicas. Se trabaja, en cambio, al analizar los hechos de cada caso, con una orientación axiológica e interpretativa, con los grandes principios del derecho. El más importante es el debido proceso legal y su parte sustantiva o garantía de razonabilidad. También se lo enuncia como justicia y equidad, no como valores sublegales sino supralegales. Tratados interamericanos modernos agregan la eficacia y eficiencia y reiteran la equidad. A todos ellos cabe agregar un plexo de principios de origen antiguo pero en constante reelaboración: imparcialidad, audiencia previa, desviación de poder, discrecionalidad cero o única solución justa, seguridad jurídica.

Se les puede agregar, emparentados con el principio de la mala praxis, el deber de actuar con diligencia, prudencia, cuidado, eficiencia, etc., en el obrar normal de una persona respecto a otras, en el cumplimiento de una obligación debida a ellas. La razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., en las distintas terminologías de los distintos derechos, son principios universales

y antiguos. Entre sus múltiples aplicaciones encontramos, en derecho penal, todo el desarrollo sobre el exceso en la legítima defensa. La razonabilidad aparece igualmente en derecho civil, comercial, internacional, el principio general de la buena fe en el Derecho administrativo, Son todos verdaderos principios generales del derecho, de validez universal. El conocimiento del derecho, una antigua máxima del Derecho romano se ha ido deformando con los siglos. Se trata de que nadie puede alegar su ignorancia del Derecho para excusarse de haberlo incumplido. Ello es clarísimo cuando se trata del deber de obrar de buena fe, no engañar a otro, no dañar a nadie, no abusar del propio derecho, actuar coherentemente, cumplir con la palabra, no autocontradecirse, estar obligado por los propios actos, no incurrir en mala praxis, actuar con prudencia, con razonabilidad, con proporcionalidad, no actuar desviadamente, ser un buen padre de familia, vivir honestamente, cumplir las reglas del mercado, ser justo, oír al otro antes de resolver, etc. Sin embargo, con el correr de los siglos han aumentado bastante los principios pero lo han hecho de manera exponencial las normas, sobre todo de carácter administrativo. Ellas contradicen a veces los principios rectores del orden jurídico. En casos extremos es imposible cumplirlas pues así están diseñadas. Quedan en el limbo millones de normas que no están teñidas de antijuridicidad o irrealidad manifiesta y que carecen de relación, salvo absurdidad, con los grandes principios jurídicos: cuál formulario presentar, cómo llenarlo, cuántas copias hacer, qué fotocopias agregar, cómo autenticar la firma, etc. Pero pareciera que la ignorancia de cómo llenar un formulario adecuadamente no puede ser juzgada con la misma vara que el actuar doloso o malicioso que perjudica a otro, incluso más si es específicamente por venganza o simple malignidad y no por descuido o desconocimiento. Toca pues al intérprete realizar una ponderación en el caso, que no reduzca al absurdo este irreal dogma del conocimiento de todas las normas legales o reglamentarias y revalorice en cambio el necesario conocimiento y respeto, la plena vigencia efectiva de los grandes principios del Derecho. La solución debe necesariamente ser justa y, en esa búsqueda, es posible que haya algún caso en que quepa excusar la ignorancia. Es importante destacar que no se trata de cambiar la regla por otra opuesta que sería además de absurda, extremadamente nociva e injusta. Se trata de lograr la ponderación caso por caso. Esa es la tarea del intérprete. Como tampoco se puede excusar el cumplimiento de la norma gravemente injusta.

Debido proceso legal y Derecho soviético. Derecho natural

La fuerza de estos principios, y en particular del debido proceso legal con todo lo que ello implica (razonabilidad, proporcionalidad, fairness, etc.), se destaca con

una frase del Juez Jackson, en la Corte Suprema de Estados Unidos, en plena guerra fría (1952). Dijo Jackson que si tuviera que elegir entre las leyes del *Common Law* aplicadas por procedimientos soviéticos, o leyes soviéticas aplicadas por el *Due Process of Law*, no dudaría en elegir lo segundo. Wade recuerda y enfatiza esta cita, pues ella muestra que lo más importante en el Derecho son estos grandes principios, estándares o valores. No son reglas de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el Derecho para que sea justo. En otra forma de expresarlo, dice incluso las penales. El juez se ve siempre obligado a decidir entre normas e interpretaciones contradictorias y tal decisión importa un proceso valorativo previo sobre el que se funda la selección en función de los hechos del caso. Es una de las formulaciones contemporáneas de la justicia natural, oriunda del Derecho inglés. Si bien existen importantes diferencias metodológicas, de lenguaje y filosofía de la ciencia, de todas maneras sus raíces también se remontan al Derecho natural, sea en su vertiente religiosa o laica. Los conceptos y los hechos, Jhering señaló el exceso de Savigny de construir el derecho en base a conceptos sin partir y centrarse siempre en los hechos del caso. La aplicación de la usucapio a un objeto incorporal como lo es la Hereditas presupone una madurez y virtuosidad de abstracción jurídica inimaginables en tiempos primitivos. El mismo Séneca la considera todavía una sutileza de los juristas. Para que un jurista llegara a la idea de extender el concepto de usucapio de los objetos perceptibles por los sentidos al objeto simplemente imaginado, basado en la pura abstracción, etc. Según Jhering, es propio de Savigny explorar al máximo los conceptos de Derecho; afirma que es propio de él explorar al máximo los hechos. *Common Law* y Derecho Continental Europeo.

Quienes se acercan al Derecho suelen tener una de dos grandes vertientes: a) los que principalmente lo practican o ejercen, como abogados litigantes o magistrados judiciales (y también funcionarios de la administración); b) los que principalmente lo enseñan y publican libros, tratados o manuales para la divulgación, la enseñanza, etc. Dado que una u otra ocupación suele ser *full time*, no es frecuente que haya personas que tengan al mismo tiempo, sin vivencia de contradicción. Esa distinción ocupacional hace que los primeros presten importancia central a los hechos del caso, relegando momentáneamente a un lugar secundario la doctrina de los libros. Los segundos, dedicados en mayor medida a las grandes líneas del sistema jurídico, suelen prestar mayor atención a los conceptos, definiciones, clasificaciones, comparaciones, etc. Llamémosle respectivamente ocupación a las opciones a) y b). Para resolver

un problema concreto, ocupación a). Hace falta, antes de empezar, haber estudiado y seguir estudiando las obras de los segundos. Pero al entrar al caso, los hechos son el 98% del problema. Resuelta la percepción valorativa sobre los hechos, en base al previo conocimiento del derecho por quienes lo escriben b). Queda una cuestión de técnica jurídica, de vinculación y adecuación de la solución provisoria a b), o de redacción de la solución a) en base al conocimiento de b). Puede ocurrir que alguien se dedique tanto a lo primero, que descuide lo segundo. Allí dictará sentencias contra *jus*, arbitrarias, antijurídicas. Puede también, a la inversa, que alguien se dedique tanto a lo segundo que descuide o ignore lo primero. Entonces escribirá obras abstractas, sin contacto con la realidad potencialmente inútil. Obviamente, en ambos casos no se trata sino de una exageración. También puede ocurrir que existan simples preferencias por una u otra cosa. Hay quienes consideran que culturas jurídicas enteras podrían calificarse de este modo, contraponiendo, por ejemplo, el espíritu teórico alemán y el empirismo y pragmatismo francés, o el empirismo anglosajón y el carácter sistemático del Derecho Continental Europeo.

Podemos también ir a las fronteras de cada ocupación, sin exceder los límites: libros enteros analizando un solo caso, o libros tan abundantes en casos que un teórico se tentaría de llamarlo pandectista. La gran diferencia es que en a) se pinta o expone más el problema; en b) se pinta o expone más el sistema que lo engloba. Lo que no cambia es que el problema o caso de derecho se trabaja igual en todos los países del mundo, sea cual fuere el sistema jurídico. Lo que cambian son los libros, que en un mundo explican principalmente los grandes principios y en particular los casos y problemas, y en el otro explican más el sistema, las reglas, las normas, las definiciones, clasificaciones, comparaciones, tendencia y evolución histórica, conceptos, etc. En cada país, de todos modos, conviven el mundo (a), los que practican el derecho y el mundo (b), los que escriben y enseñan Derecho. En definitiva, ambos sistemas encuentran coincidencias en los principios de cada uno, aunque exista diferencia en su terminología. Las mismas cosas, a fuerza de llamarlas distintas, pueden llegar a parecer diferentes; no lo son. Los grandes principios y la experiencia de la resolución de casos son universales. Es una sola experiencia metodológica, un solo método de resolver casos y problemas, una sola filosofía. Los tribunales internacionales son los que mejor ejemplifican el criterio, su integración por jueces de distintas nacionalidades impide que cada uno invoque o aplique su propio derecho nacional. Las reglas internacionales, por su parte, son pocas y muy generales. En la solución de los casos juegan pues, un rol claro y distintivo los grandes principios jurídicos

en que los jueces puedan coincidir a pesar de su distinta formación y nacionalidad y la percepción de los hechos del caso. Lo mismo ocurre con los tribunales europeos de Derecho Humanos. Destacamos entre ellos los tribunales administrativos internacionales, puesto que sus pronunciamientos son superiores y obligatorios para las jurisdicciones nacionales, parece necesario entender su método.

El positivismo kelseniano pasó a constituir una de las columnas fundamentales (la otra es la teoría crítica) del programa de “Introducción al Derecho” de la asignatura de la doctora Aseff, a raíz del firme convencimiento de que con Kelsen, el estudiante universitario se percató de que el iusnaturalismo no es la única manera de encarar el estudio del Derecho, que existen otros modelos teóricos que lo tratan de diferente manera, con lo cual se abren al estudiante universitario nuevos horizontes, nuevas perspectivas, nuevos modos de pensar el mundo jurídico.

EL APORTE DE HANS KELSEN

¿Cuáles son, a juicio de la asignatura, los conceptos fundamentales del positivismo kelseniano que el estudiante universitario debe aprender para aprobar la materia?

Lo primero que se le explica es el propio título de su obra cumbre: “Teoría pura del Derecho”. Lo que Kelsen pretende es, nada más y nada menos, que elaborar un modelo teórico tendiente a explicar cómo funciona el mundo jurídico, su objeto de estudio. No se preocupa por cuestiones como la moral, por ejemplo, que se localizan en ámbitos ajenos al Derecho.

Aquí el estudiante universitario se percató de una gran diferencia con el iusnaturalismo. Dice Kelsen que la teoría pura del Derecho “quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer pura y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el Derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse”. El iusnaturalismo, por el contrario, se preocupa tanto por el ser del derecho como del deber ser. Al efectuar esta comparación, el estudiante universitario percibe el carácter monista del positivismo kelseniano en oposición al carácter dualista del iusnaturalismo.

A continuación, se introduce al estudiante universitario en la fundamental distinción de Kelsen entre “naturaleza” y “sociedad”, única forma de comprender dónde sitúa el maestro austríaco al Derecho.

Por naturaleza, entiende Kelsen, un conjunto de elementos interrelacionados por el principio de causalidad. Toda ley natural se sustenta en la causalidad. La dilatación de un metal provocada por la aplicación del calor ejemplifica el significado de la ley natural. Ella implica una relación de causa-efecto, en este ejemplo entre el calor (causa) y la dilatación de un metal (efecto).

Para Kelsen la sociedad es algo enteramente diferente. Una sociedad es un orden cuyo objetivo es la regulación de las conductas humanas. A diferencia de la naturaleza, la sociedad se sustenta en otro principio, el de imputación. Para comprender adecuadamente su significado, conviene tener presente la noción de “regla de Derecho”, elemento conceptual fundamental de que se vale la ciencia jurídica para describir su objeto. De manera general, la regla de Derecho estipula que “si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción”. Hay, efectivamente, una relación entre dos hechos (el acto ilícito y la sanción) pero, a diferencia de la ley natural, la causalidad no juega ningún rol en la relación entre el acto ilícito y la sanción. En la regla de Derecho la sanción no constituye la consecuencia natural del acto ilícito. El vínculo existente entre ambos hechos tiene su origen en una norma que prescribe un comportamiento determinado. “Esa norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo”.

Por lo general, el estudiante universitario queda perplejo frente a este razonamiento kelseniano. Le cuesta aceptar que hay un acto ilícito y una sanción pura y exclusivamente porque hay, en un lugar y en un momento determinados, un sistema normativo creado por autoridad competente que prescribe la existencia del mismo y que, debido a ello, quien lo comete debe sufrir una sanción determinada.

De ahí la insistencia de la asignatura en enfatizar estos conceptos fundamentales del positivismo kelseniano, cuyo desconocimiento en los exámenes ha provocado uno que otro insuficiente. La sanción es la consecuencia de un acto ilícito, no porque así lo estipule la naturaleza, sino porque así lo dispone un acto jurídico que autoriza la aplicación de un castigo cuando se ha cometido un acto ilícito. La relación entre la dilatación de un metal y el calor no necesita de ningún acto jurídico para que se produzca. La relación entre el acto ilícito y la sanción, sí. No existe relación alguna de causa-efecto entre ambos, en definitiva, ambos sistemas encuentran coincidencias en los principios de cada uno, aunque exista diferencia en su terminología. Ahora bien, si dicha sociedad crea, mediante un acto jurídico, una norma que estipula que a partir de ese momento aquellos actos humanos deben ser sancionados, entonces queda estipulada una relación de imputación entre ambos hechos (el acto ilícito y la sanción correspondiente). Kelsen es muy claro al respecto: “La imputación vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni esta es su efecto. La Ciencia del Derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”. Positivismo jurídico químicamente puro.

La asignatura enfatiza el concepto kelseniano de “norma”. El profesor austríaco denomina norma positiva “a una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo”. La norma positiva ha sido puesta por el sistema jurídico, a diferencia de otras normas que solo han sido supuestas por un acto puramente intelectual, como la norma fundamental. El Derecho y la moral son órdenes positivas ya que sus normas han sido puestas (impuestas, en realidad) o creadas por actos ejecutados en el espacio y en el tiempo. “Por el contrario, una norma que no ha sido ‘puesta’, sino solamente ‘supuesta’, no pertenece al dominio de la realidad”.

Emerge en toda su magnitud la diferencia entre la concepción kelseniana de “norma” y la concepción iusnaturalista. “La concepción iusnaturalista”, dice Nino, “puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una teoría de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana y b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según el cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia”.

Para que la diferencia resulte lo más nítida posible la asignatura emplea un ejemplo extremo: el sistema jurídico nazi, ¿es un orden jurídico normativo o no lo es? Para el iusnaturalismo no lo es ya que el régimen tiránico de Hitler atentó contra los principios morales y de justicia universalmente válida y asequible a la razón humana. Para Kelsen, en cambio, el sistema jurídico nazi sí es un orden normativo ya que fue creado por un acto jurídico cumplido en el espacio y en el tiempo. Ahora bien, ello no implica tildar a Kelsen de nazi. Por el contrario, el profesor austríaco sufrió en carne propia la crueldad del nazismo. Seguramente desde el mundo moral, autónomo en relación con el mundo jurídico, el nazismo fue un régimen inmoral y abyecto. Pero jurídicamente hablando fue un orden normativo por la razón esgrimida por el propio Kelsen. La sorpresa del estudiante universitario es, a esta altura, mayúscula.

La asignatura repite casi de manera obsesiva esta distinción entre el positivismo y el iusnaturalismo, ya que su comprensión permitirá al estudiante universitario adentrarse en el complejo sistema kelseniano.

Ahora el estudiante universitario está en condiciones, si ha meditado sobre lo tratado en clase hasta aquí, de aprender algunos de los puntos fundamentales del positivismo kelseniano: ciencias y leyes causales, ciencias y leyes normativas, el objeto particular de la Ciencia del Derecho, validez de la norma jurídica, el acto

y su significación, norma jurídica y regla de derecho, Derecho positivo y Derecho natural, el Derecho y la justicia, el derecho como orden coactivo, Derecho objetivo y Derecho subjetivo, el concepto de persona, la unidad del sistema jurídico, la interpretación del Derecho y los métodos de creación del Derecho. A partir de ahora solo mencionaremos, por una cuestión de espacio, algunos de ellos.

La asignatura otorga relevancia a la cuestión del objeto particular de la Ciencia del Derecho, según Kelsen. La teoría pura del Derecho estudia a este tanto en su aspecto estático como en su aspecto dinámico, analiza el sistema jurídico como un sistema normativo establecido o como un orden jurídico en permanente movimiento al ejecutarse los actos de creación y aplicación de las normas.

Para la asignatura es fundamental la siguiente pregunta: ¿cuándo existe la norma jurídica para la teoría pura del Derecho? La norma existe cuando es válida, cuando ha sido creada por un acto jurídico. Ahora emerge este otro interrogante: ¿cuál es el objetivo de la norma jurídica? No es otro que regular el comportamiento de los hombres, lo que significa que se aplica a hechos que tienen lugar en el tiempo y en el espacio. La norma debe determinar en qué ámbito y en qué momento debe realizarse el comportamiento que prescribe; en consecuencia, su validez se adecua a un tiempo y un espacio determinados. Además de poseer una validez temporal y una otra espacial, la norma es poseedora de una validez material, “si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político”.

La crítica fundamental que Kelsen le hace al iusnaturalismo es resaltado por la asignatura. Para la teoría pura del Derecho resulta infructuoso todo intento por describir los fenómenos naturales a través de proposiciones normativas. Carece de sentido afirmar que todo metal sometido al calor “debe” dilatarse porque la relación entre ambos hechos no es establecida por norma positiva alguna, no existe acto de voluntad alguno que ordene que todo cuerpo sometido al calor deba dilatarse. La dilatación de los metales sometidos al calor se dará siempre porque así lo estipula la relación de causalidad entre ambos fenómenos, relación que no está sometida a ordenamiento normativo alguno, a voluntad humana alguna.

Kelsen sostiene que el error típico del Derecho natural consiste, precisamente, en ignorar la diferencia fundamental existente entre la causalidad y la imputación, entre la ley causal y la regla de Derecho. Para el iusnaturalismo las leyes de la naturaleza son reglas de Derecho, reglas naturales. Considera que la naturaleza tiene capacidad legislativa, capacidad que le fue otorgada por Dios. “La relación entre

la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas”. El iusnaturalismo está convencido de que es posible encontrar normas jurídicas en la naturaleza, de ahí su afirmación de que la naturaleza está sometida a la voluntad de Dios (el legislador sobrenatural), tal como acontece en la sociedad, regulada por las normas jurídicas. El iusnaturalismo, enfatiza Kelsen, no es más que una metafísica del derecho.

Kelsen no otorga ningún sentido moral a la regla de Derecho. Cuando una esta expresa que la sanción “debe” seguir al acto ilícito, el término “debe” carece de significación moral alguna. Una conducta prescrita por la regla de Derecho no implica necesariamente que tal conducta sea moral. La regla de Derecho se limita exclusivamente a describir el Derecho positivo tal como ha sido creado y aplicado por las autoridades competentes. En consecuencia, el Derecho y la moral se presentan como dos ordenamientos distintos, aunque ello no significa afirmar tajantemente que el derecho debe desentenderse por completo de la moral.

Que el orden moral sea diferente al orden jurídico significa que el contenido de las normas morales no se confunde con el de las normas jurídicas positivas, que no hay “relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho”. Ello posibilita la emisión de un juicio moral sobre un sistema jurídico determinado o sobre alguna de sus normas, lo que hace factible la comprobación del grado de conformidad u oposición entre tal orden jurídico y tal sistema moral o entre tal norma jurídica y tal norma moral. Si existe tal conformidad se estará en condiciones de decir que tal sistema jurídico es justo o tal norma jurídica es justa, o viceversa. Tal pronunciamiento implica un juicio de valor que nada tiene que ver con el mundo jurídico sino con el mundo moral.

Teóricamente hablando, la Ciencia del Derecho únicamente puede pronunciar el juicio de valor referido a la conformidad u oposición señalada precedentemente. Puede, por ende, declarar únicamente que tal hecho es lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o inconstitucional. Tal juicio de valor es en verdad un juicio de hecho ya que se vincula con una norma que ha sido creada conforme a derecho, es decir, por un acto jurídico. Pero en la práctica, sostiene Kelsen, es imposible que ello suceda porque el Derecho positivo reserva a órganos específicos la facultad de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión no es inocua; por el contrario, tiene efectos jurídicos, con lo cual adquiere el carácter de un acto creador de derecho. Solo el tri-

bunal competente está facultado para estipular si el comportamiento de un individuo se adecua o no a lo consagrado por el sistema normativo vigente, y su decisión final tiene fuerza de ley. El jurista que se toma el trabajo de describir el Derecho no tiene más remedio que considerar tal decisión como la norma jurídica que fue aplicada a ese caso. Solo esa opinión, la del tribunal competente, es relevante jurídicamente. La asignatura pone especial énfasis en esta cuestión.

Quien considera justo o injusto un sistema jurídico o alguna de sus normas se basa, frecuentemente, en una norma supuesta por él. Teniendo como única referencia sus propias valoraciones morales y filosóficas, tilda de injusto al comunismo porque desconoce el principio de la propiedad privada. De igual modo procede quien valora positivamente ese régimen político ya que valoriza, según su criterio, el principio de seguridad social. El primero sostiene que existe una norma que consagra la superioridad moral del principio de la propiedad privada, mientras que el segundo sostiene que es superior el principio de la seguridad social. Ambos se basan, en última instancia, en la existencia de normas supuestas que anidan en sus respectivos mundos de representaciones colectivas.

La asignatura considera que el enfoque de Kelsen de la justicia constituye un punto central de la materia. La justicia jamás se presenta como un valor relativo, apoyado en la moral positiva y establecida por las tradiciones y costumbres, propias de cada sociedad. Por el contrario, la justicia siempre se presenta como un principio eterno e inmutable, válido para todo tiempo y lugar. En consecuencia, la Ciencia del Derecho está imposibilitada de analizar su naturaleza. La historia se ha encargado de demostrarlo. Al estar dotada de una validez absoluta la justicia, al igual que la idea platónica, está más allá del mundo sensible. Este dualismo ontológico (mundo de las ideas - mundo sensible) reaparece en el dualismo de la justicia y el derecho. Según Kelsen, la existencia de una justicia perfecta, ideal, que trasciende al derecho, ayuda, por un lado, a los espíritus conservadores a justificar, legitimar, un determinado orden social, jurídico y político que se pretende conforme a tal ideal de justicia; por otro lado, de manera paradójica, a los espíritus revolucionarios, disconformes con la sociedad vigente dada su alejamiento del ideal de justicia por ellos enarbolado.

Para la teoría pura del Derecho, el hombre no puede determinar racionalmente, y con el apoyo de la experiencia, en qué consiste la esencia de la idea en sí de la justicia. Todos los caminos seguidos hasta ahora fracasaron ya que al final del viaje lo único que lograron quienes se ocuparon de la cuestión fue elucubrar fórmulas huecas como “haz el bien y evita el mal”, “a cada cual lo suyo” y “hay que mantenerse en

el justo medio”. Para el conocimiento racional solo existen intereses encontrados que solo pueden ser resueltos por la autoridad gubernamental mediante decisiones políticas que favorecerían a unos intereses en detrimento de los otros, o bien provocarían una situación de equilibrio entre las partes en conflicto. Es imposible determinar racionalmente que alguna de las soluciones recién esbozadas deba ser calificada de justa en relación con la otra. De existir una justicia tal como la conciben quienes desean hacer prevalecer determinados intereses sobre otros, la existencia del Derecho sería, para la teoría pura, absolutamente incomprensible.

La idea de una justicia absoluta implica un ideal irracional. La asignatura se esmera en destacar esta afirmación kelseniana. La Ciencia del Derecho, por ende, solo puede internarse en el territorio del Derecho positivo. Solo puede haber teoría pura del Derecho si el científico jurídico es capaz de separar netamente el derecho de la justicia, de eliminar del sistema jurídico todo germen ideológico. El científico del derecho hace teoría pura solo si expone al Derecho tal cual es, sin pretender justificarlo o criticarlo. Hace ciencia en la medida en que se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el sistema jurídico, siempre que se limite a comprender su naturaleza y analizar su contenido.

La manera como Kelsen encara la cuestión de la diferencia entre el derecho y la moral es otro tema analizado por la asignatura. Para la teoría pura resulta infructuosa la búsqueda de la diferencia entre el derecho y la moral si se basa en la normatividad y el carácter lógico. Urge, por ende, buscarla siguiendo otro camino. La diferencia surge cuando se analiza el contenido de las reglas de Derecho que sirven para describir ambos sistemas: el jurídico y el moral.

“En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico”. La regla de Derecho lleva en su seno el fenómeno de la coacción, del castigo efectivo, de la sanción. En el sistema jurídico la sanción es la consecuencia de un comportamiento que lesionó el contenido de alguna norma. De ahí que se presente bajo la forma de una ejecución forzada. La sanción es la manifestación de la respuesta del sistema normativo ante una conducta contraria a derecho. Las sanciones jurídicas constituyen decisiones humanas reguladas jurídicamente. Forman parte, por ende, del sistema de convivencia social. La coacción como respuesta del sistema jurídico a conductas antijurídicas garantiza el monopolio estatal del uso de la fuerza y, a raíz de ello, la paz social.

Afirmar que el Derecho es un orden coactivo no es el resultado de la imaginación de los estudiosos del derecho. Por el contrario, ella se apoya en una comparación de

los sistemas jurídicos que existen y de aquellos que existieron en tiempos pasados. “El derecho implica, necesariamente, sanción de actos antijurídicos”, constituye una proposición que emerge de la comparación empírica. “La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no solo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos”.

El Derecho es, además, una técnica social. Su naturaleza es instrumental. Para la teoría pura el derecho se presenta como un método tendiente a inducir a los hombres a que actúen conforme al Derecho, es decir, a que adecuen sus conductas al sistema normativo vigente. Ello explica por qué la sanción es el meollo de todo sistema normativo. Cuando la autoridad competente elabora una norma tiene en mente la creencia de que el hombre, siendo consciente del precio que deberá pagar si su comportamiento es contrario a derecho, hará todo lo que está a su alcance para evitar pagarlo. El objetivo del autor de la norma es encauzar a los hombres “hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea”.

El Derecho, por último, se atribuye el monopolio de la fuerza. Se caracteriza por vincular conductas determinadas con la amenaza de la sanción. El sistema jurídico es, pues, sinónimo de orden coactivo. Cuando se habla de la fuerza aplicada por el Derecho se tiene en mente el concepto de regulación institucional de su uso o, si se prefiere, del monopolio del empleo legítimo de la fuerza. Para la teoría pura el ejercicio de la fuerza debe recaer en determinados individuos especialmente autorizados para ello. En caso contrario, emergerá en toda su magnitud el estado de naturaleza hobbesiano.

El concepto de persona constituye un aspecto central de la teoría kelseniana. Según Kelsen el positivismo procuró demostrar, vanamente, que no existe diferencia de naturaleza alguna entre la persona física y la persona jurídica. La teoría tradicional yerra cuando equipara la persona física con el hombre. Lejos de ser una noción jurídica, el hombre es una noción biológica, fisiológica y psicológica. El empleo por parte de una norma del concepto de hombre no implica que le esté confiriendo el carácter de un concepto jurídico. Solo cuando convierte algunos de sus actos en deberes jurídicos el hombre puede convertirse en un elemento del sistema jurídico.

La definición que brinda la naturaleza del hombre y la consideración del hombre como persona jurídica significa que ambas posturas están definiendo objetos muy

diferentes. La persona como concepto jurídico, el sujeto de derecho, es la frase que expresa el conjunto de deberes, responsabilidades y derechos subjetivos determinados por normas positivas. Por el contrario, la persona física es la frase que expresa el conjunto de normas cuya finalidad es la regulación del comportamiento de un único individuo, “es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo”.

A diferencia del hombre, que es una realidad natural, la persona es una creación intelectual, un concepto elaborado por la ciencia jurídica del que puede, en cualquier instante, prescindir. Para la teoría pura se torna necesario conservar la distinción entre “hombre” y “persona”. El Derecho solo puede conferir derechos e imponer obligaciones a los hombres, pero nunca a las personas. Al conferir un Derecho subjetivo vincula la expresión de la voluntad de un hombre con el efecto jurídico que provoca; al imponer un deber relaciona una acción u omisión con una sanción. Lo que contienen las normas jurídicas solamente se vinculan con los actos de la conducta humana, no con las personas. La “persona” no es más que un concepto elaborado por la ciencia jurídica para describir el sistema jurídico. Para la teoría pura la persona jurídica es la expresión empleada para designar un orden jurídico cuya función es la regulación de la conducta de una pluralidad de individuos. La “persona jurídica” puede personificar un orden jurídico parcial o uno total. En el último supuesto personifica al Estado.

Emergen en toda su magnitud las diferencias entre ambas corrientes de pensamiento en esta materia. Para la corriente tradicional el hombre es una persona física, sujeto, por ende, de derechos y deberes; mientras que la persona jurídica designa algo por demás diferente. Como no hace distinción alguna entre la persona y el hombre, proclama la existencia de una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, lo que demuestra su incapacidad para reunir ambas personas en un concepto común.

Para la teoría pura dicha unión es perfectamente posible ya que ambas personifican un orden jurídico, de manera tal que no hay diferencia esencial alguna entre la persona física y la persona jurídica. Queda descartada, pues, la idea de considerar a la persona una sustancia que posee sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. La teoría pura ve a la persona como la personificación de un orden jurídico determinado (parcial o total), no comete el error de visualizarla como algo distinto de aquellos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos elaborados normativamente. Elimina de raíz la inútil tarea de proceder a un desdoblamiento al que considera superfluo y engañoso.

Tanto la persona física como la persona jurídica carecen de existencia real. Solo son reales, enfatiza Kelsen, los comportamientos humanos regulados por el sistema jurídico. En consecuencia, hablar de responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica implica aludir a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los miembros de la persona jurídica, pues, como recién acaba de destacarse, la meta de las normas jurídicas es la regulación de las conductas humanas.

HACIA UNA ENSEÑANZA DEL DERECHO SIN NORMAS

El título de estas líneas se inspiró en el célebre libro de Ingenieros *Hacia una moral sin dogmas*. El célebre pensador positivista define el dogma de la siguiente manera: “un dogma moral es una opinión inmutable e imperfectible impuesta a los hombres por una autoridad anterior a su propia experiencia”. Ingenieros distingue dos tipos fundamentales de dogmas: el dogma revelado y el dogma racional. El primero implica la opinión invariable impuesta por el poder teológico, mientras que el segundo es la opinión invariable impuesta por un filósofo a sus seguidores.

En relación con los dogmas revelados Ingenieros dice: “Quien dice dogma, pretende invariabilidad, imperfectibilidad, imposibilidad de crítica y de reflexión (...). El dogma no deja al creyente la menor libertad, ninguna iniciativa; un verdadero creyente, por el simple hecho de serlo, reconoce que, fuera de los preceptos dogmáticos, es inútil cualquier esfuerzo para el perfeccionamiento moral del individuo o de la sociedad”.

Y en relación con los dogmas racionales expresa: “Parte de una premisa trascendental: la existencia de una razón perfecta o pura, anterior a la experiencia individual o social. Esa razón tiene leyes que permiten establecer a priori principios fundamentales de moral, anteriores a la moralidad efectiva de los hombres; estos deben ser morales, imperativamente, y deben serlo ajustándose a los principios eternos e inmutables de la razón”.

El pensamiento de Ingenieros es, pues, relativista. Parte del supuesto de que toda afirmación de la existencia de principios eternos e inmutables, sustentados en la revelación o en la razón, no hace más que encubrir una ideología política autoritaria tendiente a mantener el orden vigente, a legitimar el equilibrio social. En la Facultad de Derecho de Rosario estuvo vigente durante décadas esta postura conservadora legitimada por el iusnaturalismo o, mejor dicho, por el trialismo. La única concepción del Derecho aceptada y enseñada al estudiante universitario era el trialismo, elevado a la categoría de “dogma racional” según el enfoque de Ingenieros.

Pero el dogmatismo y la enseñanza universitaria son, a mi entender, términos antagónicos. Enseñar al estudiante universitario una única concepción del derecho y presentarla como la única legítima encubre un manifiesto intento de adoctrinamiento lesivo de la dignidad de la enseñanza universitaria. Pero en 1984 las cosas cambiaron, seguramente a raíz del cambio político que estaba experimentando nuestro país. Fue creada una asignatura cuyo primer mensaje al estudiante universitario fue, precisamente, el de Ingenieros: demostrar la íntima relación que existe entre el dogmatismo y el autoritarismo. La enseñanza de Hans Kelsen, hasta entonces ignorado por el establishment docente de la facultad, significó para el estudiante universitario la posibilidad de saber que el trialismo lejos estaba de agotar el mundo jurídico, que el término “derecho” podía ser enfocado desde diversos ángulos, todos relativos, que ningún profesor estaba legitimado para hacer creer al estudiante universitario que lo que él enseñaba era un dogma revelado, que es el propio estudiante universitario el que debe elegir qué concepción jurídica le parece la más adecuada, la que mejor se adecua a su mundo de representaciones colectivas.

Kelsen e Ingenieros coinciden, pues, en lo fundamental: en ensalzar el relativismo de los valores. La enseñanza universitaria en general y la del Derecho en particular pierden su esencia cuando se dogmatizan. No es posible que un futuro abogado crea que solo es legítimo el iusnaturalismo. No es posible que los responsables de la enseñanza universitaria del Derecho encubran su profundo conservadurismo presentando al iusnaturalismo como la única y genuina concepción del derecho. Dicha actitud atenta contra el espíritu científico que debe reinar en la Universidad. Atenta contra la democracia como filosofía de vida, en suma.

EL APORTE DE CARLOS NINO

La ciencia jurídica, en el modelo de Kelsen, es una ciencia normativa, pero no porque **formule** normas, sino porque su función es exclusivamente **describir** normas; es decir que su objeto de estudio son las normas jurídicas válidas en un cierto ámbito. Los enunciados que la ciencia jurídica formula describiendo normas, son denominados por Kelsen “proposiciones jurídicas”. Cada proposición da cuenta de una cierta norma jurídica. En realidad, las proposiciones jurídicas kelsenianas son un calco, en cuanto a su contenido y estructura lógica, de las normas jurídicas que describen: por ejemplo, un enunciado que dice “si alguien mata debe ser castigado con diez años de prisión, tanto podría ser una norma jurídica como una proposición jurídica. Lo que distingue, sin embargo, a uno y otro tipo de enunciados es la función lingüística que cumplen: las normas jurídicas son prescriptivas, mientras que las proposiciones jurídicas constituyen proposiciones descriptivas.

Alf Ross hace un planteo diferente del que acabamos de ver. En primer término, critica la estructura lógica que Kelsen asigna a las proposiciones jurídicas. Resulta que, a pesar de asignar una función descriptiva a los enunciados de la ciencia jurídica, Kelsen sostiene que son enunciados del “deber ser”, como las normas jurídicas, y no del “ser”, como son los enunciados, también descriptivos, de las Ciencias Naturales. Ross señala correctamente la incoherencia de este esquema, ya que si las proposiciones jurídicas constituyen juicios descriptivos, necesariamente tienen que ser enunciados que prediquen que algo es, por más que lo descrito constituya, por su lado, una norma, o sea un juicio del deber ser. Aclarado este punto, Ross afirma que las proposiciones de una genuina Ciencia del Derecho deben ser “aserciones acerca de cuál es el derecho vigente”. Como, según la tesis del profesor danés, el derecho vigente es el conjunto de directivas que probablemente los tribunales tomarán en cuenta en sus decisiones judiciales, las proposiciones de la Ciencia del Derecho constituyen en última instancia **predicciones** acerca de qué directivas serán aplicadas por los jueces. Para formular tales predicciones, los juristas pueden valerse de los aportes de otras ciencias, como la sociología o la psicología, las cuales pueden suministrar datos acerca del contexto social, económico, etc., que rodea a los jueces, permitiendo mayor certeza en los juicios de probabilidad relativos a sus futuras decisiones.

Alchourrón y Bulygin proponen un modelo de ciencia jurídica considerablemente más sofisticado que el que presenta Ross. Estos autores distinguen lúcidamente dos tipos de tareas u operaciones que la ciencia jurídica desarrolla. En primer lugar, la tarea **empírica** de determinar qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico (esta es, en definitiva, la misma tarea que Ross considera como la actividad central de la ciencia jurídica). En segundo lugar, las operaciones **lógicas** de sistematización del Derecho. Alchourrón y Bulygin muestran que la sistematización del derecho consta de dos pasos. En el primero de ellos se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, empleando ciertas reglas de inferencia; esto permite mostrar los defectos lógicos (lagunas, contradicciones y redundancias) que el sistema pueda tener. En una segunda etapa de la sistematización se trata de reemplazar la base original del sistema por una más económica pero equivalente a ella, o sea por un conjunto más reducido de principios que sean lo más generales que sea posible, siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que las normas que reemplazan (por ejemplo, si hay dos normas que dicen “los ciudadanos del sexo masculino pueden votar a partir de los 21 años” y “las mujeres que sean ciudadanas pueden votar a partir de los 21 años”, ellas pueden, obviamente, ser reemplazadas por la norma “todos los ciudadanos pueden votar a partir de los 21 años”, pero no puede ser reemplazada, sin modificar el sistema,

por la norma “todos los habitantes del país pueden votar a partir de los 21 años”). Estas elaboraciones están dirigidas a presentar un modelo de actividad teórica frente al derecho que se atenga a los cánones de “cientificidad” corrientemente aceptados en el contexto de otras disciplinas. Sin duda, tales modelos recogen un aspecto importante de la actividad que los estudiosos del Derecho desarrollan y pretenden desarrollar. Sin embargo, probablemente muchos juristas no se sentirían del todo satisfechos con las limitaciones que esta clase de modelos les impone. En tanto y en cuanto estos modelos implican que no es parte de la actividad “científica” frente al derecho el **resolver** las indeterminaciones (lagunas, contradicciones, vaguedades, etc.) que el sistema puede presentar, sino solo el **ponerlas de manifiesto**, muchos juristas protestarán que su cometido central consiste precisamente en superar tales indeterminaciones, orientando a quienes deben aplicar el derecho sobre cuál es su interpretación correcta o adecuada. Algunos juristas dirán que esta última tarea forma parte de la descripción y sistematización del Derecho; otros aceptarán un concepto de descripción y sistematización como el que manejan Ross o Alchourrón y Bulygin y dirán, en consecuencia, que ellos no se limitan a describir y sistematizar el derecho, sino que, además, realizan frente a él una labor reconstructiva. Unos y otros coincidirán en que, frente a las lagunas, contradicciones, ambigüedades que el Derecho puede, aparente o realmente, presentar, la llamada “Ciencia del Derecho” se quedaría a mitad de camino respecto de las expectativas de quienes recurren a ella —como ser los jueces y abogados— si se limitara a mostrarles la ausencia, sobreabundancia o imprecisión de las soluciones del sistema, en vez de fundamentar la elección de determinada solución. Algunos filósofos jurídicos aceptarán que esto es, efectivamente, lo que los juristas hacen en la práctica, pero dirán que ese aspecto de la actividad teórica frente al Derecho no constituye una tarea **científica**, pues no consiste en explicar o describir un área de la realidad sino en proponer pautas para su modificación o perfeccionamiento. Para evitar que lo que en adelante vamos a exponer se encuentre perturbado por la preocupación acerca de la cientificidad de la investigación jurídica, conviene que digamos algo acerca del concepto de ciencia y acerca de la inquietud por el carácter científico de la actividad de los juristas. Si partimos de la base, ya justificada en el capítulo anterior, de que no hay una esencia ontológica por descubrir en la elucidación de un concepto, sino la investigación del uso de una cierta expresión lingüística, reconoceremos que la palabra “ciencia” presenta, en el uso común algunas dificultades. “Ciencia” es, en primer lugar, una palabra ambigua. No adolece de una mera homonimia accidental, sino de la llamada de “proceso-producto”. En consecuencia, pueden producirse dudas acerca de si aquella expresión es usada en un contexto

para describir una serie de actividades o procedimientos científicos, o el conjunto de proposiciones que constituyen el resultado de tales actividades. Pero el defecto más grave que la palabra “ciencia” presenta en el lenguaje ordinario es su vaguedad. Max Black muestra cómo se presenta la imprecisión del término “ciencia”: “Ni la observación, ni la generalización, ni el uso hipotético deductivo de aserciones, ni la mensura, ni la utilización de instrumentos, ni la construcción, ni todos ellos juntos, pueden ser tenidos como esenciales para la ciencia. Porque se pueden encontrar ramas científicas en donde no se usan esos criterios o tienen poca influencia. La astronomía no hace experimentación, las matemáticas no hacen observación, la astronomía es dudosamente descriptiva, la arqueología raramente recurre a mensuras, muchas taxonomías no necesitan generalizaciones abstractas, y la biología con gran esfuerzo está comenzando apenas a utilizar la idealización matemática y la generalización. Los caracteres mencionados no son ni necesarios ni suficientes, pero pueden estar presentes en mayor o menor grado y contribuir a caracterizar lo que reconocemos como científico. Su desaparición conjunta remueve de una actividad el carácter científico; su presencia en alto grado crea condiciones reconocidas como preeminentemente científicas. Esta línea de pensamiento nos obliga a abandonar la búsqueda de una esencia intemporal e inmutable en favor de un sistema de criterios interactuantes”. La cita precedente nos muestra las razones por las cuales no es posible dar una respuesta rápida y simple a la pregunta sobre el carácter científico de la jurisprudencia. No habiendo, como en el caso de la palabra “juego”, un conjunto de propiedades necesarias y suficientes para el uso del término “ciencia”, sino que las actividades reconocidas como científicas se caracterizan por tener, en distintos grados, diferentes propiedades de una serie extensa, el término “ciencia” tiene una denotación notoriamente imprecisa, que deja una zona de penumbra constituida por actividades a las cuales vacilaríamos en aplicar o no el término, por no tener elementos para decidir si el grado en que se presentan en ellas algunas de las propiedades del conjunto, es o no suficiente para caracterizarlas como científicas. Probablemente la actividad que los juristas realizan de hecho se encuentra en la zona de penumbra de aplicabilidad del término “ciencia”. Si así fuera, cualquier decisión que se tomara sobre si la incluimos o no en la denotación de aquel, se apoyaría en una definición estipulativa de “ciencia” y no en el mero descubrimiento de que reúne o no ciertas propiedades relevantes, según el uso ordinario, para denominarla con esta palabra.

De cualquier modo, es conveniente preguntarse acerca de la utilidad de tomar demasiado a pecho la tarea de adoptar una decisión a propósito de describir o no como científica la actividad de los juristas. Al fin y al cabo incluir o no un fenómeno

en una cierta clase depende de la necesidad de satisfacer determinados propósitos. No parece que haya otro propósito más importante en juego, en la pugna por poner a la jurisprudencia del lado de las actividades reconocidas como científicas, como la física, la biología, la sociología, etc., que el siguiente: atraer hacia la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con la palabra “ciencia”.

Efectivamente, como también lo ha apuntado Black, el término “ciencia” tiene una carga emotiva favorable. Su aplicación a una actividad es una especie de condecoración que atrae hacia ella el respeto y el aprecio de la gente. Si observamos que la discusión sobre el carácter científico de la actividad de los juristas está motivada en una importante medida por ese anhelo de apropiarse de un rótulo laudatorio, podemos despreocuparnos de la disputa.

En última instancia, la supuesta importancia de la jurisprudencia habrá que determinarla, no mediante esta o aquella manipulación verbal, sino a partir de las necesidades sociales que satisfaga, para lo cual será necesario detectar qué funciones cumple. Esto nos sugiere la conveniencia de que la tarea de proponer modelos de ciencia jurídica vaya precedida de una investigación de las funciones, métodos y presupuestos de la actividad que los juristas efectivamente desarrollan, con el fin de determinar si el método propuesto puede satisfacer las mismas funciones que esa actividad, pero recurriendo a métodos y presupuestos más eficaces.

Es bueno puntualizar que no basta que un cierto modelo responda a los cánones científicos para que su materialización constituya una actividad socialmente relevante; y de más está decir que no toda actividad socialmente relevante tiene por qué satisfacer exigencias de científicidad. En lo que sigue se intentará caracterizar someramente algunos de los rasgos que distinguen a la llamada “dogmática jurídica”, es decir la modalidad de la teoría jurídica que se desarrolla en la actualidad en los países de tradición jurídica continental europea.

CAPÍTULO II: *La Norma Jurídica. Teoría de la norma jurídica de Kelsen*

Dra. Karina Prieto

LA NORMA JURÍDICA. CONCEPTO

Norma es sinónimo de mandato, de regla, de actuación. La norma jurídica podría ser definida como precepto general cuyo fin es ordenar la convivencia social, y cuya realización puede ser impuesta coactivamente por el poder correspondiente.

Las normas jurídicas son los medios o instrumentos mediante los cuales se manifiesta el Derecho objetivo.

Las normas jurídicas son mandatos imperativos hipotéticos de conducta humana, ya que condicionan o sujetan sus disposiciones, preceptos y prohibiciones, al cumplimiento previo de determinadas hipótesis, supuestos o presupuestos de hecho. La hipótesis o supuesto de la norma, constituye una figura especial que contiene los presupuestos que deben ser materializados por los hechos jurídicos para que una vez individualizada la norma con referencia al sujeto concreto, la consecuencia se traduzca en una relación de derecho entre el titular del Derecho subjetivo con el titular del deber jurídico, en virtud del cual, el primero está facultado a exigir al segundo la observancia de una determinada conducta que este último tiene la obligación de cumplir.

John Austin define las normas jurídicas como mandatos generales formulados por el soberano a sus súbditos. Toda norma jurídica es un mandato u orden, o sea, una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se comporta de esa manera. Las normas jurídicas, según Austin, siempre especifican un sujeto, que es el destinatario de la orden, el acto que debe realizarse, y la ocasión en que tal acto tiene que realizarse.

En cuanto a la intención de causar daño si no se cumple con lo ordenado, ello puede expresarse en una segunda parte de la norma, o en una norma independiente de aquella, exclusivamente punitiva.

El elemento que distingue a las normas jurídicas de los demás mandatos, es que los mandatos que son jurídicos tienen su origen en la voluntad del soberano. Para Austin, el soberano es “un hombre determinado, destinatario del hábito de obediencia de la mayor parte de una sociedad sin que él, a su vez, tenga el hábito de obedecer a un superior”. Ese hombre es soberano en esa sociedad, y la sociedad, incluido el soberano, es una sociedad política e independiente.

TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA DE KELSEN: SABER Y DEBER

Hans Kelsen, sin conocer originariamente la idea de Austin, formula una concepción respecto de las normas jurídicas que puede parecerse, pero que en realidad tiene importantes diferencias con aquella concepción.

Kelsen distingue dos tipos de juicios: En primer lugar, los juicios del ser, que son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad. En segundo lugar, los juicios del deber ser, que son directivos, y respecto de los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad.

Los juicios de deber ser (que Kelsen llamará normas) sirven para interpretar, pues constituyen su sentido los actos de voluntad, es decir los actos cuya intención se dirige a la acción de otra persona. Pero argumenta que esa voluntad real de quien dicta las normas puede haber desaparecido, subsistiendo de todos modos la norma, más allá de quien las dictó. Entonces, en sustitución de esa voluntad, que puede o no seguir existiendo, Kelsen señala otra propiedad que tienen las normas que las diferencia de los mandatos u órdenes: la validez. La norma existe y tiene fuerza obligatoria.

Las normas son juicios de deber ser que expresan el sentido objetivo de un acto de voluntad, mientras las órdenes son la expresión de la mera intención subjetiva de quien la formula.

Que un juicio de deber ser sea una norma válida depende de que quien lo formula esté autorizado a hacerlo por otra norma que a su vez sea válida. Las normas constituyen técnicas de motivación social, o sea, son instrumentos para inducir a los hombres a comportarse de determinada manera. Kelsen distingue dos técnicas diferentes de motivación, que le sirven de base para agrupar a las normas en diferentes clases.

Por un lado está la técnica de la motivación directa. Las normas indican directamente la conducta deseable y se pretende motivar a la gente solamente por la autoridad o racionalidad de la propia norma. Por ejemplo, las normas morales: “se debe no matar”. El incumplimiento de las normas morales puede acarrear una sanción, como el desprecio social, o su cumplimiento un premio. Pero ni la sanción ni el premio están sistemáticamente previstos y organizados por las propias normas. La técnica de moti-

vación indirecta se caracteriza, en cambio, porque se pretende motivar a la gente, no indicándole directamente la conducta deseable, sino estableciendo una sanción para la conducta indeseable o un premio para la deseable. Estas son normas jurídicas.

Siguiendo a Kelsen y su desarrollo, vemos que luego se abren dos ramas dentro del tipo principal “norma jurídica”: categóricas e hipotéticas, según si la ejecución del acto coercitivo no esté supeditado a ninguna condición o sí lo esté. Un ejemplo de norma categórica sería: “deben ser ocho años de prisión para x”. Tal como vemos, las sentencias judiciales son normas categóricas. Un ejemplo de norma hipotética: “el que matare, será castigado con prisión de 8 a 25 años”.

Las leyes son normas hipotéticas.

CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

En la perspectiva de la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen, las normas jurídicas están elaboradas a partir del “deber ser” a contrario a las normas del “ser”; en el caso de las primeras, la relación es de imputación, en las segundas de causalidad.

En la imputación, un hecho es condición y el otro su consecuencia, pero no están naturalmente conectados. La imputación tiene como característica ser inventada; su condición no está condicionada; la condición y la consecuencia carecen de nexa. “El principio mediante el cual entendemos al orden de la naturaleza es la causalidad, la categoría, el principio mediante el que comprendemos al derecho es la imputación: el principio de causalidad expresa una relación objetiva e inmanente entre dos acontecimientos, o, por lo menos, una relación considerada como tal; el principio de causalidad expresa una relación entre dos acontecimientos que es ajena a los mismos, encontrando solo en la norma que lo instauro su razón de ser”.

La norma que tiene en su consecuencia un acto de coacción es jurídica porque la función del Derecho tiene como técnica social a la motivación indirecta, que en su aspecto formal tiene al Derecho configurado por toda una serie de normas; en tanto que en su aspecto material se dice que las normas del Derecho son coactivas porque importan una sanción, la técnica de la motivación indirecta se encuentra en el aspecto funcional de la norma, ya que la misma sirve para que en la sociedad se den determinados comportamientos a través de la amenaza. Kelsen expresa que no siempre son obedecidas las normas jurídicas por temor a la sanción, sino, a menudo, por motivos psicológicos más complejos, también de naturaleza moral o religiosa. Lo que caracteriza al Derecho es sencillamente disponer la sanción, con independencia de que sea para dar lugar a determinados comportamientos. Y efectivamente, al jurista no le corresponde entrar en el análisis concreto del por qué la norma es

obedecida o de saber si la técnica de motivación indirecta es del todo efectiva; esa misión le corresponde a las ciencias extrajurídicas. Al jurista solo debe interesarle que para realizar la norma se dispone de una sanción que en caso de incumplimiento, recaerá sobre el sujeto.

El uso del principio de imputación, que vincula condición y consecuencia, a diferencia del principio de causalidad que vincula causa y efecto, marca de forma contundente un abismo entre las teorías metafísica del Derecho basada en las leyes naturales y la voluntad divina que las prescribe y la teoría pura en tanto ciencia racional del Derecho. Kelsen lo describe de la siguiente forma:

*“La distinción lógica entre ser y deber ser y la imposibilidad de pasar mediante una deducción lógica del campo del uno al otro, es una de las posiciones esenciales de la **teoría pura del derecho**. Esta es una teoría de lo que jurídica y positivamente debe ser, no de lo que naturalmente es; su objeto son normas, no la realidad natural. Por lo tanto se distingue del derecho natural en que no quiere conocer como este último, lo que el Derecho debe ser si no lo que el derecho es; es una teoría del Derecho positivo, es decir una teoría del derecho real y no del derecho ideal, una teoría de la realidad jurídica”.*

ELEMENTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Se pueden mencionar los siguientes elementos de las normas jurídicas:

1) Carácter

El carácter que tiene una norma está en función de que la norma se dé para que algo deba, no deba o pueda ser hecho.

Cuando la norma se da para que algo deba hacerse, la norma es de obligación.

En el caso de que la norma se formule para que algo no deba hacerse, la norma es prohibitiva.

Cuando la norma tiende a que algo pueda hacerse, su carácter es permisivo.

2) Contenido

Es lo que una norma declara prohibido, obligatorio o permitido, es decir, acciones (matar, pagar) o actividades (fumar, caminar sobre el césped, etc)

3) La condición de aplicación

Es la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizar el contenido de la norma.

4) Autoridad

Es el agente que la emite o la dicta. Por su autoridad, las normas se clasifican en teónomas y positivas, según se suponga que emanan de un agente supraempírico (Dios), o estén dictadas por un ser humano.

También por la autoridad, pueden ser heterónomas o autónomas. Las heterónomas son las que un agente da a otro; las autónomas las que el agente se da a sí mismo, es decir, cuando la autoridad y el sujeto normativo coinciden en la misma persona. Se discute acerca de la existencia de estas últimas. Los que defienden su existencia acuden a ejemplos de normas morales y las promesas serían las normas autónomas.

5) Sujeto normativo

Son los agentes destinatarios de las normas. Pueden ser particulares, cuando están destinadas a una persona o grupo determinado de personas; y generales, cuando se dirigen a un grupo indeterminado de personas.

6) La ocasión

Es la localización espacial o temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma. Por ejemplo, “mañana debes ir a la escuela”, es temporal. “Está prohibido fumar en el aula”, señala una ocasión espacial.

7) La promulgación

Consiste en expresar la norma mediante un sistema que permita que los destinatarios la conozcan. Decreto del Poder Ejecutivo por el cual se pone en vigencia la ley que, conforme a nuestro derecho, será publicada en el Boletín Oficial.

8) La sanción

Es la amenaza de un daño que la autoridad normativa puede prescribir para el caso de incumplimiento.

NORMA JURÍDICA Y PROPOSICIÓN NORMATIVA

La proposición normativa constituye un enunciado que describe una o varias normas jurídicas.

La Ciencia del Derecho está integrada por un conjunto de proposiciones normativas, no por normas jurídicas; las normas jurídicas constituyen el objeto de estudio de la Ciencia del Derecho, que formula para describirlo proposiciones normativas: mientras una norma jurídica A dice, por ejemplo: “si alguien mata deberá ser castigado con prisión de 8 a 25 años”, una regla de derecho diría: “la norma A pertenece al derecho argentino”.

Las proposiciones normativas, como enunciados descriptivos que son, a diferencia de las normas jurídicas, son susceptibles de verdad o falsedad.

ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y SUS DEFINICIONES NORMATIVAS:

SANCIÓN, ACTO ILÍCITO, DEBER JURÍDICO, DERECHO SUBJETIVO, COMPETENCIA

El concepto de sanción

Kelsen, a través de sus distintas obras, define la palabra sanción señalando las siguientes propiedades necesarias y suficientes:

- a) Se trata de un acto coercitivo, o sea, de un acto de fuerza efectiva o latente.
- b) Tiene por objeto la privación de un bien.
- c) Quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida.
- d) Debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo.

Analizaremos cada propiedad por separado.

- a) La coerción es distintiva del acto de sancionar.

La gente asocia, con razón, las sanciones estatales con la policía y las cárceles.

Claro está que no es necesario, para hablar de sanción, que efectivamente se efectue un acto de fuerza (por ejemplo, que la policía arrastre al detenido hasta la cárcel). El condenado puede colaborar y hacer innecesaria la aplicación de la fuerza, por ejemplo, presentándose voluntariamente en una comisaría.

Lo que caracteriza, según Kelsen, a la sanción, no es entonces la aplicación efectiva de la fuerza, sino la posibilidad de aplicarla si el detenido no colabora.

- b) La sanción tiene por objeto privar a otro de algún bien.

La pena de muerte, naturalmente, priva de la vida, la de cárcel, la libertad, la de multa, la propiedad, la inhabilitación priva del ejercicio de ciertos derechos, como el de conducir automóviles. Incluso, en otros tiempos, había penas que se consideraban infamantes y cuyo objeto era desacreditar el honor del detenido, como pasearlo en condiciones vergonzosas por las calles o publicar la condena.

- c) La sanción se ejerce por una autoridad competente.

Si viéramos en los diarios la fotografía de un individuo disparando a la sien de otro que está atado a un poste, pensaríamos que se trata de la instantánea de un asesinato atroz. Sin embargo, si al pie de la foto leyéramos que el que disparó el arma era el verdugo oficial de un cierto gobierno, algunas personas cambiarían la calificación de “homicidio” por la de “pena de muerte”.

Lo que distingue a la pena de muerte del homicidio, a la cárcel del secuestro, a la

multa del robo, a la pena infamante de la injuria, es que las primeras son ejecutadas por una autoridad competente.

¿Quiénes tienen competencia para aplicar sanciones y dentro de qué ámbito? Depende de lo que dispongan las normas del orden jurídico que tengamos en consideración.

Usualmente, los sistemas jurídicos desarrollados distinguen entre la función de disponer que una sanción se aplique (lo que es en general tarea de los jueces), y la función de ejecutarla (que generalmente está a cargo de los funcionarios administrativos).

d) La sanción es consecuencia de una conducta.

Si las propiedades que se señalaron fueran suficientes para el uso del término sanción, hechos tales como la cuarentena de los enfermos contagiosos, la internación de los locos, el genocidio de grupos raciales, tendrían que ser clasificados como sanciones, puesto que son actos coercitivos, ejercidos por funcionarios competentes y que tienen por consecuencia la privación de ciertos bienes.

Sin embargo, ese no es el significado que tiene, en el uso ordinario, la palabra sanción.

La sanción debe ser la consecuencia de una conducta (que como luego veremos, no necesariamente debe ser una conducta del sancionado).

Esto quiere decir que solo puede hablarse de sanción en aquellos casos en que la coerción estatal se ejerce como respuesta a alguna actividad voluntaria de un agente, o sea, cuando hay una conducta realizada mediando capacidad de omitir.

Los que carecen de razón o los insanos, no tienen control sobre los hechos que motivan la coerción que se dirige contra ellos.

El concepto de acto antijurídico (delito)

El concepto de delito está estrechamente vinculado con el de sanción.

Igual que sanción, la palabra delito no es de uso exclusivo del derecho penal. Junto con el homicidio, el hurto, la violación (delitos penales), se encuentran hechos tales como el incumplimiento de un contrato o cualquier actividad que produzca un daño patrimonial, que son actos antijurídicos o delitos para el derecho civil.

Generalmente, se piensa que un acto merece una sanción por ser un delito. Kelsen sostiene la verdad de la relación inversa: un acto es un delito cuando el orden jurídico dispone una sanción para su ejecución.

El punto de vista generalizado, que define delito independientemente de que esté prevista una sanción, es tachado por Kelsen de derivar de un enfoque iusnaturalista.

Esa concepción supone que hay actos que son delictuosos en sí mismos, los llamados *mala in se*, sea o no que el derecho los sancione, transformándolos en *mala*

prohibita. Los actos que son malos en sí mismos serían contrarios al Derecho natural y los actos prohibidos lo serían respecto del Derecho positivo.

Como Kelsen rechaza el dualismo “Derecho natural - Derecho positivo”, fundándose sobre todo en la imposibilidad de fundar científicamente los enunciados que hablan del Derecho natural, es obvio que debe impugnar la relevancia para la ciencia jurídica de los actos llamados *mala in se*. La ciencia del derecho solo debe ocuparse de las conductas prohibidas por el Derecho positivo.

Pero ¿cuándo un acto está jurídicamente prohibido? Se suele sostener que un acto está prohibido, es decir, que es delito, cuando contradice o “viola” alguna norma jurídica.

Pero Kelsen se opone a esta caracterización. En primer término, sostiene que solo hay contradicción entre dos proposiciones o entre dos normas, pero no entre una norma jurídica y una proposición descriptiva, pues ambos juicios pertenecen a dos mundos lógicos diferentes. Es contradictorio decir que debe ser “A” y al mismo tiempo que debe ser no “A”. Pero no es contradictorio decir que debe ser “A” pero de hecho ocurre no “A”.

Hay otra razón importante por la cual, en el sistema de Kelsen, el delito no puede contradecir una norma jurídica. Aun cuando en un sentido metafórico, se hable de actos que violan normas, tal afirmación no es posible según el esquema de normas jurídicas de Kelsen.

El esquema de una norma jurídica es del tipo “si alguien mata debe ser sancionado con diez años de prisión”. La conducta de matar no se opone a lo que la norma dispone, sino que justamente, cumple la condición establecida en su antecedente. La “violación” de una norma está constituida por la omisión de sancionar y no por la comisión del acto antijurídico.

Dado que, según Kelsen, solo es válida la afirmación de que el acto antijurídico es aquel al que una norma imputa una sanción, y no la relación inversa. La siguiente es su primera aproximación a una definición de “acto antijurídico”:

• **primera definición:** acto antijurídico es la condición o el antecedente de la sanción, mencionado en una norma jurídica.

El propio Kelsen encuentra rápidamente inconvenientes en esta definición, en relación al uso común del término delito.

Resulta que, si en lugar de los esquemas simplificados que siempre se ofrecen como ejemplos de normas jurídicas, se diera el caso de una norma completa, advertiríamos que, en su antecedente, aparecen no una sino muchas condiciones, no todas las cuales serían llamadas “delitos” por juristas y legos.

Veamos un ejemplo de norma jurídica un poco más completo: “si alguien mata, sin que haya legítima defensa, el fiscal lo acusa, el juez proporciona al detenido la oportunidad de defenderse, se prueba la acusación, etc., deberá ser condenado a diez años de prisión”. O este otro que presenta el mismo Kelsen: “Si dos personas celebran un contrato, una de ellas no cumple, y la otra la demanda, deberá ser ejecución forzosa, para el que no cumple”.

Estos ejemplos muestran que hay varias condiciones de la sanción y que, si esa propiedad fuera suficiente para llamar delito a un acto, resultarían calificados como delitos no solo el matar y el no cumplir un contrato, sino también, la acusación del fiscal, la actividad del juez, el celebrar un contrato y el interponer una demanda. Evidentemente, este uso de “delito” se aleja en forma intolerable del lenguaje ordinario.

Teniendo en cuenta esta dificultad, Kelsen propone esta segunda definición aproximativa:

- **segunda definición:** acto antijurídico es la conducta que, siendo condición de la sanción en una norma jurídica, está realizada por el individuo a quien la sanción se aplica.

Esta definición tiene la notoria ventaja de circunscribir el ámbito de las condiciones de la sanción: ya no son delitos la acusación del fiscal, la actividad del juez o la demanda del damnificado, puesto que no son conductas de quien debe sufrir sanción, sino de otros individuos.

Sin embargo, esta definición se hace pasible de una nueva crítica del mismo Kelsen: esta segunda definición no cubre los casos de responsabilidad indirecta; o sea, aquellas situaciones en que se sanciona a una persona por el acto antijurídico cometido por otra (como las sanciones civiles que se aplican a los padres por daños cometidos por los hijos menores de edad).

Así es que Kelsen propone su tercera y definitiva definición de delito:

- **tercera definición:** acto antijurídico es la conducta de aquel contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción establecida, como consecuencia, en una norma jurídica.

Esta definición tiende a resolver el primer inconveniente de la segunda definición, o sea, el problema de la responsabilidad indirecta. El delito puede provenir no solo de una conducta del sancionado, sino también de algún allegado a él.

Pero ahora nos encontramos con que el concepto de allegado es tan ambiguo, que podrían entrar en él tanto los padres, como los soberanos respecto de los súbditos, los amigos, etc.

Entonces, llegamos a la conclusión de que Kelsen no ha logrado perfilar un concepto satisfactorio de “acto antijurídico”.

Buscamos entonces una definición dentro de las propuestas por los dogmáticos del sistema penal: el jurista alemán Ernst von Beling formuló, en 1906, una definición de delito que sigue sirviendo hoy de base a las definiciones que proponen diversos juristas.

Beling definía delito como la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de punibilidad.

Son entonces requisitos de la definición de Beling:

1) Acción: la primera condición para que haya delito es que el individuo ejecute una acción. Por acción, se entiende un movimiento corporal voluntario o la ausencia voluntaria de determinado movimiento corporal. De ello surge que la acción puede ser tanto comisiva (matar) como omisiva (no prestar auxilio a quien lo necesita).

2) Tipicidad: una acción es típica cuando encuadra estrictamente en una descripción precisa contenida en una ley penal.

3) Antijuridicidad: además de ser típica, la acción debe estar sometida a pena para ser considerada antijurídica. Por ejemplo, matar en legítima defensa conforma una acción típica, pero no es antijurídica, ya que está eximida de pena.

4) Culpabilidad: para ser punible, no basta que la acción sea típica y antijurídica, debe ser además culpable. Una acción es culpable, cuando va acompañada de un componente psicológico característico, que puede ser el “dolo” (intención) o “culpa” (negligencia o imprudencia). Un individuo actúa dolosamente cuando quiere o consiente el resultado de su acto y obra con conocimiento de las circunstancias relevantes. En cambio, actúa culposamente cuando, no queriendo el resultado pero previéndolo como posible, o debiéndolo prever, actúa de igual modo.

5) Punibilidad: cuando una sanción es típica, antijurídica y culpable, es punible (o sea, está sujeta a pena) según el Derecho positivo.

El concepto de deber jurídico

Algunos teóricos del derecho identifican al deber jurídico con algún tipo de hechos de índole psicológica o sociológica. Ha sido frecuente construir el concepto de deber jurídico sobre la base del modelo de una persona que se encuentra coaccionada por las amenazas de, por ejemplo, un asaltante.

Hart critica con agudeza esta identificación. Sostiene que en el caso del asaltado, nadie diría que tiene la obligación de entregar el dinero (como se diría en el caso del pago de un impuesto), sino que se vio obligado a hacerlo.

Según Hart, la afirmación “se vió obligado a hacerlo”, es un enunciado de hechos psicológicos del agente, sobre su creencia de que si no entrega el dinero sufriría algún daño, y su deseo de no sufrir tal daño, aún a costa de la pérdida del dinero.

En cambio, para la afirmación “tenía la obligación o el deber de entregar el dinero”, no es necesario recurrir al estado psicológico del individuo. Tiene la obligación de hacerlo, más allá de si eso le causa o no temor.

Entonces, no se está frente a la creencia subjetiva de que se sufrirá un daño si no se actúa, sino frente a la probabilidad objetiva de que una persona que no actúa de cierta manera, sufrirá un mal.

Para Hart, si bien existe la idea de sufrir un mal, lo decisivo en el concepto de deber jurídico es la existencia de ciertas reglas o normas que permiten enjuiciar la conducta del obligado.

Cuando se dice que un sujeto está obligado se está aplicando una norma general a ese individuo particular, destacándose que su caso está comprendido en una norma.

En cambio, en la situación del asaltado no hay tal regla a la que recurramos para calificar su conducta.

Para Kelsen, el deber jurídico es la conducta opuesta al acto antijurídico. Por ejemplo, si evadir impuestos es condición de una sanción, no evadirlos, o sea, pagarlos, constituye el contenido de una obligación jurídica.

La conducta obligatoria, o sea el contenido de un deber jurídico, no aparece en la norma primaria sino en la secundaria. Si una norma primaria dice, por ejemplo, “si alguien comete usura debe ser multado con cien mil pesos”, la norma secundaria correspondiente dirá: “Debe omitirse la usura”, siendo el abstenerse de cometer usura un deber jurídico.

Vale decir que, según Kelsen, no hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta.

Genaro Carrió ha objetado la pretensión de Kelsen de reducir el deber jurídico a los casos en que se prevé una sanción para la conducta opuesta.

Según Carrió, el concepto de deber jurídico que delinea Kelsen puede ser adecuado, quizás, en el derecho penal. Pero no es operativo para describir la compleja realidad que se da en el derecho internacional, constitucional, laboral, comercial, administrativo, etc. Los juristas hablan en términos de deberes para referirse a una multiplicidad de situaciones que en muchas de las cuales no están previstas sanciones.

El concepto de Derecho subjetivo

Muchas veces decimos cosas como “yo tengo derecho a vestirme como quiero”, o “Juan tiene derecho a que le den vacaciones”.

En dichas frases, la expresión derecho no hace referencia a un sistema de normas, o sea, a lo que se suele llamar “Derecho objetivo”, sino a una situación particular en que se encuentra una persona o un conjunto de personas, en relación al Derecho objetivo.

Es necesario decir algo respecto de la relación que tienen los Derecho subjetivos con el Derecho objetivo.

Para el iusnaturalismo tradicional, los Derecho subjetivos son independientes de lo que disponen las normas de Derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del Derecho objetivo.

Los autores iusnaturalistas sostienen que lo único que puede hacer con ellos el Derecho positivo es reconocerlos y reglamentar su ejercicio. Además, el Derecho positivo debe proteger tales derechos subjetivos, un sistema coercitivo que no lo hiciera no sería digno de ser llamado “derecho”.

Esta ideología está admirablemente expuesta en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre, dictada en 1791 como culminación de la Revolución Francesa: “Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos; el fin último de todos los estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: el derecho de libertad, de propiedad, de seguridad, de resistencia a la opresión”.

El positivismo metodológico no se opone, en cuanto tal, a la idea de que puede haber derechos con las características que los iusnaturalistas les asignan, es decir, que son inherentes a la persona humana y que su existencia es independiente de su reconocimiento por el Estado. Pero sostendrá que tales derechos son morales y no jurídicos.

El significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión “derecho” implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos y deberes jurídicos deben ser verificables en términos de lo que determinadas normas positivas disponen. De este modo, no puede decirse que los habitantes de un país tienen, por ejemplo, el derecho jurídico de practicar libremente su culto cuando las normas del sistema jurídico de ese país prohíben las prácticas religiosas o imponen un culto oficial.

Los positivistas sostendrían que en un caso como el que recién fue mencionado, el derecho moral de practicar libremente el culto no fue reconocido por el sistema jurídico, y en consecuencia, no se refleja en un derecho jurídico correlativo. Ello afecta nuestro modo de ver y juzgar moralmente el sistema en cuestión, pero no impide, al contrario de lo que piensan los iusnaturalistas, que el sistema sea considerado un orden jurídico. Para los positivistas, el sistema jurídico no implica un sistema con fuerza obligatoria moral.

Los llamados “derechos individuales” son primordialmente derechos morales, sin perjuicios de que pueda haber derechos jurídicos correlativos en el derecho internacional y en los derechos nacionales democráticos.

Como derechos morales que son, la libertad de cultos, de expresión, de asociación, el derecho a la vida, a la integridad corporal, al debido proceso judicial, etc, son derechos que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país.

Precisamente, los derechos individuales están dirigidos a los órganos estatales e implican su deber moral de reconocerlos dictando normas que creen los derechos jurídicos correspondientes y no realizando actos que los restrinjan.

Entonces, ¿qué se entiende por Derecho subjetivo? Lo podemos definir como **una facultad o potestad reconocida por una norma jurídica que tiene un sujeto de derecho para exigir un determinado comportamiento (hacer, no hacer, dar) a otro.**

Para un mejor entendimiento analizaremos cada uno de sus elementos:

1. **Es una facultad o potestad:** un poder, un derecho para hacer algo.
2. **Reconocida por una norma jurídica:** en efecto, este poder puede emanar tanto de:
 - a. La voluntad de los legisladores (por medio de la ley):
 - i. Ejemplo 1: el derecho de alimentos establecido en el artículo 321 del Código Civil.
 - ii. Ejemplo 2: el recurso o acción de protección, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.
 - b. La voluntad de los particulares (contrato).
3. **Que tiene un sujeto de derecho:** Quien detenta este poder es el sujeto de derecho que la norma jurídica determina.
4. **Para exigir un determinado comportamiento a otro:** El objetivo de este poder es la exigibilidad de una acción u omisión por parte de otro sujeto de derecho. La existencia de un derecho implica un deber o una obligación, que en este caso está dada por el cumplimiento de la obligación por el sujeto obligado.

Clasificación de los Derechos subjetivos

1. Según su objeto y contenido:

a. Públicos y privados: Se formula esta clasificación en atención a la norma objetiva en que se fundan los derechos. Si dicha norma objetiva es de derecho

público, el Derecho subjetivo que deriva de ella es público. Si la norma objetiva es de Derecho privado, el Derecho subjetivo que se funda en ella, es privado.

b. Patrimoniales y extrapatrimoniales: Derechos patrimoniales son los que tienen por contenido una utilidad económica; o en otras palabras, los que pueden valuarse en dinero. Los derechos extrapatrimoniales son aquellos que no contienen una inmediata utilidad económica, ni son por tanto valubles en dinero.

2. Según su eficacia y naturaleza:

a. Absolutos y relativos: En cuanto a que el Derecho subjetivo debe ser respetado por todos (absoluto, es decir, *erga omnes*) o solo respecto de unas personas determinadas (relativos).

b. Originarios y derivados: Derecho originario es el que emana de su titular. Se trata de un derecho que antes no existía, y que se crea por un hecho del titular. Derecho derivado es aquel que antes pertenecía a otra persona.

c. Traspasables o intraspasables: Atendiendo a la posibilidad o imposibilidad de radicarse en otro patrimonio, los derechos pueden ser traspasables o intraspasables. Cuando los derechos se traspasan por acto entre vivos, se habla de transferencia. Cuando el traspaso se efectúa por causa de muerte, se alude a transmisión.

La regla general es que los derechos sean traspasables, pero en ocasiones, la ley establece que con la muerte de su titular, se extingue el derecho. Tales son los derechos personalísimos.

d. Puros y simples o sujetos a modalidad: Derecho puro y simple es aquel que puede ejercerse sin que sea previo el cumplimiento de ningún requisito. Derecho sujeto a modalidad es aquel que solo puede ejercerse previo el cumplimiento de un determinado requisito. Así, por ejemplo, el derecho que solo es posible ejercer vencido un plazo o cumplida una condición.

Derecho subjetivo en relación al “Derecho objetivo”

Como adelantábamos, cuando se habla de Derecho subjetivo se hace referencia también al Derecho objetivo (ordenamiento jurídico), pero, debemos dejar en claro que ambos conceptos no son contradictorios, sino que se complementan, se corresponden. Según lo visto anteriormente “el Derecho subjetivo existe, pues encuentra su reconocimiento en el Derecho objetivo, y este a su vez, cobra sentido cuando otorga a quienes está dirigido, Derechos subjetivos”.

Críticas a dicha distinción

Entendida la distinción anterior, debemos señalar que Kelsen postula que debiese eliminarse dicha dualidad entre “Derecho subjetivo” y “Derecho objetivo” por no existir dicha distinción y por ser innecesaria. En efecto, Kelsen niega que el concepto “Derecho subjetivo” tenga una existencia autónoma respecto del concepto de “Derecho objetivo”, por cuanto siempre que se habla de Derecho subjetivo se hace en referencia al Derecho objetivo. Es más, siempre que uno menciona “Derecho subjetivo”, dicha oración puede ser modificada a fin de que solo se mencione el Derecho objetivo.

Como señala Carlos Santiago Nino: “los enunciados que se refieren a derechos subjetivos jurídicos son equivalentes a ciertos enunciados que versan sobre el Derecho objetivo”.

Distintas acepciones de “Derecho subjetivo”

Para dejar en claro lo anterior, a continuación mencionaremos siete acepciones de “derecho subjetivo” y veremos cómo Kelsen las “transforma” en oraciones que hagan solo referencia al Derecho objetivo.

Los ejemplos que se señalan con la letra “A” se relacionan con el llamado “Derecho subjetivo”. Por otro lado, los ejemplos que se señalan con la letra “B” se relacionan con oraciones a la “kelseniana”, vale decir, que eliminan la referencia al Derecho subjetivo para sustituirlo por oraciones en que se hace referencia al Derecho objetivo.

1. Derecho subjetivo como equivalente a no prohibido

A. Tengo derecho de dormir hasta la hora que yo quiera.

B. No hay ninguna norma jurídica que establezca una sanción contra quien duerma hasta la hora que dicha persona desee.

2. Derecho subjetivo como equivalente a la ilegitimidad de prohibir

A. Aunque mi vecino me lo prohíba, tengo derecho a ver televisión en mi casa.

B. Mi vecino no tiene competencia para prohibirme ver televisión en mi casa.

3. Derecho subjetivo como equivalente a autorización

A. Los ayudantes me dieron derecho a reclamar por las notas.

B. Los ayudantes me autorizaron a reclamar por las notas.

4. Derecho subjetivo como correlato de una obligación activa

A. Tengo derecho a saber mis notas de ayudantías.

B. Los ayudantes tienen la obligación de darme a conocer mis notas de ayudantía.

5. Derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva

- A. Tengo derecho a que mi vecino no contamine mi casa.
- B. Mi vecino tiene la obligación de no contaminar mi casa.

6. Derecho subjetivo como acción procesal

A. Tengo derecho de interponer la acción o recurso de protección (artículo 20) en caso de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, que me ocasionen el sufrimiento de una privación, perturbación o amenaza en mis derechos y garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

B. Relación con la “posibilidad de recurrir a la organización judicial para lograr el cumplimiento de la obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el incumplimiento de la obligación”. En otras palabras, esto es lo que se conoce en lenguaje procesal como “acción”. Esto es para Kelsen un “derecho” en sentido técnico, por cuanto no se puede formular en términos de deber jurídico, constituyendo esta acción una noción autónoma. Sin embargo, el que la acción sea en sí una figura autónoma no quiere decir que no esté relacionada con el Derecho objetivo. Al contrario, estas acciones están descritas en el Derecho objetivo y son un antecedente de las sanciones que están establecidas en el ordenamiento jurídico.

Como señala Squella: “[son] acciones que las normas del derecho en sentido objetivo otorgan a los sujetos de derecho en determinadas circunstancias”.

7. Derecho subjetivo como equivalente a derechos políticos

A. Tengo derecho a ser a votar por quien yo quiera en las elecciones.

B. Squella nuevamente nos señala que “este sentido de la expresión derecho subjetivo constituiría una manera de expresar la participación que el propio Derecho objetivo acuerda a los sujetos para que intervengan en su producción”. Vale decir, los derechos políticos dicen relación con la participación que se les otorga a los sujetos en la producción de derecho (sea de forma directa o indirecta). Cabe señalar que esta participación de los particulares en esta producción de normas jurídicas generales es la característica esencial de la forma democrática de Estado

EL CONCEPTO DE COMPETENCIA

La competencia es la capacidad para obligar jurídicamente a otras personas; o sea, para dictar normas heterónomas. Se es competente para dictar una ley, una sentencia, una ordenanza, que son normas jurídicas que no se refieren, fundamentalmente, al individuo que las dicta.

Por cierto que la competencia no solo se actualiza dictando normas que disponen que cierta conducta es obligatoria, sino también cuando se dictan normas que permiten determinadas acciones. Sin embargo, difícilmente se considerará que alguien es competente para autorizar cierta conducta, si no es también competente para prohibirla; o sea para declarar obligatoria a su opuesta.

Siendo la competencia la facultad para regular jurídicamente la conducta de los demás, obviamente está relacionada con la forma de organización política de una sociedad. Esto supone, por lo menos, en sociedades medianamente desarrolladas, la centralización de la competencia en ciertos individuos especialmente designados.

Mientras todos los individuos son civilmente capaces, excepto los expresamente excluidos, solo determinados individuos son jurídicamente competentes.

La competencia para dictar normas jurídicas heterónomas solo está descentralizada en aspectos muy limitados de la vida social; por ejemplo, en relación del padre con sus hijos o del patrón con sus dependientes. Incluso estos casos son excluidos del ámbito jurídico por muchos juristas en virtud de considerar a la centralización de la competencia como una propiedad definitoria de “derecho”.

Como la competencia consiste en una autorización para dictar normas dirigidas a determinados individuos, es evidente que no se tiene, fundamentalmente, en cuenta condiciones generales, como el desarrollo mental en el caso de la capacidad, sino que tales individuos son nombrados específicamente.

Para que un individuo tenga competencia para dictar normas válidas, en relación a un cierto sistema jurídico, debe estar autorizado por una norma válida de ese sistema, o sea, por una norma dictada por otro funcionario competente, y así sucesivamente.

CAPÍTULO III: *Teoría de las Fuentes del Derecho: materiales y formales*

Dra. Marisa Spina

Dr. Javier Krentz Miller

Dr. Hernán Bustos Rivas

Dr. Nicolás C. Sommaruga

FUENTES DEL DERECHO

La palabra “fuente” en términos generales alude a fuente de agua que brota de la tierra naturalmente. Por extensión del término, suele significar aquello que es principio, fundamento u origen de algo.

En el mundo jurídico la metáfora es utilizada en el mismo sentido y existen las fuentes espontáneas y elaboradas; así como las formales y materiales; las directas e indirectas; unilaterales, bilaterales o multilaterales. Pero vayamos a las clasificaciones más comunes y compartidas por la mayoría de la doctrina y los grandes estudiosos del Derecho.

Sin ánimo de introducirnos en escabrosos problemas teóricos de la Filosofía del Derecho, entendemos que las fuentes del Derecho constituyen una especie de introducción al mundo del Derecho.

El sistema jurídico se asienta tratando de resolver u ofrecer ciertos equilibrios entre los estados y el orden internacional; entre las libertades y el poder; en los derechos de los ciudadanos protegidos por la Constitución Nacional y sectores contrarios al Estado de Derecho; en las relaciones de familia y la protección estatal; etc. Es por ello que para entender la noción de fuentes del Derecho resulta necesario saber para qué se necesita contar con tal precisión, es decir, en qué se ve favorecido nuestro cotidiano real.

Junto al jurista Cueto Rúa, señalamos que la actitud de abogados, jueces, legisladores y personas que de una o otra forma se vinculan al ejercicio del Derecho, cuando deben atender un cliente profesionalmente, decidir en juicio o intervenir en

el proceso de formación de una ley, es la de buscar el derecho aplicable al caso concreto acudiendo a las fuentes del Derecho.

Para la ciudadanía en general, conocer cómo se desarrolla el mundo de la interpretación del derecho que nos será aplicado, en todos los casos, genera una sensación de seguridad jurídica ciudadana y de protección, que permite a grandes rasgos, entender qué derechos nos asisten, cómo, cuándo y en que casos.

Entre ellas, se señalan: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina como las más relevantes.

FUENTES FORMALES Y MATERIALES

Antes distingamos dos modalidades de creación de derecho que nos ayudarán a comprender mejor la estructura y contenido de las normas, se trata del origen de mirarlas según su origen: formación deliberada y espontánea.

Cuando hablamos de creación de derecho **deliberada**, según Nino, nos referimos a ciertas reglas sancionadas por órganos competentes con la intención de establecerlas y que sean de cumplimiento obligatorio provocadas por conductas sociales o individuales que requieren regulación. La **Ley** es el mejor ejemplo para ilustrar este tipo de creación de derecho por conductas generales, ya que sigue el proceso de formación de las leyes establecido por la Constitución Nacional; y la **sentencia** sería casi su correlato para las situaciones particulares o individuales. Existe en este caso una amplia discusión doctrinaria sobre si los jueces al dictar sentencia, están creando derecho en sentido estricto, pero es una discusión de carácter filosófico que no es pertinente en este primer contacto con el Derecho.

Como último ejemplo de norma de creación deliberada, a mi entender de carácter inferior a los ya enunciados, sería un **contrato**, en tanto acuerdo de voluntades lícitas y legítimas. En este caso, existen dos voluntades que se ponen de acuerdo sobre ciertos aspectos que regularán la materia que los vincula (compraventa, alquiler, servicios u obras, entre otros). Entre las partes ese acuerdo será la “ley” que regirá esas conductas y actividades, en tanto se ajusten a derecho, claro está, y además en general se busca que contengan ciertos resortes de garantía que amparen a ambas.

En resumen, consideramos normas de creación deliberada a las leyes, a las normas emanadas de una convención constituyente, los decretos de los poderes ejecutivos (provinciales o nacional), las resoluciones ministeriales, las decisiones administrativas, las ordenanzas municipales, las resoluciones de los Consejos Universitarios, entre otras.

Entre las **espontáneas** la más famosa y clara es la **costumbre**, entendida como un comportamiento reiterado de los miembros de una sociedad determinada. Para

ser más claros, y junto a Nino una vez más, estamos hablando de aquella costumbre que genera normas de comportamiento y no de los meros hábitos individuales que, sumados podrían confundirse con la costumbre que tratamos de definir aquí.

La costumbre debe generar normas, sin embargo meras normas consuetudinarias no constituyen normas jurídicas de forma directa. El ejemplo de Nino en estos casos quiere decir que la moda, los usos y los gustos son costumbres pero no se transforman en normas jurídicas.

Resume Nino: “Para que una norma consuetudinaria sea a la vez una norma jurídica ella debe formar parte de un sistema jurídico, es decir, tiene que ser reconocida por los órganos primarios del sistema”.

A modo de continuación del razonamiento de Nino, la forma espontánea de creación de normas jurídica, son aquellos comportamientos sociales, institucionales o no, que teniendo reconocimiento de los órganos del sistema jurídico, no han tenido como objetivo primario la creación de una norma jurídica. Es el caso de la jurisprudencia.

La **jurisprudencia** es el conjunto de reiteradas resoluciones de conflictos similares que finalmente terminan siendo consideradas como antecedente para resolver futuras situaciones parangonables. En algunos casos son de aplicación obligatoria, cuando son el resultado de plenarios de una cámara que reúne varias instancias judiciales inferiores; o indicativas cuando ayuda tal orientación en casos controversiales.

Los criterios que asisten a un juez para dictar sentencia se basan básicamente en la interpretación de la letra de la ley pero también en aquellos conceptos que pertenecen a los principios generales del Derecho, como la equidad, el bien común, la razonabilidad. Y nos ayuda a entender Nino, “Cuando tales criterios son adoptados por los jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se da origen a ciertas normas jurídicas, que los jueces pueden considerar tanto o más obligatorias que las leyes (como ocurre en estados Unidos y Gran Bretaña)”. Hablamos ahora del conocido *Common Law*, donde los países que lo adoptan y usan consideran más eficiente que el derecho escrito (lo desarrollaremos más adelante). En nuestro país para ser tenida en cuenta la jurisprudencia no se estructura bajo una sola sentencia de un caso particular sino que requiere de una serie concordante de decisiones mediante el aval de un plenario de las cámaras pertinentes que así lo establecen.

Ahora estamos en condiciones de clasificar las normas en formales y materiales porque conocemos cada una de ellas y las ubicaremos desde otro punto de vista.

Guibourg enseña que la clasificación tradicional divide a las fuentes en **formales**, si el interés se centra en desentrañar los procedimientos o mecanismos por los que las normas son creadas (criterio de validez jurídica) y **materiales** si se trata de ex-

plicar el fundamento de la elección de un determinado contenido normativo (criterio de justificación moral o explicación política)”.

FUENTES FORMALES

Entre las formales encontramos a la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.

La ley

En un sentido amplio ley es cualquier norma creada mediante un procedimiento específico y que engloba disposiciones que prohíben o fijan conductas, determinan la organización política de un país, crean derechos y obligaciones para los particulares, establecen quién dicta normas de menor jerarquía y para temas u organizan procedimientos administrativos.

En un sentido más técnico, el significado de “ley” corresponde a cierta especie dentro del género del mismo nombre y abarca las normas dictadas por el órgano en que la norma suprema ha delegado esa potestad. En el sistema de nuestro país estamos hablando de la Constitución Nacional que ha determinado que las leyes las dicta el Congreso de la Nación.

A partir de allí, tendremos normas de menor jerarquía que ofician como “leyes”: resoluciones, disposiciones, decretos, decisiones administrativas, entre otras.

La costumbre

Hemos distinguido hábito de costumbre, o de la costumbre en tanto generadora de derecho diciendo que un hábito o una moda es una conducta adoptada por un grupo de personas de manera generalizada. Pero para que tal hábito devenga en costumbre debe valorarse la relevancia en la repetición, si se mantiene en el tiempo o es fugaz, si la práctica es reiterada en un lapso mayor de tiempo o se hace extensiva a una población mayor, entonces podemos hablar de norma consuetudinaria.

En la concepción tradicional suelen distinguirse tres tipos de costumbres: la costumbre de acuerdo a la ley (*secundum legem*), que sirve para precisar la interpretación del contenido; la costumbre más allá de la norma (*praeter legem*) que permite extender su alcance a casos no previstos en ella y la costumbre contra la norma (*contra legem*) que se juzga como ilícita o como derogación de la norma por desuso –desuetudo–.

La doctrina

La doctrina está constituida por las distintas teorías sustentadas por autores especializados, reconocidos como juristas, que publican su opinión y exhiben una línea interpretativa común de la ley.

El carácter de fuente de Derecho es sumamente cuestionado debido a la carencia de obligatoriedad de la doctrina. Sin embargo para considerar algo como fuente de Derecho no se requiere obligatoriedad sino fuerza de convicción objetiva.

En este sentido la doctrina cumple la función de organizar, sistematizar y dar sentido interpretativo a la ley y es continuamente invocada por los tribunales a la hora de fundar sus decisiones.

La jurisprudencia

La jurisprudencia es el conjunto de decisiones judiciales concordantes sobre un tema determinado que constituyen un criterio de objetividad que puede resultar aplicable a casos similares.

En nuestro país los fallos plenarios que dictan las cámaras de apelaciones constituye doctrina obligatoria para los tribunales inferiores a ellas.

FUENTES MATERIALES

Las fuentes materiales configuran todo aquello que contribuye a determinar el contenido concreto de la norma jurídica. Estas son: la equidad, la justicia, las concepciones filosóficas, intereses y valores.

¿CÓMO SE CONOCE EL DERECHO APLICABLE A UN CASO CONCRETO?

Teniendo en consideración la multiplicidad de fuentes del Derecho, y frente a un caso concreto, el sujeto decisor debe elegir la fuente en base a la cual se resolverá el conflicto. El problema acontece cuando las fuentes llevan a soluciones diferentes y el litigio puede ser resuelto de diversos modos según sea la elección de la fuente. Evidentemente no habría ningún inconveniente si todas las fuentes se expresaran en un mismo sentido para la resolución del caso. Pero cuando ello no es así, ¿A qué fuente debe darse prioridad en cada caso?

En este sentido, el agente decisor no tiene completa libertad para elegir con qué fuente desea resolver el conflicto. El principio de legalidad, derivado del artículo 19 de Constitución Nacional establece que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Entonces, en principio, para resolver un caso se debe acudir a la ley positiva conforme a lo que instituye nuestra constitución. En el mismo sentido, el título I del Código Civil se ocupa de definir de modo más específico la problemática en lo que hace a la aplicación de la ley. En dicho título se fija el principio general de la irretroactividad de la ley; esto es siempre y cuando la ley no estipule explícitamente lo contrario. Es decir,

que una ley solo puede ser aplicada a un determinado caso solo si hubiera sido promulgada antes del momento en que los hechos que configuran el caso hayan acontecido (a menos que se estipule explícitamente que rige para los casos anteriores).

Aun así podría suceder, y de hecho muchas veces sucede, que alguna situación no se encuentre contemplada en la ley. Evidentemente ello se debe al carácter dinámico del ser humano. Las leyes jamás podrán regular todas las conductas de los seres humanos debido a que constantemente van apareciendo nuevas formas de actuar derivadas del movimiento de los asuntos humanos. ¿Qué se puede hacer ante esos acontecimientos? El código estipula que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (artículo 15). Es decir, que es necesario encontrar una respuesta al problema aun cuando la ley no dé alguno de modo explícito. Por ello se establece que si las palabras o el espíritu de la ley son insuficientes para resolver la cuestión se debe proceder a la interpretación por analogía. Es decir, se debe proceder a buscar una ley que se aplique en una situación similar e intentar aplicarla en ese caso. Y si dicho procedimiento no es suficiente, por no haber una ley aplicable por analogía o porque aún subsisten dudas, el código estipula que se debe resolver “por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” (artículo 16).

Con respecto a la costumbre, la tradición suele clasificarla en tres tipos diferentes según su relación con la ley¹. En un primer lugar, se llama costumbre *secundum legem* a aquellas costumbres que brindan una solución idéntica a la que indica la ley (es decir, cuando las soluciones dadas por la ley y la costumbre coinciden y son la misma). En un segundo lugar, puede oponerse al resultado de la ley, en cuyo caso se la denomina costumbre *contra legem*. Y, por último, se denomina costumbre *proeter legem* a las costumbres que llenan el vacío dejado por las leyes. En la legislación argentina estaba explícitamente establecido que las costumbres pudieran crear derechos. Solo era aceptada la costumbre *secundum legem*, en donde la primacía de la ley era clara. Dicho criterio fue cambiado con la sanción del Decreto-ley 17.711 que procedió a aceptar que la costumbre fuera generadora de derechos siempre y cuando no hubiera una ley en sentido contrario. Es decir, que en el sistema vigente son aceptadas como fuente de derecho tanto la costumbre *secundum legem* como la *proeter legem*. Pese a ello la costumbre *contra legem* no es considerada fuente de derecho debido al rol democrático que tiene la ley por ser sancionada por el Congreso de la Nación Argentina.

Para finalizar, el artículo 21 del Código Civil establece que las convenciones realizadas por particulares (es decir, los acuerdos de voluntades entre personas) no

1 Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 69 y ss.

pueden ser fuente de derechos cuando exista una ley “en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

EL DERECHO INTERNACIONAL COMO FUENTE

Según Gordillo dentro del tema que aborda como “fuentes supranacionales” expone que de acuerdo al art. 31 de la Constitución Nacional “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. En consecuencia puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora estos al derecho interno de la Nación.

La Constitución de 1853/1860 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial, en consonancia a los tiempos de su dictado. Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasaba a ser, sin otro requisito de la aprobación por el Congreso, legislación interna, había dado lugar a soluciones diversas según las particularidades que presentara la convención e incluso la ley de aprobación.

Cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derechos humanos) carecía de asidero pretender que la ratificación valía solo frente a los demás estados y no para los habitantes de país respectivo, la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas. Pero es más, a partir de allí son ya derecho supranacional o aun orden público internacional, cuyo ámbito de aplicación y contenido se va extendiendo con el correr del tiempo y puede algún día llegar a cubrir el narcotráfico, el crimen organizado, el lavado de dinero y la corrupción, delitos que se hallan vinculados según el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Ese desarrollo es constante, nuestro país ha suscripto la convención internacional contra el soborno transnacional, que admite la jurisdicción de cualquier Estado parte sobre el lavado de dinero producto de tales delitos, sin importar el lugar de comisión del hecho. Nuestra legislación interna establece el mismo principio de jurisdicción universal de cada Estado sobre hechos acaecidos fuera del territorio donde podrán ser juzgados.

En realidad, desde hace décadas el país celebra contratos de crédito externo sujetos a la jurisdicción extranjera, el proceso ha continuado acentuándose y en la actualidad hay un verdadero orden económico-financiero internacional. En 1983 el país suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos y se sometió a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello

en 1990 ya precedimos a la Constitución, en el orden de prelación de las fuentes, por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En 1992 la Corte Suprema de Justicia de la Nación inició otro importante camino, que continúa desarrollándose, de reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno (Ekmekdjian, 1992, Fibraca 1993, Hagelin 1993, Giroldi 1995; Arce 1997, Petric 1998, Dotti 1998). En 1994, continuando este desarrollo de derecho interno, la Constitución lo consagra claramente, aunque no emplea expresamente el orden de jerarquía de las normas que aquí mencionamos. Pero el camino elegido normativamente no está sujeto a dudas de ninguna índole, como lo demuestran posteriores tratados contra la corrupción que aceptan expresamente la jurisdicción extranjera por hechos cometidos en cualquiera de los países signatarios. El derecho internacional público había sentado la superioridad de sus normas (*ius cogens*) sobre el derecho interno, ahora empieza a admitirlo el derecho interno, ante la presión internacional. Más aún nuestros tratados bilaterales de promociones de inversiones extranjeras autorizan al inversor a someter sus diferendos a un tribunal arbitral internacional, el cual aplicará las normas locales “y los principios pertinentes del derecho internacional”. Esto constituye una clara prelación de los principios tradicionales y contemporáneos comunes a todo sistema jurídico por encima de eventuales normas concretas que se le opongan.

La Constitución de 1994 reconoce, como mínimo, su propio nivel constitucional a diversos tratados de derechos humanos (art. 75 inciso 22) algunos de los cuales admiten expresamente la jurisdicción extranjera: así los referidos al genocidio o a la tortura, art. 5 o posteriormente el relativo a la corrupción. La Ley 25.319 aprueba la convención internacional contra el soborno transnacional, cuyo art. 7 reconoce jurisdicción a cualquiera de las partes signatarias para juzgar tales delitos de funcionarios públicos extranjeros, “sin tener en cuenta el lugar en que ocurrió el cohecho”.

Es pues un principio internacional y argentino de extraterritorialidad de la ley penal. La solución es menos novedosa de lo que parece, pues ya nuestro derecho penal clásico admitía que la falsificación de moneda argentina realizada en el exterior se regía por la ley y la jurisdicción del lugar de producción de sus efectos y no por el lugar de comisión del delito.

Diversos tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones autorizan el sometimiento a arbitraje de los reclamos de los inversores, lo que excluye la jurisdicción nacional en favor de la internacional en esos tratados también se establecen normas de derecho sustantivo, por ejemplo prohibiendo las nacionalizaciones de bienes extranjeros.

La Constitución admite también la cesión de poderes en los acuerdos de integración (art. 75 inc. 24) lo cual da carácter normativo supranacional a la miriada de normas del Mercosur y otros, ello incluye las normas de segundo grado en los tratados, como lo admitió la Corte en *Cafés la Virginia S. A. y Dotti*.

Admite así el carácter supralegal y para nosotros supranacional de los tratados y sus normas derivadas, algunos de los cuales también reconoce inequívocamente la inexistencia de soberanía (*Tratado Antártico*), y llega –en su máxima expresión actual– a la admisión de una jurisdicción internacional para ciertos crímenes de lesa humanidad y extranjera para otros ilícitos.

Las soluciones y opiniones consultivas de los órganos de aplicación de los tratados son consideradas derecho interno por la Corte (*Arce Giroldi*).

Igualmente los acuerdos transaccionales o “soluciones amistosas” que el país celebra en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos producen importantes mutaciones del derecho interno. Y ciertamente es mejor transar a tiempo, antes de perder luego en la Corte como nos pasó en *Garrido y Baigorria*.

El proceso continúa: una mala decisión jurídica, política o económica en violación al orden internacional puede costarnos puntos en la tasa de interés de nuestra deuda externa, reducción de inversiones, etc., con efecto multiplicador. No es gratis violar el derecho supranacional: hay sanción económica como mínimo.

TRATADO INTERNACIONAL

Es el acuerdo entre sujetos de derecho internacional, destinado a producir determinados efectos jurídicos: crear una obligación, resolver una ya existente o modificarla. No se hacen solamente entre Estados, sino que intervienen nuevos sujetos de derecho internacional (ONU, OEA, FMI, OIT, Unesco, etc.).

Así, y si tenemos en cuenta, por ejemplo, al Derecho administrativo, existen tratados sobre materias (como navegación, correo o comunicaciones) que en el derecho interno son reguladas por los tratados internacionales.

Nuestra constitución reconoce cuatro clases de tratados:

a) Tratados sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN): pueden tener jerarquía constitucional (2do. párrafo), son los once tratados enumerados, más la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. A través de ellos la Constitución Nacional incorpora principios sobre el hombre como ser humano. Pueden no tener jerarquía constitucional (3er. párrafo), para tenerla necesitan la aprobación del Congreso y luego el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miem-

bros de cada Cámara. Por ejemplo la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, antes de ser ratificada en el año 1997 no tenía jerarquía constitucional. Si no logran la jerarquía constitucional tendrán jerarquía superior a las leyes.

b) Tratados que no son sobre derechos humanos: tienen jerarquía superior a las leyes.

c) Tratados de integración (art. 75 inc. 24 CN): estos tratados son sobre integración económica y no sobre derechos humanos, por ende no pueden tener jerarquía constitucional (como los del inciso 22) pero tienen jerarquía superior a las leyes y se firman con países latinoamericanos u otros países. Un ejemplo de este tipo de tratados es el Tratado de Asunción.

d) Tratados de provincias con otros estados o con organismos internacionales: son aquellos que integran el derecho provincial y son inferiores a las leyes Nacionales.

Constitución Nacional - Tratado de Derechos Humanos (con jerarquía constitucional).

Tratados Internacionales.

Tratado de DDHH (sin jerarquía constitucional).

Leyes Nacionales.

Tratados Provinciales.

Leyes Provinciales.

Límites de los tratados con jerarquía constitucional

Tienen esa jerarquía en las condiciones de su vigencia, es decir, con las reservas que en su momento haya hecho nuestro país.

No pueden derogar artículos de la primera parte (llamada dogmática) de la Constitución Nacional.

Son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, aunque ante una contradicción entre uno de estos Tratados y la Constitución Nacional sucede: a) algunos autores sostienen que prevalece la Constitución, si se trata de la parte dogmática (primeros 35 artículos); b) otros que prevalecen los tratados; y c) otros que se debe tener en cuenta que favorece más a los derechos humanos.

Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

1.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2.- La Declaración Universal de Derechos Humanos.

- 3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 4.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- 5.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 6.- El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 7.- La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- 8.- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- 9.- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- 10.- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- 11.- La Convención sobre los Derechos del Niño.
- 12.- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (la cual obtuvo rango constitucional en el año 1997).

Etapas para celebrar un Tratado

Negociación y firma: se concretan los términos del tratado y es firmado por el/la presidente de la Nación.

Aprobación, desaprobación parcial o rechazo del tratado: lo hace el Congreso a través de una ley.

Ratificación en sede internacional: es la manifestación del Estado, hecha por el/la Presidente, de someterse a este tratado. Recién aquí se dice que el Estado está obligado por dicho tratado.

¿Como se denuncian estos tratados?

La denuncia es la desvinculación internacional del país con ese tratado. El poder ejecutivo hace la denuncia y el congreso la aprueba con las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Condiciones de vigencia del tratado

Se refiere a las reservas y aclaraciones que hizo nuestro país a cada tratado y concordato.

¿Que es una reserva?

Es la declaración unilateral que hace un Estado (al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él) de que algunas disposiciones del tratado no se le apliquen a él o sean modificadas.

Por ejemplo: nuestro país al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hizo reserva sobre la aplicación de dicho Pacto por Gran Bretaña sobre las Islas Malvinas expresando que nuestro país reafirma sus derechos de soberanía obre ellas.

RECEPCIÓN DEL RÉGIMEN DE FUENTES EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO Y EN EL *COMMON LAW*

Derecho anglosajón

El Derecho anglosajón (o *Common Law*), es aquel utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica y se caracteriza debido a que la fuente del derecho que tiene mayor preeminencia es la jurisprudencia.

Este sistema es el implementado en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, entre otros.

Básicamente el sistema de derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores y en las interpretaciones que en estas sentencias se da respecto de las leyes, por esto las normas pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales clarifiquen aquellos puntos oscuros o dudosos.

Un detalle muy importante a considerar es que, en casos posteriores, las sentencias previamente dictadas obligan al tribunal (y todos los tribunales inferiores a este) a fallar de la misma manera o de forma similar.

Por esto, el estudio del sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias, estudios que culmina en la elaboración de un “caso típico”, el cual se compara con la situación en estudio para ver si el criterio adoptado en la sentencia anterior resulta aplicable al nuevo caso.

Derecho Continental Europeo

La principal diferencia entre el sistema de derecho continental europeo y el sistema anglosajón radica en la distinta jerarquía existente entre las diversas “fuentes” de esos derechos.

El Derecho anglosajón es un sistema “jurisprudencial”, en tanto la principal fuente del mismo son las sentencias judiciales (el conjunto de las mismas se denomina

“jurisprudencia”), las cuales tienen un carácter “vinculante”, es decir, son obligatorias para todos los jueces, quienes no pueden apartarse de las decisiones tomadas previamente por otros magistrados.

En cambio, el derecho continental, debido a la influencia del derecho romano (que, desde sus comienzos, se preocupó porque las normas jurídicas fueran escritas, a fin de que todos pudieran conocerlas), es un derecho eminentemente “legal”, y la principal fuente de este es la ley.

En el sistema continental, las sentencias emitidas anteriormente por otros jueces no tienen carácter “vinculante” para el resto de los magistrados. Ni siquiera las sentencias emitidas por tribunales de las últimas instancias, como las cortes supremas, son obligatorias para los jueces de las instancias inferiores.

Visto desde el punto de vista de la jurisprudencia (y no de las fuentes del derecho), puede decirse que, mientras en el sistema anglosajón cada fallo de cada juez sienta una base jurisprudencial firme y con rango de norma legal, esto no ocurre en el sistema continental, en el cual poco importa que existan numerosas sentencias concordantes respecto de determinado asunto: ello no implica una obligación para ningún juez de fallar conforme a esa “tendencia” y tan solo complementa a la legislación respecto a la corriente doctrinal sobre determinado asunto, el cual podrá ser citado en el juicio pero no vinculará al juez.

En el sistema continental solo las sentencias del tribunal supremo sientan jurisprudencia y pueden ser citadas, mientras que las demás sentencias tan solo sientan precedente.

En otras palabras, en el sistema continental, cada juez puede resolver el caso que se le presenta de la forma que considere más conveniente o justa, e incluso puede apartarse de la jurisprudencia mayoritaria (aunque sea seguida por jueces que se encuentran por encima de él y que, eventualmente, deberán conocer en una revisión de sus decisiones), siempre y cuando pueda producir un fallo ajustado a derecho, y con fundamentos que justifiquen esa decisión (de lo contrario, lo más probable es que su sentencia sea dejada sin efecto por el tribunal superior).

La única excepción que, dentro del sistema continental, existe para este principio general son los llamados “fallos plenarios”, según se explica a continuación. En la mayoría de los países adheridos al sistema continental, existen tribunales que actúan divididos en “cámaras”, las que, a su vez, suelen estar compuestas de varias “salas”, cada una de las cuales atiende a casos distintos. Puede ocurrir que las diferentes salas de una misma cámara emitan soluciones dispares respecto de una misma cuestión: por ejemplo, que algunas reconozcan un derecho y otras no, a pesar de existir una relativa homogeneidad

en las situaciones fácticas planteadas ante ellas. Estas interpretaciones discordantes de las leyes generan una situación de inestabilidad en el sistema, que se conoce como “inseguridad jurídica”. A fin de evitar esa situación indeseable, se reúnen todas las salas de la cámara (por ello se dice que la cámara se reúne “en pleno”) y se ponen de acuerdo respecto de una única interpretación para determinada norma. Esta decisión se denomina “fallo plenario”, y tiene carácter vinculante, por lo cual, debe ser seguida por todos los jueces de esa cámara, así como por los jueces inferiores que actúan dentro de su órbita. Los fallos plenarios (con las distintas variantes que puedan presentar en los diferentes Estados) son el único caso, dentro del ámbito del sistema continental europeo, en que los precedentes judiciales resultan obligatorios para los jueces.

Su recepción en el Derecho argentino

Como se expresara, se entiende por fuentes del derecho las causas que lo han creado o configurado tal como es; y dentro de la pirámide normativa de nuestro ordenamiento jurídico las fuentes son parte integrante de este.

En este sentido, la Constitución Nacional constituye la fuente de todo nuestro ordenamiento jurídico, al igual que los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Es decir, que todo nuestro ordenamiento jurídico se estructura sobre la base de la Constitución Nacional, como así también los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Por su parte, también son fuente de derecho la jurisprudencia y la doctrina, toda vez que, a la hora de resolver una controversia, los jueces las utilizan, al igual que la costumbre.

En otro orden, dichas fuentes, han servido a la hora de dictar una ley, toda vez los legisladores las han tenido en consideración.

Un ejemplo de ello, es lo que ha sucedido con la sanción de la ley de divorcio o las actuales modificaciones al Código Civil, atentos que han sido el resultado de los cambios culturales por el transcurso del tiempo.

En resumen, las fuentes del derecho que hemos analizado en el presente, constituyen criterios a los que se recurre tanto en el proceso de creación de las normas, como a la hora de dirimir un conflicto judicial o no, con motivo que no solo sea expresión de la convicción de quien actúa, sino que sea una consecuencia de los integrantes de un grupo social.

Es decir, que constituyen los criterios objetivos a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo.

CAPÍTULO IV: *Teoría General del Derecho Constitucional. Constitución Nacional**Dr. Hernán Bustos Rivas*

La Constitución Nacional es un compendio de derechos, es también el límite al poder, el paradigma que debe alcanzarse en la institucionalización efectiva de la organización estatal.

Pero la Constitución Argentina es también un llamado a hacer grandes cosas (basta con leer el preámbulo y sus objetivos) desecha por ello, la mediocridad como actitud, requiere gobernantes constructores que exijan y se exijan en el cumplimiento de las atribuciones y los deberes, un pueblo que se someta a la ley y dirima sus conflictos por los cauces judiciales.

REFORMAS

La Constitución de 1853 fue sancionada por las trece provincias que participaron en el Congreso Constituyente celebrado en Santa Fe. Estuvo ausente la provincia de Buenos Aires (transitoriamente separada de la Confederación) que en 1854 dictó su propia ley fundamental, bajo el rótulo de “Constitución del Estado de Buenos Aires”. A los efectos de facilitar la incorporación de Buenos Aires a la llamada Confederación argentina el 11 de noviembre de 1859 se firmó el Pacto de San José de Flores que fue completado por el Convenio Complementario del 6 de junio de 1860. Por el artículo V del mencionado pacto se estableció que Buenos Aires revisaría la Constitución de 1853 en una convención local. Si este órgano formulaba observaciones en Congreso Federal debía convocar a una convención ad hoc para que las tomaran en consideración. Hay que agregar que el art. 30 de la constitución de la Confederación Argentina tenía dispuesto que no se podía reformar hasta pasados 10 años desde el día en que la juren los pueblos.

Diferencias entre la Constitución de 1853 y la de 1860

La convención constituyente de 1860 inauguró la aplicación de un criterio de representatividad innovador respecto del utilizado en 1853. En virtud del art. 3 del Convenio Complementario de San José de Flores, se dispuso que la distribución de representantes sería efectuada de acuerdo al art. 34 (hoy 46) de la Constitución que determina una distribución distinta para las diferentes provincias. La convención de 1858 estuvo integrada por dos representantes de cada provincia. Un dato llamativo fue la insistente prédica de los representantes de Buenos Aires por realizar modificaciones en la Constitución de 1853 que profundizan el federalismo establecido en ella. En conexión con esta actitud fueron reformadas varias normas de la Constitución mencionada. Con relación a la capital de la república, se dispuso eliminar la cláusula que determinaba que sería Buenos Aires estableciendo que habría de designarla el congreso.

Se hizo más restrictiva la intervención federal (art. 6); fueron establecidos los nombres del estado (art. 35); se trató de tutelar de toda injerencia federal la libertad de imprenta (art. 32); se suprimió el control político previo del Congreso de la Nación respecto de las constituciones provinciales, también la cláusula de intangibilidad temporal por 10 años; se estableció que los impuestos a la exportación seguirían siendo federales hasta 1866, fecha en la cual dejarían de ser nacionales y podrían ser provinciales (arts. 4 y 67 inc. 1) se suprimió la exigencia referida a la gratuidad de la enseñanza primaria en las provincias; se incorporó la cláusula de los derechos y garantías implícitos (art. 33), etc. La reforma de 1860 que introdujo veintinueve modificaciones en la constitución de 1853 representa una de las revisiones constitucionales más relevantes y aparece en el juicio de la historia como justificada, prudente y oportuna.

La reforma constitucional de 1866

El 9 y 13 de junio de 1866 respectivamente, el Congreso de la nación sancionó las Leyes 171 y 172 por medio de las cuales declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución y establecía la composición y las condiciones de funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente. El único objeto de la convocatoria era la revisión del art. 4 y el 67 inciso 1 (actual art. 75) en lo atinente a los derechos de exportación.

La convención fue presidida al igual que en 1860 por Mariano Fraguero, deliberó en Santa Fe, y el 12 de septiembre de 1866, sancionó dos modificaciones del texto constitucional vigente. Eliminó en el art. 4 la expresión “(...) Hasta 1866 con arreglo a lo estatuido en el inc. 1 de art. 67 (...)” relacionada con los derechos de exportación que había sido incorporada por la Convención de 1860; y suprimió en el inciso 1 del art. 67

(parte final) la frase “hasta 1866” en cuya fecha cesaron como impuesto nacional, sin poder ser provincial, con referencia también a los derechos de exportación.

La reforma constitucional de 1898

El 20 de noviembre de 1897 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 3.507 por medio de la cual declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución y estableció la forma de composición y funcionamiento de la Convención nacional constituyente. Fijó incluso un plazo de 30 días para el funcionamiento de la asamblea. El objeto de la convocatoria era:

- a) Adecuar el número de habitantes que el art. 87 (actual art. 45) determinaba como base para la elección de diputados nacionales.
- b) Revisar el art. 87 que se refería al número de ministros del Poder Ejecutivo.
- c) Revisar el inciso 1 del artículo 67 en cuanto no permitiera la instalación de aduanas libres en los territorios del sur de la República.

La Convención deliberó en Buenos Aires y sancionó el 15 de marzo de 1898 dos de las tres modificaciones propuestas.

Adecuó la cantidad de habitantes con relación a la cantidad de diputados nacionales. Estableció que la proporción de estos sería de uno cada 33.000 habitantes o en fracción de no menos de 16.500. Modificó el artículo 87 estableciendo en ocho el número de ministros del Poder Ejecutivo. La convención, en cambio, no hizo lugar a la reforma del inciso 1 del artículo 67. Además rechazó incluir en el temario otras modificaciones solicitadas por un grupo de ciudadanos.

La reforma constitucional de 1949

El 27 de agosto de 1948 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 13.233 por la cual declaró necesaria la reforma de la Constitución Nacional y estableció el modo de composición y funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente. La ley no especificó si la reforma sería parcial o total.

La convención deliberó en Buenos Aires sancionando el 11 de mayo de 1949 numerosas modificaciones de la Constitución.

La reforma fue amplia, abarcando el preámbulo y las partes dogmática y orgánica. En el preámbulo se agregó entre los objetivos del Estado, una mención explícita referida a la promoción de la cultura nacional, ratificando la “irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. En la parte dogmática, la mayoría de las modificaciones estuvieron inspi-

radas en las ideas del constitucionalismo social, así fueron establecidos los derechos del trabajador, de la familia, la ancianidad, la educación y la cultura. En cambio se desconoció el derecho de huelga. Se ordenó la estatización de los servicios públicos. Se reconoció expresamente la garantía del *habeas corpus* (art. 29). Se amplió la posibilidad de limitar las garantías constitucionales, agregando el estado de sitio, el estado de prevención y alarma (art. 34). El número de diputados fue establecido en razón de 1 cada 100.000 o fracción no inferior a 50.000. En lo referido a la parte orgánica fueron unificados en seis años los mandatos populares de diputados y senadores.

Con relación al presidente y vicepresidente de la República se mantuvo en seis años la duración de sus mandatos y la posibilidad de reelección indefinida (art. 78). Por el art. 82 el presidente y vicepresidente serían elegidos en forma directa por el pueblo a través del sufragio.

La revisión constitucional de 1949 ha recibido disímiles comentarios, destacados autores como Linares Quintana y Bidart Campos consideran que virtualmente se suplantó el sistema democrático por el totalitario.

La reforma constitucional de 1957

El gobierno de facto de la “Revolución Libertadora” había dispuesto mediante la proclama del 27 de abril de 1956 declarar vigente la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898 con exclusión de la del año 1949.

El 12 de abril de 1957, con el Decreto 3838 se dictaminó necesaria la Reforma de la Constitución Nacional, norma que incluía la posible modificación de treinta artículos de la Constitución. Preveía además la composición de a Convención Constituyente y sus normas de funcionamiento.

La Convención, cuyos integrantes fueron elegidos por el pueblo mediante el sufragio, sancionó el 24 de octubre de 1957 dos únicas modificaciones del texto constitucional vigente.

Una de las modificaciones consistió en el agregado de un artículo nuevo (así se lo llamó) a continuación del art. 14. Por medio de esta norma quedaron reconocidos los derechos del trabajador, los derechos gremiales y los derivados de la seguridad social. Además se incluyó en el inciso 11 del art. 67 la atribución del Congreso de La Nación para dictar el Código de Trabajo y la Seguridad Social.

La mayoría de los nuevos derechos consagrados estaban ya en la Constitución de 1949, sin embargo se incorporó el derecho a huelga que había sido injustamente negado por aquella.

La reforma constitucional de 1994

El 21 de octubre de 1993 el Senado de la Nación dio aprobación con las dos terceras partes de los votos de sus miembros totales a un proyecto de ley que declaraba la necesidad de la reforma constitucional.

Esta iniciativa muy difícilmente podría haber sido aprobada por la Cámara de Diputados teniendo en consideración que el oficialismo no disponía de la mayoría necesaria. Frente a tal situación el Poder Ejecutivo Nacional convocó a una discutible consulta popular voluntaria y no vinculante, que se realizaría el 21 de noviembre de ese año. Poco antes de esa fecha el 14 de noviembre el presidente Carlos Menem y el expresidente Raúl Alfonsín como jefes de sus respectivos partidos políticos convinieron en firmar un acuerdo conocido como “Pacto de Olivos” con el expreso propósito de impulsar la reforma constitucional.

El nuevo acuerdo constaba de tres partes principales:

- a) núcleo de coincidencias básicas;
- b) la enunciación de temas abiertos al libre debate y
- c) un conjunto de normas procedimentales.

Este documento quedó plasmado inmediatamente en un proyecto de ley que muy pronto recibió la aprobación de la Cámara de Diputados de la Nación y luego la del Senado, que le introdujo una sola enmienda al proyecto, el desacuerdo con la reducción de cuatro años del mandato de los senadores. En un trámite irregular el Senado no lo paso nuevamente a la Cámara de Diputados, como correspondía por la aplicación de art. 71 de la Constitución vigente en ese momento, sino que lo elevó directamente al Poder Ejecutivo el cual lo promulgo el 29 de diciembre de 1993, dando su origen a la Ley 24.390.

La elección de los 305 convencionales se concretó el 10 de abril de 1994.

La Convención inició sus sesiones el 25 de mayo de ese año y las culminó el 22 de agosto dentro de un plazo de 90 días dispuesto por la Ley 24.390. Las reformas fueron amplias y comprendieron la parte orgánica como dogmática.

En la primera parte de la Constitución Nacional (dogmática) se agregó un segundo capítulo bajo el título “Nuevos Derechos y Garantías”, que incluyó cláusulas de protección del orden constitucional (art. 36); del sufragio (art. 37); el reconocimiento explícito de los partidos políticos (art. 38); el derecho a la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); la protección del medio ambiente (art. 41); tutela de los intereses de los consumidores y usuarios (art. 42) y el reconocimiento del amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data* (art. 43).

Con respecto a la parte orgánica de la Constitución las modificaciones introducidas abarcaron a los tres poderes del Estado.

Fueron creados como organismos constitucionales de control la Auditoría General de la Nación (art. 85) y el Defensor del Pueblo (art. 86). Se autorizó, mediante determinados requisitos, la delegación legislativa del Poder Ejecutivo (art. 76).

Fue admitida la reelección del presidente y el vicepresidente por un solo período consecutivo con la posibilidad de reelección alternada después de transcurrido un nuevo período, y se acortó la duración de su mandato a cuatro años (art. 90). Se introdujo la figura el jefe de Gabinete de Ministros, cuya designación quedó librada exclusivamente al presidente de la Nación quién también lo puede destituir por sí solo (art. 99 inc. 7).

En el ámbito del Poder Judicial sufrió modificaciones el procedimiento de designación de jueces inferiores, al ser creado con esa finalidad el Consejo de la Magistratura (art. 114). Respecto de la designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, se mantuvo el nombramiento a propuesta del Presidente de la Nación y con acuerdo del Senado, aunque se agregó la exigencia de los dos tercios de los presentes en esta Cámara y de la sesión pública (art. 99 inc. 4).

Se le reconoció a la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo (art. 129).

Esta reforma constitucional fue ampliada (en un reconocimiento que no reconoce precedentes) por la Ley 24.430, promulgada el 3 de enero de 1995 que agregó como última parte del art. 77 de la Constitución Nacional esta disposición “(...) los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por la mayoría absoluta del total de los miembros de las cámaras”.

De esta forma la Constitución Argentina fue reformada en gran parte, sin alterar su ideario esencial. La continuidad resulta visible en la preservación de las declaraciones; los derechos y las garantías históricas, más allá de las dificultades, también notorias, para armonizarlos con los nuevos derechos, tarea en especial de jueces y tribunales.

En 1994 se procuró suturar las heridas a la legitimidad constitucional que la Ley Suprema exhibía como señas jurídicas de los desencuentros políticos. En ese sentido las enmiendas fueron exitosas. También lo fueron –aunque no solo en ello– al incluir el control de constitucionalidad expreso asignado a todos los jueces de la república en materia de amparo. Esa enmienda consolidó el control de constitucionalidad difuso e instituyó en la Ley Suprema el debate interjurisdiccional acerca de cuestiones constitucionales trascendentes.

El control difuso de constitucionalidad permite que antes de que las controversias lleguen a la Corte Suprema se haya desplegado un robusto debate jurídico en la

sociedad, a partir y en ocasión de las decisiones que al respecto tomen las instancias anteriores a la del Máximo Tribunal.

Últimas modificaciones legales

Consejo de la Magistratura y Jurado de enjuiciamiento; atribuciones del jefe de Gabinete de Ministros, Comisión Bicameral de control de decretos de necesidad y urgencia; de los decretos delegados y de los decretos de promulgación parcial de leyes; las enmiendas a la ley de usuarios y consumidores; la modificación del número de integrantes de la Corte Suprema, la reforma al Código de Justicia Militar.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL NOVEDOSA

Cuestión de igualdad en extranjeros, el problema de la movilidad en materia de seguridad social, las limitaciones convencionales a las amnistías y a los indultos; los bordes establecidos en materia de legitimación del defensor del pueblo; la estabilidad del empleado público, la relectura constitucional de los contratos y su aseguramiento o límites durante las emergencias, e impacto de la protección del ambiente; las atribuciones de las cámaras del Congreso en materia del exámen de los títulos de los legisladores; las garantías de la defensa en juicio y el papel constitucional del Ministerio Público; los nuevos alcances de la jurisdicción administrativa, el fin el papel de la Corte Suprema en los entresijos de la historia argentina y frente al impacto que en el orden interno genera la responsabilidad estatal en materia de violación de los derechos humanos.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El bloque constitucional está conformado por un conjunto de normas que se integran primero por la Constitución Nacional y además por los tratados internacionales que, a partir de la última reforma de la Constitución, adquirieron jerarquía de tales conforme el artículo 75 inciso 22 y ha sido motivo de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en su nueva conformación de manera que ahora se recurre para las soluciones de los casos a la Constitución y los tratados incorporados por leyes a la Constitución.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), hizo que estos pasen a integrar el bloque de constitucionalidad, entendido como conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución documental.

La citada norma al establecer que los tratados son superiores a las leyes, no hizo más que recoger lo ya establecido por la Corte Suprema en los autos “Ekmekjian Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo”. Cabe agregar que en lo referente a la operatividad de los tratados, a raíz de la mención de que estos adquieren rango constitucional “en los términos de su vigencia” en el aludido artículo 75 inciso 22, ello debe interpretarse que se refiere a su vigencia internacional y no a otra (precedente Giroldi), esto ha sido muy importante porque hasta 1983 la Corte Suprema consideró que los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación, en tanto y en cuanto aquellos hubieren cumplido los recaudos formales señalados por la Constitución, es decir haber sido concluidos y firmados por el Poder Ejecutivo, conforme a lo que disponía el art. 86 inc. 14 (actualmente art. 99 inc. 11) y aprobados posteriormente por una ley del Congreso de la Nación tal como lo exigía el art. 67 inc. 19 (actualmente 75 incisos 22 y 24) consecuencia de esta interpretación, era que una ley nacional podía dejar sin efecto total o parcialmente las cláusulas de un tratado internacional conforma al principio según el cual las leyes posteriores derogan las anteriores. Tal doctrina judicial fue conmovida por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (aprobada por la ley 19.865 del 3.10.72 y que entró en vigencia el 27.01.80) que en su artículo 27 establece categóricamente la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, pero tal primacía no puede entenderse que por tal primacía el Derecho esté por encima de la Constitución cuyas normas podría derogar o modificar.

En fallo de la Corte Suprema dictado el 5 de diciembre de 1983 en los autos “Cabrera c/ Comisión Técnica mixta de Salto Grande” (fallos 305:2150) haciendo suya la opinión del Procurador General de la Nación sostuvo que “Los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho sobre la Constitución Nacional, porque la rigidez de esta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén en conformidad con los principios de Derecho público de la Constitución”.

Al resolver la Corte Suprema los casos “Fibraca” 07/07/93 (Fallos 316:1669) y “Ekmekdjian c/ Sofovich” 07/07/92 admitió la prevalencia de los tratados internacionales sobre las disposiciones de derecho interno.

La cuestión varió como se dijo con la reforma de 1994, el nuevo art. 75 inc. 22 preceptúa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” y a continuación enumera diez tratados internacionales de derechos humanos concluidos; firmados y aprobados con las formalidades requeridas por la Constitución

Nacional a las que antes se han mencionado, respecto de los cuales preceptúa que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)”. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.

DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

Existen en la Constitución Nacional tres tipos de normas: las que contienen declaraciones, las que expresan derechos y las que disponen garantías.

Declaraciones: manifestaciones políticas; económicas, sociales, religiosas, culturales que configuran y perfilan la nación argentina como entidad social (ejemplo arts. 15 y 6), la forma de gobierno y Estado (arts. 1, 5, 6, y 22); los recursos económicos y financieros de este (art. 4); la relación con la Iglesia Católica (art. 2); el establecimiento de la Capital del Estado Federal (art. 3); la importancia de la agricultura, la industria y las ciencias y las artes (art. 25).

Derechos: Los derechos enunciados se identifican con las facultades de obrar, de no hacerlo y de exigir el proceder o la omisión del Estado y de terceros para lograr el disfrute de los derechos personales y sociales, reconocidos en sendas etapas de la historia constitucional argentina (ejemplo arts. 14; 14 bis y 33).

Garantías: Las garantías se conforman con una serie de instrumentos de protección de los derechos de las que derivan, también, otras facultades personales o colectivas y se abren en varias direcciones.

En principio se declaran las protecciones específicas que aseguran la libertad personal en sentido amplio (art. 18). De ellas se han derivado dos garantías en sentido estricto. El *habeas corpus*, regulado por ley y el amparo en principio una creación jurisprudencial. Del mismo modo el art. 17 enumera una serie de garantías de la propiedad, declarada como derecho en el art. 14.

En segundo término, de las declaraciones y derechos subjetivos pueden inferirse garantías institucionales, tales como las que limitan el estado de derecho. En esa línea deben anotarse, la división de poderes en sus tres modalidades; la clásica de la república, entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (art. 1), la federal, entre el gobierno central y los gobiernos locales (arts. 1 y 5) y la constitucional entre el poder constituyente originario, el poder reformador y los poderes constituidos (art. 30), el derecho a la jurisdicción (art. 5); el principio de razonabilidad que debe presidir –

con la motivación y la fundamentación— todo acto de poder (art. 28); el principio de legalidad y la limitación del poder (arts. 19 y 29) y la libertad de prensa (arts. 14 y 32), garantía del proceso democrático.

En suma, el primer capítulo de la primera parte de la Constitución Nacional, condensa la ideología y los valores propios de las democracias liberales en la formulación de 1853/60, cuando se sancionó la constitución histórica de la República Argentina.

PRINCIPIO DE INVIOLABILIDAD, PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Principio de autonomía

El principio que aquí se encuentra en juego prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar, instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución.

Este el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros. El principio de autonomía asigna también otra dimensión a la voluntad del individuo: los bienes que los derechos individuales protegen según ese principio, no solo deben satisfacer la condición de ser recursos que faciliten la libre elección de planes de vida, sino también que su posesión no sea incompatible con la materialización del proyecto que el individuo ha elegido.

Por lo tanto, puede afirmarse que la autonomía consiste en la libertad para elegir las propias acciones y decidir en consecuencia sobre la elección de los medios que conduzcan a los efectos elegidos; la responsabilidad, a su vez, implica que todo agente debe hacerse cargo de las consecuencias de sus actos libremente elegidos.

Principio de inviolabilidad

A un individuo se lo trata como un fin en sí mismo cuando se lo trata tomando en cuenta sus propios fines. Kant sostuvo explícitamente: “Los fines de un sujeto que es un fin en sí mismo tiene que ser también, si es que esta concepción tiene pleno efecto en mí, en la medida de lo posible mis fines”. Por su parte, el reconocimiento de ciertos derechos conforme al principio de inviolabilidad de la persona implica lógicamente la limitación de la persecución de objetivos colectivos en el ámbito de aplicación de aquellos derechos.

Principio de dignidad

Este principio prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. Se puede admitir que las manifestaciones de voluntad de la gente están condicionadas por su ubicación social, sus tendencias psicológicas o sus procesos fisiológicos y, sin embargo, adherir a la idea de que los hombres deben ser tratados según esas manifestaciones de voluntad en tanto y en cuanto ellas sean constitutivas de sus proyectos de vida, cualquiera que este sea. Por lo tanto, este principio concierne en que la decisión adoptada por la persona sea considerada como su plan de vida, y que por ello se mantengan, en cuanto sea posible, sin violar otros principios las consecuencias de la acción voluntaria que el individuo previó al decidir actuar e incorporó, por ende, a ese proyecto de vida.

Artículo 18 de la Constitución Nacional

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

El artículo 18 de la Constitución Nacional constituye una de las máximas garantías de la libertad personal, frente al abuso de poder y más allá de los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva.

En la versión clásica, la garantía procura evitar que inocentes resulten condenados mediante confesión obtenida por apremios, torturas o pruebas fraguadas o que los gobernantes persigan, de ese modo, a sus enemigos políticos. Desde la perspectiva de los derechos naturales –o en su nueva formulación, los derechos humanos– las seguridades y límites del artículo 18 de la constitución Nacional, consagran tanto la dignidad del eventual afectado por aquellas prácticas prohibidas, como de la sociedad en su conjunto, que se denigra a sí misma si las permite y del Estado quién si emplea conductas delictivas, pierde su legitimidad moral y jurídica.

Las garantías procesales se inician con el **derecho a la jurisdicción** es decir, con el derecho a peticionar ante tribunales judiciales la emisión de una sentencia justa y eventualmente absolutoria. Obligación del estado de crear tribunales judiciales independientes del poder político partidario, adjudicarles competencia y disponer las reglas de procedimiento que respeten los principios del debido proceso adjetivo.

El derecho de los afectados a solicitar de los tribunales el control de razonabilidad de las medidas restrictivas de la intimidad, de la libertad ambulatoria, en suma de la preservación de las garantías del artículo 18, exige de parte de los jueces que, en todos los casos, aquellas medidas sean motivadas en los hechos y las circunstancias del caso y fundadas en el derecho vigente (auto fundado para la intervención telefónica). “Yemal, Jorge G.” Fallos 321:510; (1998).

Como lo señala la Corte Suprema “El artículo 18 exige la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales, dotando de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (“Santillán, Francisco A.” Fallos 321:2021 [1998]).

De las garantías del artículo 18 derivaron la acción de amparo y la defensa contra la sentencia arbitraria, entendida como la negación del debido proceso legal o adjetivo y del derecho a obtener una sentencia justa. La reforma constitucional de 1994 incluyó expresamente en el artículo 43 las garantías específicas del amparo –en una versión ampliada de la clásica– el *habeas data* y el *habeas corpus*.

La primera frase del artículo 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado (...)” constituye una especie de principio de legalidad, establecido en forma general en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La norma dispone que los tipos penales –definición de hecho delictivo– y la sanción correspondiente deben establecerse por ley. Ni siquiera circunstancias excepcionales autorizan al Poder Ejecutivo a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia en materia penal (conforme art. 99 inciso 3 CN). Además la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso, con lo cual resulta inaplicable la ley penal más gravosa sancionada con posterioridad a los hechos. No obstante la Corte Suprema al declarar imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, debió examinar la aplicación de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad en el caso “Prats” a delitos cometidos antes de la entrada en vigencia en la República Argentina de la mencionada convención.

Por otro lado, el derecho a la aplicación de la ley más benigna –al momento de la sentencia o durante la condena– no derivaba de las garantías del artículo 18 de la Cons-

titución Nacional sino del artículo 2 del Código Penal, pero después de la reforma constitucional de 1994 se convirtió en un principio constitucional merced a los tratados a los que se le dio esa jerarquía y establecieron aquel derecho. Ese fue el criterio adelantado en una disidencia de la Corte Suprema en el caso “Ayerza”, de 1998. Finalmente en el caso “Cristalux S. A.” de 2006 la Corte Suprema aplicó el principio de la retroactividad de la ley más benigna en la misma hipótesis y por unanimidad. En suma, y tal como se ha señalado la jurisprudencia “ha entendido tradicionalmente que el principio de legalidad abarca a todos los presupuestos de la punibilidad y no solo a la descripción de la conducta típica en sentido estricto. En consecuencia, también los plazos de prescripción han de estar legalmente determinados con carácter previo y no cabe prorrogarlos retroactivamente”. (“Arancibia Clavel, Enrique L.” Fallos 327:3294 [2004]).

VALOR DE LOS INFORMES, RECOMENDACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y SUS EFECTOS EN LAS GARANTÍAS DE LA LIBERTAD

Se plantea el problema del valor que para los magistrados judiciales tienen aquellas decisiones al momento de interpretar las garantías que la Convención Americana reconoce en materia penal. Varios pronunciamientos de la Corte Suprema Argentina han recurrido a aquellos pronunciamientos, otorgándoles dispar valor y, al mismo tiempo dado alcance a las garantías derivadas del Pacto de San José de Costa Rica.

Si se examinan los precedentes de la Corte Suprema Argentina acerca del valor o carácter vinculante que la jurisprudencia de los organismos internacionales deben tener en el orden interno de la República Argentina desde “Ekmekdjian c/ Sofovich” hasta “Mazzeo”, se advertirá hasta dónde ha llegado el tribunal en orden a considerarse ligado por la interpretación que de las cláusulas de la Convención Americana ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conforme “Ekmekdjian c/ Sofovich” Fallos 315:1492 [1992] y “Mazzeo Julio Lilo s/ Rec. Cas. e inconstitucionalidad C. S. M. 2333 XLII [2007]).

LA DOBLE INSTANCIA EN EL PROCESO PENAL

En el caso “Giroldi”, sobre la exigencia de la doble instancia, la Corte Suprema sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención (conf. considerando II “Giroldi” Fallos 318:514 [1995] la Ley 1995-D; de 5 de julio de 1995).

La Corte Suprema dijo que no era aplicable “Jauregui”. El recurso extraordinario no constituía un recurso eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instan-

cia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como garantía mínima de toda persona inculpada de delito. Como consecuencia de ello la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto la norma vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal, en razón del monto de la pena.

No obstante en un precedente posterior y en *obter dictum*, la mayoría de la Corte Suprema dio alcance interpretativo al art. 8 inc. “h” de la Convención Americana de Derechos Humanos, al sostener que esa norma no impone –necesariamente– la renovación del debate realizado en el proceso.

Por otro lado la Corte Suprema ha dicho que la garantía de la doble instancia en materia penal no alcanza al Ministerio Público pues este es un órgano del Estado y no el sujeto destinatario del aquel beneficio.

Ello no impide que el legislador si lo considera necesario le acuerde igual atribución (conf. “Gorriarán Merlo y otra” CSJNG; 432 XXXIV [1999] considerando cinco).

PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHO A UNA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO

El artículo 7 apartado 5 de la Convención Americana Derechos Humanos reconoció el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o, en su defecto, a ser puesto en libertad. En consecuencia de esa disposición se sancionó la Ley 24.390 que reglamentó el instituto de la excarcelación por el cumplimiento del plazo máximo de prisión preventiva permitido. Al disponerse una excarcelación –aplicando la ley indicada– el Fiscal dedujo recurso extraordinario. Llegado a la Corte Suprema el caso “Bramajo”, el Tribunal incluyó las opiniones de la Comisión Americana de Derechos Humanos entre los documentos que deben servirle de guía de interpretación de las disposiciones de la Convención y fijó pautas a la que se debía ajustar la interpretación de la Ley 24.390. Si bien la Corte Suprema rechazó la inconstitucionalidad del art. 1 de la citada ley, entendió que los plazos de esa norma no debían aplicarse de forma automática por el mero transcurso del tiempo. El plazo razonable queda a apreciación judicial de acuerdo a la complejidad y gravedad de la causa, debiéndose tener en cuenta también en relación a la prisión preventiva que no debe convertirse en un adelanto de pena ya que estamos en presencia de un inocente. Asimismo el proceso no debe dilatarse de manera irrazonable.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

El derecho de toda persona a ser juzgada sin dilaciones indebidas aunque en la tramitación del proceso se encuentre en libertad, es una de las garantías de la defensa en juicio y de lo que se conoce como debido proceso judicial.

El debido proceso legal en el proceso penal

El debido proceso legal constituye una garantía constitucional, amplia e innominada, con aspectos adjetivos y sustantivos. El primero de ellos, también conocido como debido proceso formal, incluye el principio de legalidad, pero no lo agota. En materia penal resulta imprescindible que, para incriminar una conducta, se sancione una ley por el Congreso Federal, la que debe establecer el tipo penal y la pena consecuente. Además, todo el proceso de investigación de los hechos y autoría del delito –fundamentalmente la prueba colectada y pertinente– debe ajustarse a reglas formales que constituyen, cada una de ellas, garantías específicas.

La garantía del juez independiente e imparcial

Esta tiene, en el art. 18, dos protecciones expresas: el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales y a no ser apartado de los jueces designados por la ley antes del hecho que motiva la causa. Es lo que se denomina la garantía del juez natural y tiene como fin asegurar la máxima imparcialidad en el juzgamiento de las personas.

Legalidad de la prueba frente a la necesidad social de aplicar sanciones. La regla de exclusión y la teoría del fruto del árbol venenoso

La necesidad social de aplicar sanciones para perseguir el delito y resarcir de algún modo a las víctimas –cualquiera fuese la justificación de las penas privativas o limitativas de los derechos, tales como la libertad– no puede satisfacerse de cualquier manera. Encuentra su límite en el sistema garantista establecido en la Constitución Nacional e impide la utilización de pruebas ilegales. La teoría del fruto del árbol venenoso genera que si una prueba o diligencia judicial es declarada nula entonces se invalidan todos los elementos de convicción que derivan de esta.

Derecho a no declarar contra sí mismo. La confesión en sede policial

En materia penal el derecho a guardar silencio implica la facultad de no incriminarse y a que la eventual confesión rendida lo sea conforme a determinadas garantías.

Inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados

La inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados y de la correspondencia epistolar, constituye una garantía expresa cuyo allanamiento requiere una ley que determine en que casos y con que justificativos procederá aquel. La importancia del derecho protegido exige una norma general motivada y fundada. También a la norma particular –orden de allanamiento emanada del juez– se le exige el cumplimiento de ambos requisitos.

Derecho a disponer de un abogado defensor

Aunque no surge de modo expreso en el texto de la Constitución Nacional, el derecho a contar con un abogado defensor deriva de la defensa en juicio, que implica la exigencia de formas sustanciales en el proceso penal: acusación, defensa, prueba y sentencia. Una estricta interpretación garantista de lo sostenido por la Corte Suprema, implica que la detención o el interrogatorio policial es la primera oportunidad en la que el imputado debiera conocer su derecho a ser asistido por un defensor o, al menos el juez debe hacerlo antes de la indagatoria.

La prohibición de la pena de muerte

El problema de distinguir entre delitos cometidos por causas políticas y delitos comunes a fin de admitir eventualmente la pena de muerte contra esto y abolirla para siempre en el caso de los primeros, según lo establecido en el art. 18 de la CN dejó de ser relevante luego de la jerarquía constitucional obtenida por el Pacto de San José de Costa Rica. La mencionada convención estableció una serie de disposiciones que garantizan el derecho a la vida y restringen o prohíben la pena de muerte según los regímenes penales de los estados que forman parte de este. Al ser derogado el Código de Justicia Militar en agosto de 2008 en la Argentina desapareció esa pena inhumana y cruel en todos los casos.

Finalidad de las cárceles y garantías de los detenidos

Las disposiciones del art. 18 de la CN respecto de las cárceles y los detenidos, han dado lugar a dos interrogantes. El primero de ellos referido a la finalidad del encarcelamiento y a la posibilidad o no de la supresión de la pérdida de libertad como castigo penal. Luego está el tema de –aceptado el hecho del encarcelamiento como pena y con el objetivo de resocialización de los imputados– las condiciones en que deben estar los establecimientos destinados a ello (incluyendo las comisarías). Dado que la misma Constitución presupone la existencia de cárceles, deben garantizarse las condiciones mínimas de seguridad y respeto por las personas detenidas y condenadas que tales establecimientos deben brindar. A mayor abundamiento los tratados de derechos humanos ya referidos, obligan a los estados parte en el mismo sentido vedando todo trato inhumano y cruel. Sobre esta cuestión el Poder Judicial tiene atribuciones específicas para amparar a las personas detenidas o condenadas, asegurando condiciones de detención y prisión dignas, mediante la procedencia del *habeas corpus* correctivos.

ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservados 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”

Interpretación general

Del artículo redactado precedentemente surge que estamos en presencia de dos principios básicos y sustantivos:

- a) el principio de la privacidad –el cual contiene el derecho a la intimidad– y
- b) el principio de legalidad.

Sin embargo de estos dos principios el que ha dado mayor controversia a lo largo del tiempo es el principio de privacidad, basado en todo aquello que los seres humanos efectúan en el seno de su vida y que como ya se ha dicho no afectan a terceros, por ello es que se enmarca aquí el respeto a la autonomía y a la libertad personal.

Se puede decir que un origen lejano de nuestro artículo 19 resulta ser la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de la República de Francia aunque en nuestro articulado –y a diferencia del digesto francés en el que la libertad personal se detiene ante daños a terceros– se introdujo la expresión **acciones privadas reservadas a Dios** por lo que se las resguardó de la intervención estatal que podría llegar a recaer sobre ello, siempre y cuando de ningún modo ofendan el **orden y a la moral pública, o perjudiquen a un tercero**.

En la primera parte del art. 19 de la CN, se establece claramente el principio de autonomía de la persona humana, tomada como centro del sistema político que debe servir al desarrollo de la libertad, sin embargo no implica la neutralidad del Estado en materia de fines y medios, relativos al orden, la moral pública y el causar daños a terceros.

La distinción entre acciones privadas y acciones realizadas en privado aquí resulta vital para proteger conductas humanas que, aun realizadas en público, no interfieran con los derechos de terceros, ni afectan al orden, ni a la moral pública. Basándose en ello el autor Carlos Santiago Nino impulsó debates acerca de esta cuestión y sostiene: “La República Argentina se encuentra en mejor posición que otros países de garantizar los derechos personales en virtud del Art. 19 de la Constitución Nacional (...)” (*Fundamentos del Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Editorial Astrea). Con ello, si comparamos con otros sistemas jurídicos en los Estados Unidos estos derechos nacieron de una creación pretoriana de la privacidad, sin embargo, en nuestro país, implicó la aplicación directa de una norma jurídica.

El tema central de la discusión aquí gira en torno a si la atribución estatal para imponer o prohibir conductas debe ejercerse ante cualquiera de estas hipótesis: a) afectación del orden; b) afectación de la moral pública y c) daño a terceros; o bien si solo existe afectación al orden y a la moral pública cuando se causa perjuicio a terceros. Explicado esto, debe tenerse en cuenta que si se elige la segunda opción y/o interpretación (afectación al orden y a la moral pública cuando se causa perjuicio a terceros) queda en pie aún la delimitación y alcance del daño a terceros como cuestión problemática.

Privacidad valorada como principio de no interferencia

El art. 19 de la CN resguarda de la interferencia de Estado algo más que la privacidad, dado que la norma no impone una moral privada, ni un modelo de vida sino que deja ello librado a la moral y a las convicciones y a los principios religiosos de cada ser humano que habita la nación. Así, únicamente intervendrá el Estado impidiendo o imponiendo conductas cuando estas ofenden al orden o a la moral pública o a un tercero.

Debe quedar claro que el artículo que estamos analizando protege un área del obrar humano de la interferencia estatal, y lo declara reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados aunque no de reproche moral, reproche que deviene de la recriminación social o bien de la propia conciencia.

Analizado desde la hermenéutica al expresar este artículo “(...) que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública (...)” y “(...) ni perjudique a un tercero (...)” se desprende que el constituyente estaba definiendo tres circunstancias en las cuales la reglamentación normativa de los derechos y la contención judicial de las conductas son constitucionales.

Es importante determinar cómo se llega, con qué resguardos, por cuál método, con qué legitimidad y mediante qué reglas razonables a la determinación del daño a terceros que permita la acción limitativa de las autoridades para poder examinarse a través de diferentes estándares de razonabilidad.

Lo que sí debe quedar claro es que lo que se ha instalado y se ha circunscripto son los conceptos de orden y moral pública.

Una cuestión problemática a resolver es preservar la privacidad de las acciones en el espacio público dado que el ejercicio de la libre expresión, de la creación artística, de la difusión de mensajes publicitarios y campañas públicas pueden afectar a terceros que no concuerden con esas ideas o expresiones por lo que hay que tener en cuenta que una sociedad democrática y plural requiere respeto por los ideales y modos de vida de unos u otros.

En este apartado hay que diferenciar la privacidad de la no interferencia de la intimidad, esta última, derivada de la primera, ampara el derecho a ser dejados a solas, a velar y excluir de las miradas de terceros la interioridad, los pensamientos y el núcleo central de la personalidad. No se trata de impedir que el Estado reprima conductas o las imponga, sino de preservar del conocimiento ajeno (ya sea estatal o no) aquellos derechos y resguardar el derecho al secreto y al silencio de las personas.

PROTECCIÓN ESTATAL DE LA VIDA HUMANA Y LA AUTONOMÍA PERSONAL

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA USO PERSONAL

En el contexto establecido por el art. 19 existe una problemática que debe resolverse y es el caso de la **protección de la vida humana frente a la autonomía personal**, situación esta que puede ejemplificarse en los casos de interrupción de tratamientos médicos y al derecho de “morir con dignidad” cuando estamos hablando de la propia vida, entrando en juego aquí la cuestión moral, la cual suscita interrogantes cuando se traslada al ámbito jurídico y se aplica a ciertas hipótesis.

Ahora bien, en ocasiones el interés legítimo del Estado en la preservación de la vida puede implicar la anegación de otros derechos personalísimos que igualmente son protegidos por la Constitución tales como la privacidad, la autonomía, la religiosidad y el respecto a las propias convicciones.

Teniendo esto en mente, ¿hasta dónde puede llegar la prioridad de aquel interés? (es decir el interés legítimo del estado): a) el de mayor indefensión de la persona (los que están por nacer, los incapaces, los menores, los privados de conciencia), b) el de los derechos reconocidos constitucionalmente, para examinar el grado de resguardo que les son debidos (derechos a ser aliviados en el dolor, rechazar el encarnizamiento terapéutico, controlar los últimos momentos de la propia vida, morir con dignidad).

En este tipo de casos es menester conocer la opinión de la Corte Suprema de la República Argentina, a la que llegó el caso “Bohamondez Marcelo” (año 1993) el cual resultaba pertenecer al credo de los Testigos de Jehova negándose por ello a ser transfundido, y aunque la mayoría de la CSJN no se pronunció sobre la cuestión sustantiva (dado que no existía agravio actual porque el paciente ya había sido dado de alta) el voto de concurrencia como las dos disidencias sentaron jurisprudencia en el tema (conforme a los considerandos 9, 10, 11 y 13 de los votos en concurrencia de los ministros Fayt y Barra y disidencias de los ministros Belluscio y Petracci).

Aquí puede tomarse como jurisprudencia extranjera aquella establecida por el llamado “Caso Vacco”, el cual se generó en los Estados Unidos cuando médicos del estado de New York y pacientes gravemente enfermos, alegaron que la prohibición

de ayuda al suicidio aplicada a quienes asisten a enfermos terminales que padecen intensos sufrimientos violaba la cláusula de igual protección de las leyes, creándose con ello la diferencia entre intención y causación, siendo este un principio interpretativo al cual los jueces pueden acudir (ver “Vacco Attorney General Of New York, et. al. v. Quill et al” del 26 de junio de 2007).

Ahora bien, respecto de la **tenencia de estupefacientes para uso personal**, esta cuestión ha suscitado una fuerte controversia en nuestro país a lo largo del tiempo y cambios en los criterios jurisprudenciales.

En este contexto, la cuestión a dilucidar consistía en determinar si la tenencia de estupefaciente para uso personal (hablando siempre de una pequeña cantidad) constituía una acción privada que se encontraba ajena a la autoridad de los legisladores y de los magistrados.

A lo largo de la historia jurídica, la tenencia de drogas para uso personal recorrió tres etapas, las cuales culminaron en el año 2008. Así en la primera de ellas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, calificó severamente el uso de estupefacientes por los efectos que dicha práctica produce afirmando asimismo que la tenencia personal integra la cadena de producción, comercialización y consumo por lo que al ser el tenedor un eslabón para su funcionamiento, este debía ser severamente penado (fallo “Colavini”). Luego de ello y ya con otra composición la Corte cambió su pensamiento radicalmente (segunda etapa) y estableció que la tenencia de estupefacientes para consumo personal quedaba amparado dentro de las garantías de privacidad del art. 19 CN (fallo “Bazterrica”). Esta posición de la Corte trajo aparejada la revisión por parte del Poder Legislativo de la Ley 20.771, y por este motivo el Congreso la examinó nuevamente y luego procedió a la sanción de la Ley 23.737, la que actualmente rige en temas de estupefacientes. Más tarde y en la tercera etapa jurisprudencial, la Corte retornó al criterio elaborado en el fallo Colavini pero ya bajo la vigencia de la mencionada Ley 23.737 (fallo “Montalvo”).

Finalmente, todavía vigente la doctrina establecida por la Corte Suprema en el caso “Montalvo”, la Cámara Nacional Federal dictó dos sentencias en las que examinó la constitucionalidad de las normas que penan la tenencia de drogas para consumo personal, según ello la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal es constitucional si de las condiciones de esta (pequeña cantidad) y de las circunstancias que la rodean (ej: una persona se disponía a consumir un cigarrillo de marihuana en una plaza, lugar en el cual se encontraban jugando niños) emerge un concreto riesgo para la salud pública, en cambio si esa tenencia en escasa cantidad

permitían descartar el riesgo potencial para la salud pública, la penalización de dicha conducta vulneraría la privacidad y sería, por lo tanto, inconstitucional.

Los intereses estatales en materia de salud reproductiva y procreación responsable y el derecho a la intimidad e identidad familiar. Derecho a la no interferencia estatal en las creencias religiosas (minorías de ellas)

La salud es considerada, junto a la educación, la justicia y la seguridad, una obligación básica. Así las atribuciones estatales se amplían en el ejercicio del poder reglamentario para poder satisfacer mejor aquellos requerimientos.

En torno a la salud de la población se hacen nítidas las relaciones que la prevención y la prestación de servicios sanitarios tienen con la educación. Por otro lado, se hacen visibles los cambios de las costumbres, la prolongación del período de adolescencia, crecimiento del desempleo, embarazo y maternidad adolescente, eventual abandono de la escolaridad y desamparo económico entre tantas otras cosas.

En este aspecto, fue la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (sancionada en 1996) la que prestó atención a estas cuestiones, en base a ello, y con la finalidad de reglamentar las normas impuestas por ellas, la Legislatura de dicha ciudad sancionó la Ley 418 y la modificó mediante la Ley 439, lo que ocasionó debatir acerca de la intromisión estatal en cuestiones de la más estricta privacidad en las visiones religiosas y morales de las personas.

Las cuestiones planteadas por las leyes mencionadas llegaron a los tribunales mediante amparos solicitados contra el Gobierno de Ciudad de Buenos Aires declarándose así inconstitucional la Ley 418.

Respecto de la **interferencia del estado en las creencias religiosas o bien en las convicciones personales** de las minorías puede producirse en razón de los fuertes intereses públicos en educar o bien en proteger la salud de dichas minorías religiosas o culturales, como puede ser el caso de los Amish y los Memonitas (fallo “Bahamondez”).

Principio de intimidad

El derecho a la intimidad ampara “el derecho a ser dejado a solas pues la incolumidad del principio de determinación autónoma de la conciencia requiere que la persona sea dejada a solas por el Estado cuando toma las decisiones fundamentales de la vida” (voto del ministro Petracchi en “Ponzetti de Balbin c/ Editorial Atlántida S. A.” [1984]).

Con el resguardo de la intimidad se protege de la mirada de terceros un área personal vedada a los demás, al poder público y a los particulares.

La protección de ese derecho a excluir la interioridad y la exterioridad personal de la vista y difusión por parte de terceros, de raíz constitucional, fue reglamentado por el art. 1071 bis del Código Civil.

La intimidad personal puede ser afectada por el ejercicio del derecho a informar.

Los aspectos del derecho a la intimidad en pugna con el derecho de informar, fueron considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S. A.”. En dicho caso una revista de actualidad había fotografiado a un líder político en una sala de terapia intensiva en la cual se estaba atendiendo, fotografía que había sido obtenida sin el consentimiento del afectado o su familia, originando ello la demanda por parte de la esposa e hijo de Balbín (Diputado Nacional) por daños y perjuicios contra la mencionada editorial, caso que llegó al máximo tribunal quien fundó su fallo en el derecho a la privacidad e intimidad consagrados en el art. 19 CN.

La sentencia “Balbín” tal como se conoce en el ámbito jurídico, procura un equilibrio ajustado entre los derechos constitucionales.

Exhibir públicamente imágenes personales que fueran celosamente guardadas puede atraer una perturbación a la actividad diaria de los afectados.

Continuando con este tema la protección legal de las imágenes fotográficas de las personas tiene en la República Argentina antigua data, dado la sanción de la Ley 11.723 (de propiedad intelectual), la cual dispone que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento de ella y una vez muerta su cónyuge, hijos y descendientes.

La prohibición legal de la reproducción de imágenes personales se extiende a la difusión de ellas por otros medios electrónicos además de fotográficos.

Por cierto, aunque se trate de imágenes referidas a temas de interés general, debe resguardarse siempre un mínimo de intimidad y respeto a fin de no vulnerar la dignidad humana.

Intimidad y registro de datos personales. Intimidad e intervenciones telefónicas. Privacidad e intimidad del correo electrónico y en Internet. E-mail laboral

La garantía del *habeas data*, incorporada expresamente en la reforma constitucional de 1994, adiciona una **protección especial a la intimidad cuando la intrusión proviene de los bancos de datos** públicos o de los privados destinados a proveer informes.

La Ley 25.326 (reglamentaria del *habeas data*) estableció protecciones específicas de la intimidad referidas a datos sensibles, relativos a la salud y dispuso el deber de confidencialidad de los responsables de los bancos y quienes intervengan en el tratamiento de datos.

Ahora bien, respecto de las **intervenciones telefónicas** estas no resultan compatibles con el resguardo de la intimidad de las personas cuando las mismas son derivadas de investigaciones penales.

En el ámbito de internet, el **correo electrónico** es considerado como “un equivalente electrónico del correo convencional de papel” o como “toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o mas personas por medio de una red de interconexión entre computadoras”.

Tanto como los papeles privados o la correspondencia epistolar, el correo electrónico se encuentra protegido por las garantías que reconocen los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Adunándose a ello la Ley 26.388 (publicada en el Boletín Oficial el 25/6/2008) protege la confiabilidad del correo electrónico.

La privacidad del e-mail y su viabilidad como medio de prueba, en determinadas circunstancias que no se dieron en la controversia, fue reconocida por la justicia comercial.

Finalmente, y respecto del **correo electrónico en el ámbito laboral**, la jurisprudencia argentina ha preservado los derechos de los empleadores cuando dichos correos son usados en forma indebida. Por su parte la Cámara Nacional del Trabajo, consideró justa la causa de despido de un trabajador, quién por medio de correos electrónicos enviara a su competidor datos confidenciales.

Principio de legalidad

Este principio esta expresado de modo genérico en el art. 19 de la CN, la cual a su vez dispone en varias de sus normas aplicaciones específicas de este principio, por ejemplo en materia penal (art. 18) y en materia tributaria (art. 4, 17 y 75 inc. 1).

El principio de legalidad esta directamente vinculado con el debido proceso adjetivo y este con el debido proceso legal, como garantía innominada de la Constitución Nacional (Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso*).

El principio de legalidad requiere la existencia de ley emanada del Congreso y sancionada y promulgado por el Poder Ejecutivo mediante requisitos constitucionales.

Como corolario de todo lo expuesto en este punto, debe tenerse presente que el principio de privacidad garantiza a todas las personas el derecho a decidir por sí mismas acerca de que quieren hacer con sus vidas siempre y cuando con ello no ofendan de ningún modo el orden y a la moral pública ni por supuesto perjudique a terceros.

El derecho a la privacidad y a la intimidad que reconoce el art. 19 CN, establece límites al poder estatal, límites estos que resultan infranqueables para la legislación y para las decisiones de los magistrados.

LAS LAGUNAS NORMATIVAS. EL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. LA CLAUSURA DEL SISTEMA. EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN*

El Código Civil Argentino, obra realizada por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, la cual fuera aprobada a libro cerrado en 1869 y que entrare en vigencia en 1871, ha sufrido con el pasaje del tiempo varios intentos de reforma. Una de las más importantes fue la reforma efectuada por el Dr. Guillermo Borda plasmada a través de la Ley 17.711 que entró en vigencia el 1 de julio de 1968.

El artículo 16 expresa: **“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”**.

Cuando nos referimos a la interpretación de la ley, lo hacemos entendiendo que interpretar no es más que buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto a gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia.

¿Son todas las normas susceptibles de interpretación?

Un adagio tradicional afirma *“in claris non fit interpretatio”*, es decir, si la ley es clara, de modo que en su letra pueda conocerse la intención del legislador, no hay que interpretarla sino sujetarse a su texto.

La norma bajo análisis alude tanto a la interpretación como al sistema de las fuentes del Derecho civil, ello si, en cuanto se refiere a las palabras y al espíritu de la ley, materia que debe ser el objeto de preocupación del intérprete, si a pesar de la indagación que se haga del texto y de la intención del legislador no se llegase a la solución del caso, el juez debe recurrir a la interpretación integradora que se resuelve en la utilización de la analogía, y en definitiva, puede recurrir a los principios generales del derecho, no limitados a los que emanan del ordenamiento positivo, sino vinculados al Derecho natural o a la idea de justicia.

Cuando el artículo se refiere a leyes análogas, se desprende el término analogía, al cual definiremos como la aplicación a un caso no previsto de la norma que se refiere a otro, que ofrece con el primero una semejanza que el intérprete considera suficiente para que la aplicación esté justificada, por concurrir en uno y otro la misma razón.

Para que proceda la analogía es necesario que se den tres requisitos: que haya laguna legal; que concurra la misma *ratio decidendi* o igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el que no lo está; que no exista prohibición legal de recurrir a la analogía.

Cuando nos referimos a los principios generales del derecho, diremos que los mismos constituyen una fuente del derecho reconocido expresamente por la norma bajo análisis.

Un principio general del derecho es una norma rectora. Fundamentalmente, los principios generales del derecho cumplen dos funciones: las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas se resolverán en base a los principios generales, y el principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas nos dará la clave para su interpretación.

El artículo bajo análisis nos muestra los casos en que existen ciertos vacíos en la ley, este vacío es conocido con el nombre de lagunas.

Es admisible la existencia de estas lagunas del derecho, pues aun la más perfecta de las legislaciones no puede comprender la totalidad de los casos; ello equivale a rechazar el pretendido dogma positivista de la plenitud lógicamente necesaria de la legislación escrita.

Pero obviamente no hay vacíos en el ordenamiento jurídico en sí, pues a través de los medios de integración, el juez debe encontrar siempre una solución. Dentro de estas soluciones, como lo señala el artículo bajo examen, se encuentra el recurso de acudir a la analogía.

En cuanto a la aplicación de la analogía en casos de lagunas, las leyes se aplican por su texto expreso, regulación objetiva y real de las instituciones y solo ha de forzarse su interpretación, extendiéndola por analogía, cuando existan las llamadas lagunas.

Es procedente la aplicación de la ley análoga solo donde existe una laguna legal y no es concebible una ley que restrinja un derecho o establezca una excepción sea llamada, so pretexto de laguna legal, para restringir un derecho distinto o el mismo en diferentes circunstancias, o extender la excepción a otros supuestos, pues a partir de la amplitud del derecho de que se trate o las hipótesis no contempladas por la ley de excepción, tienen respaldo normativo en la ley que reconoce aquel.

La laguna de la ley es una situación no reglada por ella (la ley misma) ni de manera explícita ni implícita y es precisamente su existencia el presupuesto para que funcione la analogía, entendiendo por tal al proceso lógico que tiende a inducir de soluciones particulares el principio que las explica, para buscar inmediatamente las condiciones de mismo principio en otras hipótesis a las que se lo aplica por vía de la deducción.

El método analógico debe aplicarse con prudencia y exige que concurren las siguientes condiciones: que el caso no esté especialmente previsto; que haya afinidad de hecho y relación precisa entre el caso contemplado por la ley y el conflicto llevado a los tribunales; que haya identidad de razones para resolver en la misma forma en

que lo hace la ley análoga; que la diversidad de hipótesis afecte solo aspectos no esenciales y que el resultado sea racional.

Principio *nullum crimen sine lege*

Nullum crimen sine lege, es una frase en latín, que se traduce como “ningún delito, ninguna pena sin ley previa”, utilizada en derecho penal para expresar el principio de que, para que una conducta sea calificada como delito, debe estar establecida como tal y con anterioridad a la realización de esa conducta.

Por lo tanto, no solo la existencia del delito depende de la existencia anterior de una disposición legal que lo declare como tal, sino que también, para que una pena pueda ser impuesta sobre el actor en un caso determinado, es necesario que la legislación vigente establezca dicha pena como sanción al delito cometido.

Este es un principio legal básico que ha sido incorporado al derecho penal internacional, prohibiendo la creación de leyes “ex post facto” que no favorezcan al imputado.

Este principio fue creado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach, como parte del Código de Baviera de 1813.

Conforme lo expresa Eugenio Raul Zaffaroni, resulta que el tipo penal nace de una necesidad lógica y no del principio *nullum crimen sine lege*. Más aún: la existencia de tipos legales es un presupuesto necesario para la vigencia del *nullum crimen sine lege*, pero no suficiente, porque puede haber tipos legales defectuosos que los violen. De allí que el saber del derecho penal, por imperio de la Constitución y del derecho internacional, deba limitar los tipos conforme a esa regla, declarando la inconstitucionalidad de cualquier integración analógica e interpretando al resto conforme a estricta legalidad, restrictiva y reductora del contenido prohibido (Manual de Derecho penal - Parte General).

CAPÍTULO V: *Algunas nociones sobre Derecho Administrativo: Fuentes Supranacionales*

Dra. Graciela Giannettasio de Saiegh

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Si pretendemos definir el Derecho administrativo desde el ejercicio de la función administrativa, deberemos de contracturar el concepto para abarcar todos sus aspectos y tendremos una visión sintética.

- El sujeto de esa función es la administración pública, centralizada y descentralizada, sus órganos, los agentes que se desempeñan en ellos; si es centralizada o descentralizada. Siguiendo en la perspectiva del sujeto, a veces la función pública es ejercida por personas públicas no estatales, que tienen delegados poderes públicos (por ejemplo las corporaciones profesionales), o podrá tratarse del monopolio para la explotación de servicios públicos.

- La función administrativa también comprende el estudio de las formas jurídicas de la actuación administrativa: actos, contratos, reglamentos, procedimiento para la selección del co-contratante, participación de usuarios y consumidores, audiencias públicas, etc.

- ¿Cuáles son los límites al ejercicio de la función administrativa? Estos serán sustantivos y adjetivos, los primeros son los vinculados al orden constitucional y supraconstitucional, los adjetivos o procedimentales son los procedimientos administrativos instaurados en la búsqueda de la verdad objetiva (recursos administrativos) y recursos de proceso judicial (amparo, *habeas data*, recursos especiales de apelación).

- “(...) El estudio del ‘ejercicio de la función administrativa’ es comprensivo no solo del *quién* ejerce la función, sino también del cómo y con qué fundamento, con

qué fundamento, con qué medios y fundamentalmente hasta dónde, con qué limitaciones se la ejerce” (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10ª ed., cap. V, Buenos Aires, FDA, 2009, pp. V-2).

LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Encaminados a decidir la noción conceptual del Derecho administrativo, es importante destacar que el problema central de esta disciplina que ameritó su nacimiento como rama autónoma –ya que sin ella podría ser una más de los capítulos del Derecho público nacional o internacional– es la protección de los derechos individuales contra el ejercicio abusivo del poder. Debe poder pensarse el Derecho administrativo como aquel que tiende al equilibrio entre los derechos individuales y las facultades del Estado o, más concretamente, del ejercicio del poder.

Cuando nos referimos a los límites, nos referimos concretamente a la protección judicial, y así como existe un remedio judicial que permite impugnar los actos administrativos por ser ilegales, arbitrarios o nulos, existe una tendencia creciente a ampliar la titularidad del reclamo no solo al afectado sino a quienes invoquen un interés colectivo. A partir de la Constitución de 1994 se ha impuesto la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva.

En nuestro país es el Poder Judicial a quien compete el control último de la actividad administrativa, y decimos último porque existe autotutela, es decir, el recurso administrativo tiende a la búsqueda de la verdad objetiva, asegurando el principio de la legalidad, con lo cual es posible revertir la actividad antijurídica por la propia administración, pero siempre si no lo hiciera, existirá el remedio judicial sea por la vía de la apelación al agotarse la orgánica administrativa, o por acción directa.

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LOS TRES PODERES

Antiguas definiciones consideraban el Derecho administrativo como la rama del Derecho que reglaba la función administrativa, entendiendo esta como típica del Poder Ejecutivo y sus órganos, sin tener en cuenta que en el ámbito del poder judicial o legislativo podían generarse también actividades administrativas aunque no sea esta la actividad típica por la que se lo reconoce. Es claro que cuando la Corte Suprema nombra o remueve personal está realizando una función administrativa, que no es igual a “decir el derecho con fuerza de verdad legal por un tercero imparcial”, característica esta última de la actividad judicial en sentido material. Otro tanto podríamos decir del Poder Legislativo, cuando contrata la refacción del edificio, o compra

papel para las oficinas, no está realizando su típica actividad material (sanción de las leyes) pero no por eso esa actividad deja de ser administrativa.

Partiendo de este análisis podríamos concluir que hay actividad administrativa no solo en los órganos de la administración pública sino también en las actividades de los otros dos poderes, así entonces, desde el punto de vista material, podríamos definir al Derecho administrativo como el conjunto de normas que rigen la organización y la actividad administrativa que se lleva a cabo en el Poder Ejecutivo, administración centralizada y descentralizada, y en los otros dos poderes excluyendo su actividad típicamente sustantiva.

Otros autores han preferido definir el Derecho administrativo desde el sujeto, es decir el conjunto de normas que reglan la organización y actividad del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los administrados.

En la doctrina francesa, se vinculaba el concepto de Derecho administrativo a la noción de servicio público, el devenir del tiempo y su complejidad, advirtieron de temas centrales como el acto y el procedimiento o la actividad realizada por el Estado en el ámbito de la economía, resultando insuficiente un solo concepto para definirlo.

En nuestro país, Rafael Bielsa definió el Derecho administrativo como el conjunto de normas positivas y de principios de Derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública.

Miguel S. Marienhoff define el Derecho administrativo como aquel que tiene por objeto a la administración pública, en todas sus manifestaciones sean estas internas o externas, vale decir jurídicas o no jurídicas. Administración es la actividad permanente concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran. De manera que el contenido del Derecho administrativo está constituido: a) por la organización administrativa; b) por el funcionamiento de la administración pública; c) por las diversas relaciones que nacen de la actividad administrativa.

Manuel María Diez define el Derecho administrativo como el complejo de normas y principios de Derecho público interno, que regula la organización y la actividad de la administración pública.

Agustín Gordillo define el Derecho administrativo como una disciplina o una rama de la Ciencia del Derecho, y no cree conveniente definirlo como un conjunto de normas que entienden hacer prevalecer el carácter normativo antes que el aspecto cognoscitivo y elige definirlo como la rama del Derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial contra esta.

El Derecho administrativo es una **rama del Derecho público**, es decir, una rama del conocimiento científico que en la distinción entre Derecho público y privado pertenece al primero.

Que estudia el ejercicio de la función administrativa, recordando aquí que es todo la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los legislativos y jurisdiccionales, excluido respectivamente a actos y hechos materialmente legislativo y judiciales

Protección judicial existente contra esta: la nota diferencial entre el Estado de Policía y el Estado de Derecho consiste esencialmente en la protección judicial frente al ejercicio ilegal o abusivo del poder. Control notablemente mejorado con la definitiva aceptación del amparo colectivo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Halibi*, el 24 de febrero de 2009.

FUENTES SUPRANACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

De acuerdo al artículo 31 de la Constitución Nacional: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación”.

Este primer enunciado daba cuenta que firmado el tratado, aprobado por la legislatura a través del procedimiento fijado por la Constitución Nacional para el trámite legislativo, y depositado el instrumento, se incorporaba dicho tratado a nuestro derecho interno.

En el orden jerárquico que establecía nuestra Constitución de 1853, el tratado ocupaba el lugar de las leyes. Esto generó un sinnúmero de conflictos. El primero era si la ratificación tenía efectos frente a los demás estados pero no para los habitantes de nuestro país, y si tenía vigencia como una nueva norma de Derecho interno, es decir aplicable a todos los que habitan nuestro suelo.

Faltaba mucho tiempo entonces para llegar a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (año 1969), que es la que estableció que los derechos y obligaciones suscriptos en los tratados entre las diversas naciones, hacen obligatorias todas sus cláusulas en el derecho interno de cada país. El artículo 27 de dicho Tratado establecía expresamente que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Con el correr del tiempo, comenzaron a contraerse empréstitos que preveían la actuación de órganos para la resolución de conflictos que estarían fuera de la jurisdicción nacional. Existían tribunales arbitrales donde en general los países deudores tenían menor representación que los acreedores, u órganos que se convertían hasta la actualidad, en una jurisdicción supranacional, de ellos el más conocido es el CIA-

DI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), quizá el más popular de todos, porque es en ese tribunal donde pretende llevar Repsol el conflicto por la expropiación de las acciones de YPF así como el ámbito donde los grupos españoles exaccionistas del grupo empresario encabezado por Aerolíneas Argentinas S. A. han planteado también la controversia surgida por la expropiación de dicha empresa. Parece también risueño, esto dicho con ironía, que la sede de todos los órganos de resolución de conflictos quede en Estados Unidos. Es decir, que ya antes de la Constitución de 1994, aceptábamos dirimir cuestiones relativas a las deudas con los organismos multilaterales de crédito (Banco Mundial, BID). La reforma constitucional consignó un nuevo estatus, o lo que algunos autores llaman un nuevo orden público internacional, en dos direcciones. La primera la del artículo 75 en el inciso 22 de nuestra Constitución vigente que establece, entre las atribuciones del Congreso, la de “aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Agrega a continuación la norma 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; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Se advierte así que en los casos contemplados en dicho artículo es la propia constitución la que les da la jerarquía por sobre el orden interno.

La otra gran dirección que impone el cambio, es que en casi todos los convenios enunciados, se crean órganos jurisdiccionales y comisiones que van a ir por encima

de nuestro propio orden jurídico, y, en el caso de las cortes van a fallar y en el caso de las comisiones, a hacer recomendaciones.

Con el tiempo surgió una nueva característica, el ámbito de aplicación y contenido de estos tratados, se va extendiendo y va a permitir en muchos casos que la jurisdicción de cualquier estado parte pueda decidir respecto de, por ejemplo, el lavado de dinero, sin importar el lugar de la comisión del hecho; esto surge de la Convención Internacional contra el Soborno Transnacional.

Pero debemos reconocer que, antes de la reforma constitucional del año 1994 y ya desde el año 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación venía aplicando los criterios de este derecho supranacional en cuestiones que hacían a nuestro derecho interno (Ekmekdjian 1992, Fibraca 1993, Hagelin 1993, Girolodi 1995, Arce 1997, Petric 1998, Dotti 1998).

Vale la pena también tener en cuenta lo preceptuado por el artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional que incluye entre las atribuciones del Congreso “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. Y agrega: “La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Así dicha norma constitucional da legalidad a las normas del Mercosur y de seguir ese proceso fijado por la Constitución para la ratificación, tendría también que ocurrir con la Unasur.

En materia de crímenes de lesa humanidad, el artículo 118 de la Constitución Nacional, abrió las puertas para extender la jurisdicción más allá de las fronteras de la Nación y en su consecuencia la Ley 25.246 establece en su artículo 4 inciso 4 “las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este código, en tanto el hecho precedente también hubiere estado amenazado con pena en el lugar de su comisión”. Es el principio de extraterritorialidad jurisdiccional ínsito en la Convención Internacional contra el Soborno y del Lavado de Dinero, ratificado por Ley 25.319.

Vale la pena destacar que pese a lo dispuesto por la Convención de Viena respecto a la validez de los tratados, Estados Unidos no ratificó el pacto de San José de Costa Rica que consagra el estándar jurídico más alto para los derechos humanos, la dignidad del hombre, fijando la institucionalidad necesaria para dar cumplimiento a los derechos y obligaciones con el pretexto de la imposibilidad de someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana, organismo creado por el pacto.

Tampoco ratificó la Convención Internacional sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes.

FUENTES NACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La Constitución Nacional

Como decía el Constitucionalista Arturo Sampay –miembro informante a la Asamblea en la Constitución de 1949– “La Constitución de la Nación es el plan con que el pueblo traza su destino (...)”.

La Constitución establece las declaraciones, derechos y garantías, la distribución de poderes entre los tres órganos que constituyen el Estado Nacional, define la institucionalidad de las provincias –que son, en su nacimiento, anteriores a la Nación–, fija el perfil del poder que conservan y no delegan y el de los municipios. Es la fuente primaria de todas las competencias –capacidades– que tienen los distintos poderes del Estado y sus órganos, en armonía con los derechos de sus habitantes.

En esta primera visión y, conforme lo establece el artículo 31 de la Constitución Nacional, es la Constitución la ley suprema de la Nación, esto implica que el accionar del Estado está supeditado en todo momento al mandato conferido por la Constitución que nos rige.

A partir de 1984, y de ahí en adelante, el Estado Nacional comenzó a suscribir tratados en virtud de competencias que le asignaba la propia Constitución pero que confería un rango nuevo a los derechos que en él se suscribían y que ratificados por la Legislatura Nacional, adquiriría la fuerza jurídica del derecho interno, en un caso porque ampliaban los derechos o porque generaban un nuevo derecho colectivo: “los derechos humanos”.

Habíamos de llegar así a la reforma constitucional de 1994 que le confiere el rango constitucional a los tratados (artículo 75 inciso 22), y así nació lo que se denominó “un nuevo derecho supranacional”.

En este ámbito se recrearon acuerdos crediticios que extendían la jurisdicción nacional, o que sometían nuestra organización institucional a recomendaciones o

resoluciones de tribunales integrados en las convenciones suscriptas –el caso típico es el caso de San José de Costa Rica– y en materia de créditos externos, el arbitraje y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para dirimir conflictos en virtud de la deuda externa.

Entender por qué es fuente en términos formales y materiales del Derecho administrativo, deviene de comprender que habrá ya nuevos principios que deberán ser respetados por la organización del Estado en su actividad administrativa: no será solo el debido proceso y el derecho a ser oído conforme el artículo 18 de la Constitución Nacional, sino también la doble instancia como garantía de imparcialidad.

2. La ley y la función legislativa

Como hemos visto oportunamente, es ley toda norma sancionada por el Poder Legislativo de acuerdo con el procedimiento previsto para ella por la Constitución a ese efecto.

Las leyes pueden ser locales y nacionales. El primer supuesto ya superado por la creación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su propia legislatura. Las segundas, las nacionales, podrán ser de derecho común o de derecho federal. Las nacionales comunes rigen en todo el territorio de la Nación, las encontramos previstas en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución, como el Código Civil, Penal, Comercial, etc.

Las leyes nacionales de carácter federal, hacen al funcionamiento de los poderes del Estado, como los de ciudadanía o las elecciones nacionales, aunque también se asigna la jurisdicción federal a determinado tipo de delitos que por su complejidad, su daño indiscriminado a la salud o a la existencia misma del Estado, o por su transnacionalidad, o por poner en juego las autoridades instituidas con la Constitución, o porque una provincia sea parte, hace necesaria la jurisdicción de los jueces federales independientemente de que las personas o las cosas estén en el territorio de las provincias.

No vamos a analizar el caso de los llamados decretos-leyes, que fueron instrumento de los gobiernos de facto, que sustituían las leyes por la inexistencia del Parlamento, y que ya fueron denostados por el artículo 36 de la Constitución vigente.

Hablar de la ley como fuente del Derecho administrativo, sin olvidar que este es puramente local, puede suscitar equívoco, ya que hay algunas normas de este carácter que están en el ámbito del derecho federal como por ejemplo la ley de aduana. En la actualidad la administración pública rige su accionar por la ley 19.549 –decreto ley que hasta el momento no fue sustituido–.

En definitiva todas las normas que rigen la actividad administrativa en el ámbito nacional o provincial, dan cuenta que existe una “zona de reserva” para la administración. Muy por el contrario será el Congreso Nacional o las Legislaturas locales en

su caso, las que dictan la ley de ministerios, las norma de control, los estatutos del personal que se desempeñan en ella, y las que a su vez reglamentarán las calidades exigidas para aquellas competencias que la Constitución Nacional pone en cabeza del Poder Ejecutivo, como por ejemplo el indulto o la promoción en los cargos de las fuerzas armadas. Será el Congreso quien diga qué es delito o pena en el primer caso, como también será él quien diseñe las condiciones de acceso y ascenso a la carrera.

Todo esto nos lleva a concluir que si hay una zona de reserva “está a favor del Poder Legislativo”. La vieja escuela liderada Marienhoff, que trataba de sustentar una zona de reserva para la administración, normando a través de reglamentos autónomos lo que se denominaba la actividad materialmente propia de la administración pública, y a ese efecto consideraba que materias tales como la carrera administrativa o régimen del personal civil o el procedimiento administrativo podían quedar en mano exclusivamente del Poder Ejecutivo. Esta afirmación es absolutamente peligrosa desde el momento en que conlleva la posibilidad de reglar derechos y garantías constitucionales insertas en el primer capítulo de la Constitución de las declaraciones, derechos y garantías en manos de quien ejerce el poder administrador.

De esta manera lo analizaremos al referirnos a los reglamentos la única fuente de legalidad para la administración que viene de la Constitución y derecho supranacional constituidos por los tratados y de las leyes sancionadas por el Congreso.

3. Los reglamentos

Un reglamento es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa. **Es una declaración**, o sea una manifestación o declaración de voluntades, conocimiento o juicio.

Unilateral, por oposición a bilaterales, por ejemplo el contrato es una declaración de voluntad común.

Dictado en ejercicio de función administrativa, de acuerdo al concepto material, esta es la realizada por los órganos administrativos, y también por los legislativos y judiciales excluidas sus funciones específicas.

Que produce efectos jurídicos, carácter este fundamental pues de tratarse de una mera declaración desprovista de efectos o consecuencias jurídicas no sería relevante desde el punto de vista jurídico formal del reglamento.

Generales, esto lo distingue de los actos administrativos que producen efectos jurídicos particulares, el reglamento los producen en forma genérica para un número indeterminado de personas o de casos.

En forma directa es decir por sí mismo produce efectos jurídicos

Clasificación de los reglamentos

Los reglamentos se clasifican en reglamentos de ejecución, delegados o de integración, autónomos y de necesidad y urgencia.

El **reglamento de ejecución** es aquel previsto en el artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional que establece “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación (...)”.

Esta facultad implica la actividad administrativa que se realiza para poner en ejercicio la norma previamente promulgada. No es el decreto de promulgación.

El reglamento de ejecución se encuentra especialmente autorizado en la Constitución aunque con severos límites fijados en la última parte del inciso 2 del artículo 99, cuando finaliza diciendo “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (...)”, y continúa en el apartado siguiente “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo (...)”.

Los **reglamentos delegados o de integración**, son aquellos en los cuales el Poder Legislativo admite que el Poder Ejecutivo complete, interprete o integre un determinado principio jurídico especificando las circunstancias de hecho al que deberá ser aplicado. Así, por ejemplo, la Ley 9.688 de accidentes de trabajo establecía que el Poder Ejecutivo reglamentará “las lesiones que deben considerarse como incapacidades absolutas y las que deben conceptuarse como incapacidades parciales, teniendo en cuenta en caso de concurrencia de dos o más lesiones, la edad de la víctima y su sexo (...)”. Es decir, la ley da parte del principio jurídico y también los lineamientos para efectuar la integración (edad y sexo).

La Constitución de 1994, para terminar con lo excesos de delegaciones que concluyeron en fallos de la Corte que desconocieron el reglamento delegado por haber avanzado en el ámbito del Poder Legislativo –casos Delfino y en Mouviel–, establece en su artículo 76 “se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior, no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa (...)”.

El artículo 76 establece excepcionalmente la delegación al Poder Ejecutivo, no es a los ministros ni secretarios de Estado, ni tampoco hay subdelegación, sí puede haber delegación en el supuesto de los órganos de control de los servicios públicos

y sus marcos regulatorios en función a lo establecido en el artículo 42 de la Constitución. Esos marcos autorizan al ente a subdelegar en sus propios órganos las facultades que la ley les otorga.

La tipología de los **reglamentos autónomos** no están expresamente previstos en las leyes ni en la Constitución, y estaría constituida por aquellos dictados para regir una materia en la que no hay normas legales aplicables (de ahí lo de “autónomo”).

A la luz del principio de legalidad vigente solo puede admitírseles para regir exclusivamente el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero resulta inconstitucional, en cambio, que se pretenda limitar los derechos de los particulares o la potestad del Congreso sobre la administración, por cuanto el art. 14 de la Constitución establece claramente que la regulación y por ende restricción de los derechos individuales puede hacerse “por las leyes”, esto es, por las leyes del Congreso y no por actos de la administración.

Obviamente quienes sostienen la existencia de una “zona de reserva de la administración” dan una importancia fundamental a este tipo de reglamentos que se constituirían así en la forma jurídica de ejercicio de las competencias derivadas de dicha zona de reserva. Se reitera que no se comparte dicho criterio por resultar ajeno a nuestro sistema constitucional.

Especialmente problemática es la tipología de los **reglamentos de necesidad y urgencia** cuya admisibilidad debe ser excepcional y que fue históricamente admitido a pesar de no haber estado previsto en el Constitución Nacional, con sustento en el “estado de necesidad”.

La Constitución de 1994 ha mantenido como regla la prohibición de que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo y, en el artículo 99 inciso 3 prevé que “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 de 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”.

Así la Constitución no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia pública en la sociedad: no basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional.

Recién el año 2006, el Congreso Nacional dictó la Ley 26.122 por medio de la cual se reglamentó el trámite y los alcances de su intervención respecto de reglamentos de necesidad y urgencia aunque también la norma a los decretos dictados por delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes.

Gordillo sostiene que “para que el reglamento de necesidad y urgencia tenga validez y vigencia requiere no solamente a) la causa habilitante de verdadero estado de necesidad pública e imposibilidad de seguir el trámite parlamentario común; b) no invadir las materias vedadas en forma expresa (tributos *lato sensu*, partidos políticos, régimen electoral, Código Penal) o implícita (Código Procesal, Código Civil, Código de Comercio, etc.) por la Constitución, sino también c) que se cumplan todos y cada uno de los pasos previstos en ella, incluyendo la ratificación legislativa expresa en la primera sesión del Congreso posterior al envío del despacho de la Comisión bicameral (y si no hay despacho ni envío, esto ya es suficiente decaimiento del decreto; si no hay tratamiento o votación inmediata en el Congreso, lo mismo). Todo ello, sin perjuicio de que d) debe satisfacer todos los demás tests de razonabilidad constitucional. (Existencia de sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, proporcionalidad, etc.)” (*Fuentes nacionales del derecho administrativo*, capítulo VII, p. VII-28).

A pesar de la regulación expresa de los reglamentos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional se plantean algunas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales con relación a algunos aspectos de su implementación tales como la posibilidad de invocar el acuerdo implícito de Congreso, la posibilidad de ratificación legislativa posterior mediante el dictado de una norma en el mismo sentido, la potestad de veto sobre la resolución del Congreso en materia de decretos de necesidad y urgencia, etc.

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Como bien señala Gordillo “El tema de las relaciones del derecho administrativo con otras ramas jurídicas o no jurídicas del conocimiento puede parecer acumula-

ción enciclopédica de información asistemática, pero su objeto es encuadrar y ubicar a esta rama del conocimiento en comparación a otras con las cuales existen problemas concretos de importancia práctica, no siempre perceptibles a priori”. (*Relaciones del Derecho Administrativo*, capítulo VIII, p. VIII-1).

En ese contexto propone analizar las relaciones del Derecho administrativo con el Derecho civil, por su contraste; con el derecho constitucional, por la íntima dependencia del Derecho administrativo a los preceptos constitucionales; y con el derecho de los recursos naturales porque el derecho a un ambiente sano forma hoy parte de los derechos individuales (art. 41 de la Constitución Nacional).

Relaciones con el Derecho privado

Las relaciones del Derecho administrativo con el Derecho privado en general y con el Derecho civil en particular, pueden analizarse en tres campos.

a) En primer término se verifica la existencia de ciertos principios generales e institutos de la Ciencia del Derecho que habiendo sido utilizados primeramente por el Derecho administrativo y luego adoptados por el Derecho privado. Así por ejemplo los institutos de la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el abuso del derecho, la interdicción de la mala praxis, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc.

b) Existen ciertos institutos del Derecho administrativo que, por diversas razones, están incluidas y reguladas en el Código Civil –las referentes a bienes del dominio público, expropiación, arrendamiento de bienes públicos; la reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.).

También pueden encontrarse normas de Derecho administrativo en la legislación comercial, tal como ocurre con las regulaciones referidas a bolsas, bancos, mercado de valores, seguros, sociedades, etc.

c) Una problemática muy particular, y que fuera objeto de intenso debate jurisprudencial a lo largo de los años, es la referida a la aplicación de las reglas propiamente de Derecho privado en el campo del Derecho administrativo.

Inicialmente dicha aplicación era muy frecuente pero luego ha se ha ido limitando y lo cierto es que cuando el Derecho administrativo aplicaba algún principio del Derecho privado lo hacía adaptándolo a las particulares características de la materia lo

que llevaba indefectiblemente a la imposibilidad de identificarlos con esos institutos o principios civilistas que le dieran origen.

Así se habla de responsabilidad indirecta del Estado, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.

Por ello se sostiene que la afirmación frecuente de que el Derecho civil se aplica en subsidio del Derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día.

La temática referida a la aplicación del Derecho civil a la actividad de la administración pública tiene efectos prácticos de suma trascendencia y parte de la hoy casi completamente abandonada teoría de la doble personalidad jurídica del Estado que implicaba dos ámbitos de actuación bien diferenciados: como personal de Derecho público o como persona de Derecho privado.

Lo cierto es que el encuadramiento de la actuación administrativa en el ámbito de Derecho privado ha traído consecuencias negativas para el Estado. En efecto, a la luz de cierta doctrina que lleva tal aplicación hasta las últimas consecuencias, se ha sostenido que, en el marco de dicha actuación, podría prescindirse de aspectos fundamentales del Derecho público tales como las referidas a los procedimientos de selección del contratista estatal, a los sistemas de control interno y externo, etc.

Gordillo sostiene que “la tendencia contemporánea representa una suerte de transacción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado.

En efecto, en la distinción de estos dos derechos a fines del siglo pasado, se consideraba típico del Derecho administrativo la supremacía que se otorgaba a la administración, una serie de privilegios y prerrogativas especiales que se le reconocían incluso sin que una ley lo dispusiera expresamente, cuando actuaba en el campo del Derecho administrativo.

Por el contrario, cuando actuaba en el campo del Derecho privado, la administración estaba en una relación de coordinación, es decir, de igualdad con los individuos: no tenía privilegios ni prerrogativas. Se decía así entonces, en los viejos libros, que cuando la administración actuaba como “poder público” no era responsable por los daños que causara; no necesitaba de un fundamento legal expreso para poder imponer una sanción a los particulares; no estaba sujeta a control judicial; no estaba plenamente ligada por los contratos que celebraba; podía ejecutar por sí misma y por la coacción sus propios actos, etc. Nada de ello ocurría, en cambio, cuando actuaba como “persona jurídica privada”.

Modernamente los extremos se unen: la administración actúa siempre como persona de Derecho público, pero sin contar con las supremacías y privilegios que antiguamente se le reconocían sin hesitación; el Estado es responsable si comete

un daño, aun actuando como persona de Derecho público que es; necesita de un fundamento legal expreso para imponer sanciones; está sujeto en todos los casos al control judicial; está también obligado por los contratos que celebra, etc. Por ello, si bien el Derecho administrativo gana en extensión, gana también cualitativamente al transformarse en un derecho más justo y razonable, menos arbitrario y autoritario; de ese modo la distancia con el Derecho privado, en cierto modo, se ha acortado”. (*Relaciones del Derecho Administrativo*, capítulo VIII, p. VIII-6).

Relaciones con el Derecho constitucional

Podría sostenerse que el Derecho administrativo es la aplicación pormenorizada de la Constitución Nacional, lo que nos brinda una pauta acaba de la trascendencia que tiene la relación entre las dos ramas del Derecho.

Lo cierto es que esta temática está íntimamente relacionada con la de las fuentes nacionales y supranacionales del Derecho administrativo ya que es el Derecho constitucional quien estudia justamente la Constitución Nacional a lo que habrá que agregar hoy el desarrollo de un importante derecho supranacional y supraconstitucional de los Derechos humanos frente al Estado –que constituye la sólida base en que debe construirse el Derecho administrativo– y las normas internacionales encaminadas a prevenir y castigar la corrupción que igualmente constituyen lineamientos básicos de esta disciplina.

Siguiendo el análisis de Gordillo podemos decir que, al igual que lo que ocurría con relación al Derecho privado, las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo deben analizarse en tres campos: a) por un lado encontramos principios generales de derecho que si bien se hallan en la Constitución Nacional, no son exclusivos del Derecho constitucional tal como ocurre con los principios y valores mínimos del orden jurídico internacional (los Derechos humanos básicos, la tutela del ambiente, etc.).

b) Obviamente encontramos disposiciones de Derecho administrativo en la Constitución (expropiación, prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales y legislativas, etc.).

c) En cuanto a las que se consideran típicamente de Derecho constitucional tales como creación y organización de los tres poderes y otras autoridades independientes, sus facultades; derechos individuales, etc., su aplicación en Derecho administrativo es necesaria, ineludible y este aparece como una prolongación de aquel; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas. Hay pues una superposición

temática entre ambas disciplinas, lo que se justifica por la necesidad contemporánea de reenfatizar estos problemas.

Relaciones con el ambiente y el Derecho de los recursos naturales

Cabe señalar aquí que los recursos naturales del Estado –aguas, tierras, aire y minas–, tienen su ámbito regulatorio disperso y asistemático, encontrándose parte de él dentro del Derecho constitucional y administrativo, interno e internacional, parte dentro de otras ramas del Derecho e incluso parte dentro de diversas ramas no jurídicas. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a las **tierras públicas** y su utilización por el Estado en forma directa o indirecta, es en parte estudiado por el Derecho administrativo y en parte por el Derecho agrario o el Derecho de los recursos naturales.

La materia referida al **régimen de las aguas** naturales ha sido objeto de estudio por el Derecho administrativo y en el siglo XX se consideró básicamente regido por el Derecho público, habiéndose acuñado el principio de que todas las aguas naturales son públicas, en el sentido de ser necesariamente partes integrantes del dominio público del Estado, por lo tanto inalienables e imprescriptibles.

En lo que se refiere a la **explotación de los recursos del mar**, fuera de las aguas territoriales, y el de los **fondos marinos** es creciente la intervención del derecho administrativo, ahora de carácter supranacional.

El **dominio público aéreo** es también tema del Derecho administrativo –efectos de la aeronavegación, regulación municipal de carteleras de propaganda en los altos de los edificios, utilización legal del espacio público aéreo para tendido de redes de distintos servicios, como teléfonos, cables, etc.; la contaminación del aire a través de la polución, ruidos molestos o contaminación sonora, etc.

Cabe agregar a ello que el régimen jurídico del suelo, el aire y el agua se complementa con una rama autónoma del Derecho administrativo, que es **el Derecho urbanístico**.

En materia de **minas** los problemas generalmente se han ubicado solo en el Derecho minero y carecen –deliberadamente– de visión publicista. No obstante ello en algunos aspectos tales como la expropiación de minas se considera ineludible la aplicación de las normas de Derecho administrativo.

Relaciones con otras ramas del derecho

Por otra parte cabe señalar que pueden encontrarse importantes puntos de contacto entre el Derecho administrativo y el **Derecho penal**. En efecto, como señala Gordillo “Las decisiones de los agentes de seguridad son actos administrativos cuya

presunción de legitimidad, ejecutoriedad, etc., son objeto de estudio por el Derecho penal y el Derecho administrativo; lo mismo ocurre con el Derecho penitenciario, la situación material de las cárceles, etc. (...) La actuación de los organismos de seguridad, tanto policiales como penitenciarios, es también una de las causas más frecuentes de responsabilidad del Estado, tanto interna como internacional”.

Finalmente, y en lo que se refiere al **Derecho internacional**, cabe recordar que hoy el Derecho administrativo ha dejado de ser un derecho interno para convertirse en un derecho internacional, mundial o global.

Existe así un régimen jurídico internacional, tanto en materia de Derechos humanos, ambiental, comunitaria y también penal.

Asimismo es creciente la importancia del Derecho penal internacional y la jurisdicción universal en materia de crímenes de lesa humanidad en general, o narcotráfico, lavado de dinero y corrupción en particular.

CAPÍTULO VI: *Organización administrativa del Estado Nacional: la teoría del órgano*

Dr. Nicolás Carlos Sommaruga

INTRODUCCIÓN

Para comprender más acabadamente la forma en que se organiza el funcionamiento administrativo del Estado, debemos tomar un enfoque integral que nos permitirá andar el camino de principio a fin.

Debido a la limitada extensión de este trabajo, nos veremos en la necesidad de tomar varios atajos y pasar por alto algunas estaciones, pero ello no nos impedirá arribar a destino.

Difícilmente podamos apreciar como se organiza administrativamente el Estado Nacional, si previamente no cocemos el concepto de división tripartida de poderes, la clásica concepción de las funciones del estado y las modernas tendencias al respecto.

Para comenzar a andar, debemos remontarnos al año 1748, cuando el francés Charles Louis de Secondat de Montesquieu pública su obra *Del espíritu de las leyes* en la cual define al poder como función y como órgano, describiendo una teoría en la cual los poderes del estado son tres: a) el Poder Ejecutivo, b) el Poder Legislativo y c) el Poder Judicial y atribuyendo la titularidad de estos respectivamente a) al Gobierno, b) al Parlamento o Congreso y c) a los Tribunales.

Entonces, para el mencionado autor, existen en el Estado tres poderes bien definidos que a su vez están asignados a tres órganos muy diferenciados.

El fundamento de la teoría de Montesquieu se apoya en un sistema que busca un equilibrio basado en el control mutuo entre los tres órganos, un sistema de frenos y contrapesos, por lo que, quien hace las leyes (el Parlamento o Congreso) no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; quien las ejecute (el Gobierno) no pueda hacerlas ni juzgar su aplicación; y quien juzgue (los Tribunales) no las haga ni las ejecute.

De tal modo, la división de poderes significa que cada órgano del Estado, tenga a su cargo una sola función.

Todo sería muy sencillo si las funciones legislativa, administrativa y judicial estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de un órgano. Pero las dificultades surgen debido a que ello no es así, ya que cada órgano no se limita únicamente a la función que específicamente le corresponde.

En efecto, en la práctica se han ido elaborando soluciones y nuevos enfoques al respecto, lo cierto es que hoy ya nadie duda de que el poder es uno solo que se encuentra dividido en tres funciones (administrativa, ejecutiva y judicial) ejercidas en conjunto por los tres poderes del Estado.

La cuestión es ahora definir cuando un órgano del Estado realiza funciones administrativas, cuando son legislativas y cuando del tipo jurisdiccional, lo cual en la práctica no resulta una tarea menor ya que por ejemplo, cuando el Congreso realiza actos de control sobre el Poder Ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, etc.) o cuando efectúa otras labores, como las referentes a la biblioteca (organización, funcionamiento, compra de libros y de material, ficheros, etc.), y en general al nombramiento, dirección y remoción de los empleados del Congreso, efectúa actos que **orgánicamente** (es decir, en razón del órgano que los dicta) son legislativos, pero que **materialmente** (en razón de su contenido) son evidentemente administrativos.

Lo mismo ocurre con el Poder Judicial: cuando este nombra y dirige o remueve a sus empleados, cuando alquila sus locales o los adquiere, cuando compra libros, edita fallos, adquiere papel, tinta, etc., evidentemente realiza actividad materialmente administrativa, a pesar de no ser un órgano administrativo sino judicial el que la ejecuta.

Por lo expuesto, y con el objeto de delimitar cada una de las tres funciones (administrativa, legislativa y judicial), han ido surgido diferentes criterios:

a) **Criterio negativo:** indica que la función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluir la legislativa y la jurisdiccional. Este criterio no resuelve las cosas por cuanto en muchos supuestos no queda claro ante que tipo de función nos encontramos, por ejemplo cuando el Poder Ejecutivo resuelve un recurso administrativo, cuando el Poder Judicial dicta una acordada, etc.

b) **Criterio orgánico o subjetivo:** sostiene que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo, lo mismo ocurre con el órgano legislativo y con el jurisdiccional. Este criterio es insuficiente porque, conforme hemos visto tanto el Poder Legislativo, como el Judicial también realizan funciones administrativas.

c) **Criterio material u objetivo:** intenta definir la función administrativa en forma material como la actividad concreta del estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata. Los actos de la función administrativa son entonces los que constituyen una manifestación concreta de la voluntad estatal. Para esta postura, serían actos legislativos los que establecen normas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea los que crean normas de derecho). A su turno, los actos jurisdiccionales serían aquellos que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes determinando el derecho aplicable. Esta concepción, si bien da una cierta idea de lo que es la administración, resulta sumamente imprecisa, por lo que asumir este criterio implica aceptar que los tres poderes realizan las tres funciones y que no existe sistema de frenos y contrapesos alguno, lo cual se torna inadmisibile en un estado de derecho.

d) **Criterio orgánico, material o mixto:** ni el criterio orgánico, ni el material son de por sí suficiente para distinguir las funciones del Estado, pues hay: a) actos materialmente legislativos que son orgánicamente administrativos, como por ejemplo los reglamentos; b) actos materialmente administrativos que son orgánicamente legislativos, tal como las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc.; c) actos materialmente administrativos que son orgánicamente judiciales, como el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; d) hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, por ejemplo cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico, etc. Así entonces, en sentido material, el órgano administrativo realiza no solo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no solo funciones jurisdiccionales sino también administrativas; el órgano legislativo no solo funciones legislativas sino también administrativas. Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra que no puede hallarse un criterio orgánico o material puro y entonces, para conceptuar cada una de las funciones, es necesario buscar un criterio mixto, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda ofrecer una noción útil.

El criterio mixto comienza por establecer que no existen elementos definatorios propios y exclusivos de la función administrativa en el sentido que se pretende. Es obvio que la función administrativa, en el sentido de actividad del Estado regida por el Derecho administrativo, se manifiesta no solamente a través de actividad concreta y práctica, sino también a través de actividad normativa, sea general (dictado de reglamentos) o particular (emisión de actos administrativos).

Por su parte, se considera función legislativa únicamente a aquellos actos que sean materialmente legislativos y demás hayan sido dictados por el órgano legislativo a los cuales se les aplica el régimen jurídico de la función legislativa, pudiendo definirla como “el dictado de normas jurídicas generales efectuado por el Congreso” como se advierte, en la definición se encuentran implicados tanto el elemento material (dictado de normas jurídicas generales) como el elemento orgánico (dictadas por el Congreso). A su vez, la función jurisdiccional será integrada por los actos materialmente jurisdiccionales realizados por el órgano judicial, siéndoles aplicable el régimen jurídico de la función jurisdiccional. De este modo podemos definirla como “la decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal, efectuada por un órgano imparcial e independiente” también aquí se combinan los elementos material (decisión de controversial entre partes con fuerza de verdad legal) y el orgánico (efectuado por un órgano imparcial e independiente) que no es otro que el Poder Judicial.

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO NACIONAL

Efectuada la aclaración pertinente y habiendo observado la complejidad que entraña la distinción entre las diferentes funciones del Estado, es momento de adentrarnos en el modo en que este se organiza para desplegar específicamente la función administrativa.

Así, la organización administrativa, es la forma o modo en que se estructuran y ordenan las diversas unidades administrativas que dependen del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, a través de las relaciones de jerarquía y dependencia, para lograr unidad de acción, de dirección y ejecución en la actividad de la propia administración, encaminada a la consecución de los fines del Estado.

Dicha organización depende necesariamente de un conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, relaciones jerárquicas, situaciones jurídicas, formas de actuación y control de órganos en ejercicio de la función administrativa.

A su vez, por ser el Estado una persona jurídica, requiere de un representante que exteriorice su voluntad, ejerza derechos y contraiga obligaciones en su nombre. Las decisiones que toma un individuo representando un cargo, origina responsabilidades para el Estado.

Debemos ahora precisar que en el orden de la organización administrativa la concepción “Administración Pública” hace referencia al conjunto de órganos que encabeza el Poder Ejecutivo y las entidades jurídicamente descentralizadas.

Dichos órganos se relacionan con el resto de los órganos de la administración a través de relaciones ínterorgánicas que pueden ser: a) de colaboración, b) de control, c) de jerarquía y e) de consultoría.

Por su parte, la doctrina ha elaborado una completa gama de clasificaciones de los diferentes tipos de órganos, cuya utilidad práctica y teórica es muy relativa, razón por la que solo haremos una síntesis de estas.

1) Según la estructura:

1.1 Por el origen:

1.1.1 Órganos constitucionales, los que surgen de la Constitución Nacional.

1.1.2 Órganos administrativos, los que son creados por las normas (ley, decreto, etc.).

1.2 Por su integración:

1.2.1 Órganos unipersonales, integrados por una sola persona.

1.2.2 Órganos pluripersonales, integrado por varias personas.

1.2.3 Órgano simple, integrado por un solo órgano que puede ser unipersonal o colegiado.

1.2.4 Órgano complejo, integrado por dos o más órganos unipersonales o colegiados.

2) Según la función que cumplen:

2.1 Órganos activos, emiten y ejecutan los actos administrativos.

2.2 Órganos consultivos, emiten actos internos, como informes de asesoramiento.

2.3 Órganos de control, vigilan los actos de los órganos activos, a través de su aprobación o autorización.

Dentro de los principales órganos que integran la administración central tenemos los siguientes:

1 – Presidente de la Nación.

2 – Jefe de Gabinete.

3 – Ministros y Secretarios de Estado.

4 – Procurador del Tesoro de la Nación.

5 – Direcciones Generales y Nacionales.

Luego tenemos autoridades administrativas independientes, también llamados órganos extra poder, como:

1 – Defensor del Pueblo.

2 – Auditoría General de la Nación.

3 – El Consejo de la Magistratura.

4 – El Jurado de Enjuiciamiento.

5 – El Ministerio Público.

6 – Entes reguladores de Servicios.

7 – Banco Central de la República Argentina.

TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN, DEL MANDATO Y DEL ÓRGANO

Como expresáramos previamente, las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte, el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad de que se trate.

Para algunos autores el órgano es un conjunto de competencias, algo así como un “cargo”, que será ejercido por una persona física - el “funcionario público o agente” que, al actuar dentro de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce tal imputación. En este concepto se distingue entre el “órgano jurídico” (el conjunto de competencias) y el “órgano físico” (la persona llamada a ejercer esas competencias).

Estamos frente a situaciones que no se confunden; una es el reparto de atribuciones en diferentes unidades, otra es la imputación de una conducta al Estado, una tercera es la situación del funcionario.

Como venimos señalando, las personas jurídicas en general, y el Estado en particular, requieren de la actuación de la voluntad de una persona física que sea idónea para ejercer derecho y contraer obligaciones, encarnando la voluntad del ente, pero el problema a resolver es el modo en que dicho accionar se imputa a la persona jurídica, a fin de producir efectos en el mundo jurídico.

Para ello se elaboraron distintas teorías y las más conocidas son a) la del “mandato”, b) la de la “representación” y c) la del “órgano”.

a) **La teoría del mandato** intentó solucionar el problema del procedimiento de imputación de la voluntad de la persona física a la correspondiente persona jurídica sobre la base de las personas físicas actúan como mandatarios de la persona jurídica. Pero esta concepción se reveló muy pronto como insuficiente en la medida en que ella supone postular que la persona jurídica pueda declarar su voluntad de antemano, al otorgar ese mandato, cuando lo cierto es que carece totalmente de tal posibilidad.

b) Por ello se acudió a la **teoría de la representación** legal que, respecto de la persona jurídica, se pretendía que ejercían las personas físicas, de un modo similar a los representantes legales de estas últimas (tutores y curadores).

Aun cuando en general, se reconoció a esta teoría una superioridad técnica con referencia sobre la teoría del mandato, lo cierto es que esta también tropieza con dificultades jurídicas insalvables. En tal sentido, no puede explicar como es el propio

estado quien designa su representante legal, ya que si la representación presupone la existencia de dos voluntades, sería imposible al Estado designar su representante, pues él carece en ese momento de voluntad.

c) Ante las dificultades de las anteriores teorías, surge la denominada **teoría del órgano**, la cual explica la índole de las relaciones entre el órgano y el grupo, dejando de lado la idea técnica de la representación, se basa precisamente en la inexistencia de una relación jurídica de representación entre uno y otro en virtud de que ambos son expresión de una misma realidad que es la persona jurídica.

Dicha teoría intenta explicar, en el Derecho público, la existencia material del Estado, dado que el órgano deriva de la propia constitución de la persona jurídica, del propio nacimiento, integrando su estructura. De ese modo, cuando actuara el órgano, es como si actuara la propia persona jurídica, no existiendo vínculo de representación entre ambos. Es evidente que esta teoría explica de un modo más satisfactorio que las concepciones antes señaladas, los vínculos que existen entre la persona jurídica y quienes, al expresar su voluntad, imputan la referida declaración a la entidad.

Para esta teoría, la función de la persona que actúa en nombre del Estado y que lo responsabiliza, nace conjuntamente con este, y a partir de su constitución, se establecen regímenes de gobierno, formas de poder, etc.

Así, el órgano integra la persona jurídica estatal, formando parte de la organización, generándose una relación de tipo institucional, que emana de la propia organización y constitución del Estado.

La cuestión a que nos referimos no es abstracta, pues, es presupuesto necesario para la existencia de responsabilidad del Estado, la conducta de un órgano o funcionario que le sea jurídicamente imputable.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en este sentido que “la actividad de los órganos y funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (“Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires” Fallos de la Corte Suprema de Justicia: T 306, P. 2030).

Para clarificar mejor la cuestión, debemos señalar que en el Caso Vadell, se promovió acción de daños y perjuicios contra la provincia de Buenos Aires, imputándole las consecuencias dañosas del error cometido al informar sobre el estado de dominio de una finca. El Tribunal, en instancia originaria, acogió parcialmente la demanda dictando condena contra el Estado local requerido. La Corte Suprema de

Justicia estableció que correspondía hacer lugar a la acción de daños deducida contra la provincia de Buenos Aires, en razón de que por omisiones en que incurrió el Registro de la Propiedad, se atribuyó el dominio de un inmueble a quien en realidad no le correspondía, otorgándose escrituras en perjuicio del actor. (La Corte considera que la responsabilidad de la provincia debía fijarse en un 70% de los daños pues además de las citadas omisiones del Registro Inmobiliario, también concurrió a originarlo la irregular actuación de un escribano).

PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Los principios jurídicos esenciales de la organización administrativa constituyen una consecuencia lógica de cualquier sistema que procure instaurar una organización jurídica pública.

A continuación iremos analizando los principios que al respecto consideramos fundamentales como: jerarquía, competencia, centralización, descentralización y desconcentración administrativa.

1. Jerarquía:

La jerarquía ha sido definida como el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados.

Se hace referencia aquí entonces a una relación entre órganos de una misma persona jurídica.

Si bien la jerarquía se basa siempre en una relación, ella se sustenta en la preexistencia de una serie de órganos, caracterizados por dos figuras típicas de toda organización: la línea y el grado.

La línea jerárquica se forma entonces por el conjunto de órganos en sentido vertical, mientras que el grado es la situación o posición jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea.

Sin embargo, existen también en la organización administrativa órganos fuera de la línea jerárquica, que por lo común desarrollan actividades de asesoramiento de control.

2. Competencia:

La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de “competencia” da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo.

Si bien el fundamento de la competencia puede hallarse tanto en la idea de eficacia, como en una garantía para los derechos individuales, lo cierto es que el instituto

tiende a preservar y proteger el cumplimiento de las finalidades públicas o mejor llamado “el bien común” que la administración persigue.

La competencia configura jurídicamente un deber-facultad que debiera surgir de una ley formal dictada por el Congreso, aunque algunos autores admiten que la misma sea establecida mediante el dictado de reglamentos autónomos (decretos).

La competencia puede clasificarse conforme las siguientes categorías:

a) **Competencia en razón de la materia**

Se trata del contenido u objeto del acto, según que se refiera a uno u otro asunto administrativo: son las tareas o actividades que el órgano puede legítimamente realizar.

b) **Competencia en razón del territorio**

En razón del territorio es igualmente posible clasificar la competencia: tendríamos así, según la organización política de cada país competencias nacionales, provinciales y municipales; o federales, estatales y comunales, etc.

c) **Competencia en razón del tiempo**

En razón del **tiempo** es también factible distinguir según que la competencia sea **permanente** o **temporaria**. La competencia es, por regla general, permanente, en cuanto el órgano de que se trata puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas.

Pero en ciertos casos el ordenamiento jurídico otorga una facultad al órgano solo por un lapso determinado, por ejemplo, cuando el jefe de Gabinete debe presentar a la Comisión Bicameral Permanente un reglamento de necesidad y urgencia dentro de los diez días de suscripto o publicado (artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional), en tal caso la competencia del órgano se halla limitada en razón del tiempo en la forma indicada y es por ende una competencia temporaria.

d) **Competencia en razón del grado**

Por último, en razón del grado, cabe distinguir según que la competencia haya sido atribuida a los órganos máximos o haya sido distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos superiores.

Como subclasificación de la competencia en razón del grado, puede hablarse fundamentalmente de competencia **centralizada**, **desconcentrada** y **descentralizada**.

Se dice que la competencia es **centralizada** cuando está conferida exclusivamente a los órganos centrales o superiores de un ente.

Desconcentrada, cuando se ha atribuido porciones de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal al que nos referimos.

Descentralizada, cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de su personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente.

La diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de la personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso (en la desconcentración) y existiría en el segundo (en la descentralización).

Así, en la desconcentración, el que recibe la competencia es un órgano del mismo ente mientras que, en la descentralización, el que recibe la competencia es un órgano de un ente distinto de aquel al que se resta la competencia.

A su vez, dentro del ente descentralizado puede existir un cierto grado de centralización interna o puede en cambio existir también allí desconcentración.

d) 1. **Delegación:**

La delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquella le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y de la desconcentración: en estas últimas hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano inferior

La primera diferencia entre la delegación por un lado y la desconcentración y descentralización por el otro, está así dada por el órgano que decide la atribución de facultades al funcionario inferior: en la desconcentración y descentralización es por regla general el Congreso, en la delegación un órgano administrativo superior que ha sido autorizado al efecto por la ley, pero que retiene el poder de decisión de delegar o no.

Una segunda diferencia es que en el caso de la desconcentración y descentralización, una vez que ellas han sido dispuestas, la competencia de que se trata pertenece exclusivamente al inferior y el superior solo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del control administrativo. En el caso de la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercer; de allí también que se halle unido por más fuertes lazos al superior.

Cuando se trata de competencia delegada, el órgano superior puede siempre y en cualquier momento retomar la competencia que él ha conferido

al órgano inferior y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo; en el caso de la competencia descentralizada o desconcentrada el superior solo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo: dirección, revisión de los actos del inferior, etc. y no puede reasumir la competencia que ahora pertenece al órgano inferior.

d) **2. Avocación:**

La avocación es el proceso inverso de la delegación, o sea, que el superior ejerza competencia que corresponde al inferior. Al igual que respecto a la delegación, se sostiene de la avocación que no es legítima salvo que la ley la haya autorizado expresamente.

En la práctica tampoco es frecuente su aparición, dado que existen otros medios más directos de obtener el mismo resultado: basta a veces que el superior indique informalmente al inferior cuál es la solución que él consideraría adecuada, para que este la adopte, con lo cual el superior obtiene la decisión deseada sin necesidad de intentar avocarse formalmente él mismo a lo que era competencia directa del inferior.

La avocación no procede respecto de los actos de los entes descentralizados, porque violenta su misma razón de ser. Además, la avocación presupone una relación de jerarquía que no existe entre los órganos de la administración central y los entes descentralizados.

Ya vimos que la avocación, a diferencia de la delegación, consiste en un acto concreto por el cual el superior asume la decisión de una cuestión que corresponde a la competencia del inferior. Así, mientras la delegación supone normalmente el traspaso genérico al inferior del ejercicio de una determinada facultad para resolver situaciones similares, la avocación implica tomar una sola decisión del inferior. En otras palabras, cada acto de competencia del inferior que decide *per se* el superior constituye una nueva y distinta avocación, mientras que cada acto que el delegado ejerce en virtud de la delegación no importa una nueva delegación sino la continuación del ejercicio de la misma ya otorgada anteriormente.

CENTRALIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN

ADMINISTRATIVA

Se puede afirmar que un país adopta el principio de **centralización**, cuando todas las cuestiones de importancia son resueltas por los órganos centrales de la administración, mientras que, por el contrario, cuando las facultades decisorias se encuentran también adjudicadas a entidades que constituyen la llamada administración

descentralizada del Estado, la técnica utilizada se denomina descentralización.

La **descentralización** plantea siempre una relación entre sujetos estatales, es decir, se trata de una relación interadministrativa, a diferencia de la **desconcentración** que implica siempre una relación interorgánica.

Es necesario a su vez indicar que los conceptos **autonomía** y **autarquía** representan dos formas de descentralización no solo administrativa, sino también política.

Así la **autonomía** constituye una forma superior de descentralización política en cuanto se traduce en el reconocimiento a la entidad autónoma de la facultad de darse sus propias normas fundamentales. Podríamos entonces definirla como la “facultad de autodeterminarse”.

Por su parte la autarquía consiste en la atribución que tienen las personas jurídicas públicas estatales de administrare por sí mismas. Concluimos entonces que sería la “facultad de autoadministrarse”.

En el régimen constitucional argentino las provincias son entidades autónomas, mientras que los municipios que crezcan de potestades normativas originarias poseen una autonomía tan restringida que prácticamente equivale a una autarquía administrativa, como ocurre con los situados en la provincia de Buenos Aires, aunque la tendencia que campea en la mayoría de las restantes provincias es la autonomía plena municipal conforme establece el artículo 123 de la Constitución Nacional Argentina.

Originariamente la descentralización y durante el transcurso del siglo XIX, fue concebida exclusivamente como la transferencia de funciones de la Administración Central a las entidades locales con base en el territorio. Era la **descentralización territorial**.

Su característica esencial la configura la presencia del principio de elección de las autoridades por parte de la población. Como opuesta a la descentralización territorial y sin la carga política que ella implicaba, a fines del siglo pasado aparece la **descentralización funcional** o por servicios.

Este tipo de descentralización funcional comprende no solo a los órganos que se separan de la administración central mediante la atribución de personalidad a entidades institucionales de carácter funcional, sino que incluye también la creación de personas jurídicas públicas estatales a las cuales se les asignan cometidos que no estaban reconocidos anteriormente a los órganos de la administración directa.

Por ultimo debemos referirnos a los principios de concentración y desconcentración.

En un plano diferente a la centralización y descentralización, aparece también como una técnica de agrupamiento o distribución permanente de competencias la **concentración** y **desconcentración**.

Mientras la descentralización tiene como presupuesto la idea de atribución de personalidad jurídica, la desconcentración entraña una típica relación interorgánica en el marco de la propia entidad estatal.

Tanto la concentración, como la desconcentración constituyen principios organizativos que se dan en el marco de una misma persona pública estatal.

Entonces, existe concentración siempre que las facultades decisorias se encuentren reunidas en los órganos superiores de la Administración.

A la inversa, cuando las competencias decisorias se asignan a órganos inferiores de la administración, el fenómeno recibe el nombre técnico de desconcentración.

FORMAS DE GOBIERNO PRESIDENCIAL, PARLAMENTARIO Y SEMIPRESIDENCIAL

Es conveniente realizar una aclaración terminológica, ya que es bastante común que suelen utilizarse como sinónimos los términos formas de gobierno y formas de Estado, cuando en realidad hacen referencia a cuestiones muy bien diferenciadas aunque, por qué no decirlo, muy racionadas también.

Así, las formas de Estado representan el modo de organización que los Estados pueden adoptar en base a la relación que pretenden establecer entre sus tres elementos constitutivos: el territorio, la población y el poder.

De este modo, un estado podrá ser:

1. **Estado unitario:** es aquel en donde existe un solo centro de poder político que extiende su accionar a lo largo de todo el territorio del respectivo Estado, mediante sus agentes y autoridades locales, delegadas de ese mismo poder central. Además cuenta con un solo poder legislativo que legisla para todo el país; un poder judicial, que aplica el derecho vigente a todo el territorio del Estado y que en su seno se establece una corte suprema de justicia, la cual tiene jurisdicción a nivel nacional, un solo poder ejecutivo que está conformado por todos los gobernantes (presidente, gobernadores, intendentes); y además cuenta con una sola constitución política que rige en todo el territorio y a la cual se hallan sometidas todas las autoridades y habitantes del Estado. Un ejemplo sería Nueva Zelanda.

2. **Estado federal:** son estados conformados por un estado central soberano y por estados miembros autónomos. El estatus autónomo de estas entidades no puede ser alterado de manera unilateral por el gobierno central.

Los estados federales están compuestos por divisiones territoriales que se autogobiernan, a las cuales se llega a dar con frecuencia el nombre de estados miembros, canto-

nes, regiones o provincias, que gozan de un mayor o menor grado de autonomía pero que, en cualquier caso, tienen facultades de gobierno o legislación sobre determinadas materias, distintas de las que corresponden a la administración federal (gobierno de la federación). El estatus de autogobierno de las regiones que lo componen está establecido por su constitución y, habitualmente, no puede alterarse unilateralmente por decisión del gobierno de la federación.

Como ejemplo de estado federal se presenta la República Argentina (dividida en 23 provincias y 1 ciudad autónoma).

Es del caso explicar que la diferencia entre una federación una confederación consiste en que estas últimas se conforman por una unión de estados que conservan su soberanía y se rigen por determinadas leyes comunes.

Es una unión permanente de estados soberanos con fines de acción común. Generalmente se originan mediante pactos escritos, para luego establecer normas o leyes específicas que regulen y rijan este vínculo. Las confederaciones suelen formarse para encarar asuntos de índole mayor, como la defensa, las políticas migratorias, la creación de una moneda común, etc.

En definitiva, una confederación se diferencia de una federación ya que en la primera los miembros son soberanos, mientras que en la segunda los estados miembros, que son autónomos, renuncian a una parte de sus competencias y el poder central es más fuerte.

Habiendo aclarado que implica hacer referencia a las **formas de estado**, pasaremos ahora a tratar la temática vinculada con las **formas de gobierno**.

Así, las formas de gobierno indican el modelo de organización de uno de los elementos constitutivos del Estado, el **poder**.

La manera en la que se estructura el poder político para ejercer su autoridad en el Estado, coordinando todas las instituciones que lo forman, lo cual obviamente, hace necesario que cada forma de gobierno precise de mecanismos de regulación que le son característicos.

Las formas de gobierno es en definitiva, la manera de organizar la institución gubernativa, es decir el conjunto de órganos que ejercen el poder estatal.

Estos modelos políticos varían de un estado a otro y de una época histórica a otra, y su formulación se suele justificar aludiendo a muy diferentes causas: estructurales o idiosincráticas (territoriales, históricos, culturales, religiosos, etc.) o coyunturales (períodos de crisis económica, catástrofes, guerras, peligros de muy distinta naturaleza, vacíos de poder, falta de consenso, carencia de liderazgo, etc.).

Entre las formas de gobierno mas destacadas tenemos:

1. **Monarquía:** son sistemas de gobierno en que la jefatura del estado es personal, vitalicia y designada según un orden hereditario (monarquía hereditaria).

A su vez las monarquías pueden ser parlamentarias o absolutas.

En las monarquías parlamentarias, el monarca, aun manteniendo su posición como el jefe de estado, tiene poderes muy limitados, meramente simbólicos o ceremoniales. El poder ejecutivo es ejercido en su nombre por el gobierno, dirigido por un presidente o primer ministro. Un ejemplo de esta forma de gobierno es España.

En las monarquías absolutas el monarca tiene el poder absoluto del gobierno, un ejemplo sería Arabia Saudita.

2. **República:** Una república es la forma de gobierno en la que el jefe del estado no es un monarca, sino un cargo público cuyo ocupante no tiene derecho por sí mismo a ejercerlo, sino que lo ha obtenido mediante un procedimiento de elección pública.

A su vez la república puede ser:

a) **República presidencialista:** se denomina presidencialismo a aquella forma de gobierno en la que, constituida una república, la constitución establece una división de poderes entre el poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial, en la cual el jefe de estado, además de ostentar la representación formal del país, es también el jefe de gobierno, ejerciendo, pues, una doble función.

A su vez es elegido por los votantes y no por el congreso o parlamento.

Es un sistema de gobierno en el que los roles de jefe del Estado y jefe del Gobierno aparecen reunidos en una sola persona, el presidente, que designa y hace renunciar a su arbitrio a los ministros o miembros del Gabinete, que aparecen como ejecutores de su política. El Presidente es elegido directamente, o por medio de electores, por el pueblo, y encarna en sí mismo el poder ejecutivo. Es, desde luego, la figura política protagónica del gobierno, y aunque formalmente las constituciones responden al principio de la separación y equilibrio de los poderes, puede reconocerse (aun en la normativa) cierta preeminencia del ejecutivo respecto de los otros poderes del Estado, situación que se acrecienta más todavía en la vida política práctica. Un ejemplo de república presidencialista es Argentina.

b) **República semipresidencialista:** la república semipresidencialista es aquella en la cual el gobierno es ejercido conjuntamente por el presidente de la república que mantiene ciertas funciones de gobierno y por el primer ministro. El presidente es elegido por sufragio, mientras que el primer ministro es elegido por el parlamento a petición del presidente.

Por lo que en definitiva el presidente y el primer ministro son participantes activos en la administración del día a día del Estado, estableciéndose una estructura dual de autoridad con los siguientes criterios definitorios: a) el presidente es independiente del Parlamento, pero no se le permite gobernar solo y b) el primer ministro y su gabinete son independientes del presidente, pero dependen directamente del parlamento, por este motivo están sujetos al voto de censura y al voto de confianza, por lo que requieren para su permanencia el apoyo de la mayoría parlamentaria.

Un ejemplo de la aplicación de esta forma de gobierno se da en Sudáfrica.

c) **República parlamentaria:** el parlamentarismo un sistema de organización política en la que la rama ejecutiva del gobierno depende del apoyo directo o indirecto del parlamento, a menudo expresado por medio de un voto de confianza. El poder ejecutivo de las repúblicas parlamentarias proviene y depende del poder legislativo; el jefe de gobierno es llamado “primer ministro”.

Este sistema de gobierno, presenta un poder ejecutivo en el que están diferenciadas las figuras de jefe del Estado (presidente) y jefe del Gobierno (primer ministro, etc.) que es quien dirige el Gabinete o Consejo de ministros, y es responsable ante el Parlamento de la gestión política ejecutiva. En este sistema, la figura política protagónica es la del primer ministro, mientras que el jefe de Estado queda un poco al margen de los avatares de la política cotidiana y cumple normalmente una función simbólica de los valores permanentes del Estado, en una instancia que está por encima de las banderías políticas. En momentos de crisis, en cambio, suele cobrar mucho relieve político su figura, en cuanto aparece como restaurador del orden político fundamental. Un ejemplo de este tipo de forma de gobierno se daría en Italia.

DISTINTAS ETAPAS DEL CONSTITUCIONALISMO

a) Origen del constitucionalismo

El constitucionalismo es un movimiento que busca establecer una Constitución en un sentido formal (es decir, un documento normalmente escrito y orgánico) y material (estatuto con supremacía sobre el resto de las normas, que regula las organización del Estado y sus fines, el ejercicio de la autoridad y los derechos de las personas).

Desde mucho antes del nacimiento del constitucionalismo, existen expresiones constitucionales precarias, entendiendo por tales la organización básica del poder y el reconocimiento de una norma de rango superior al legal. Roma y Grecia dan cuenta ya de este fenómeno.

Lo cierto es que la idea de redactar constituciones nace durante el último cuarto de siglo XVIII, en dos países: Estados Unidos de América y Francia, a este movimiento se lo denominó constitucionalismo.

Así, en el transcurso de algo más de dos siglos el escribir constituciones se ha extendido a todo el mundo. Pero esta práctica no ha ocurrido de un modo progresivo y continuo, sino que se ha desarrollado por olas sucesivas, consecutivas de movimientos revolucionarios o de guerras mundiales.

En este período se tenía un enfoque iusnaturalista, se concebía que la libertad y la igualdad eran consustanciales al hombre y, por lo mismo, el Estado solo debía resguardar dichas condiciones y evitar alterarlas. La propiedad privada era la base del sistema económico y el trabajo, el de la posición social.

Esta primera etapa se originó, precisamente, en la Independencia norteamericana y en la Revolución francesa. Su ámbito de expansión fue Europa Occidental y América. Pero se caracterizó por grandes intentos frustrados, con dos grandes excepciones: Los Estados Unidos (la constitución data de 1787 y su proceso de ratificación que duró hasta 1789) y Escandinavia (Suecia 1809 y Noruega 1814).

Dentro de este período, en nuestro país se intentó dictar la Constitución de 1826, la cual fue rechazada por la totalidad de las provincias por ser totalmente unitaria.

b) Consolidación en Europa Occidental e Iberoamérica

El segundo momento de expansión del constitucionalismo comenzó con las revoluciones europeas de 1830 y 1848.

Es procedente recordar que la Revolución de 1830 se dio en Francia y desde allí pasará a otros países europeos (Bélgica, Polonia, Italia, Alemania, Suiza, España e Inglaterra). Fue una revolución contra Carlos X, al intentar el monarca volver al absolutismo. La Revolución vino precedida de una grave crisis económica que causó malestar social. Tras tres días de barricadas, Carlos X hubo de exiliarse y se proclamó rey a Luis Felipe de Orleáns que implantó una monarquía constitucional.

Por su parte la revolución de 1848 fue de carácter liberal, nacionalista y su contenido democrático, ya que los revolucionarios luchaban por el sufragio universal y la soberanía popular. Participaron en ella diferentes clases sociales, movido por su penosa situación social (hambre y enfermedades). Ciertos autores consideran la revolución del 48 como un enfrentamiento de clases.

Esta vino precedida por la crisis de 1847, que fue agrícola, industrial y bursátil. Según los historiadores, la crisis agravó la situación, pero no puede decirse que la provocó la revolución, si bien dio lugar a tensiones sociales.

De nuevo fue Francia la cuna de la revolución. La monarquía de Luis Felipe había supuesto la llegada al poder de la alta burguesía que lo había utilizado para su exclusivo beneficio económico, marginando a la mediana y pequeña burguesía, al campesinado y al proletariado gracias al sufragio censitario (solo votaba una parte minoritaria de la población).

Varios grupos se aliaron contra el gobierno que rechazó la petición de reforma constitucional, restringiendo las libertades.

Las malas cosechas de 1846 y 1847 provocaron la subida del pan y desencadenaron la crisis agrícola, que se acompañó de crisis textil y financiera, lo que trajo consigo inseguridad para los obreros, generando malestar económico y el estallido de motines en el campo.

La confluencia de estos factores políticos, económicos y sociales, desencadenaron revueltas en París. Se alzaron barricadas, se asaltó el Palacio real y el Ejército terminó confraternizando con los insurrectos. Luis Felipe abdicó y se proclamó la segunda República.

Se formó un gobierno provisional, se impulsó un programa de reformas políticas y sociales, estableciéndose el sufragio universal masculino y aboliendo la pena de muerte y la esclavitud. Se crearon los Talleres Nacionales, dirigidos por el Estado, para intentar paliar el paro obrero.

Pero la alianza social duró poco. El Gobierno decretó que los obreros en paro entre 18 y 25 años debían ingresar en el Ejército o ir a trabajar a provincias. El proletariado respondió alzándose contra la burguesía pero el Ejército reprimió duramente la sublevación, y hubo más de 1.500 muertos y 25.000 detenidos.

En diciembre Luis Napoleón Bonaparte, sobrino de Napoleón, fue elegido presidente de la República, gracias al apoyo de la burguesía, el campesinado y los católicos. A pesar de que había sufragio universal, las libertades se recortaban cada vez más. El Segundo Imperio fue proclamado en 1851.

Durante este período en Europa Occidental primó la monarquía parlamentaria plasmada en las constituciones de Bélgica de 1831, Holanda 1848, Dinamarca 1849, entre otras. En América Latina se acentuó el régimen presidencialista en las constituciones de Uruguay de 1830, Chile 1833, Argentina de 1853 y México 1857.

c) La primera posguerra. El constitucionalismo social

La tercera ola de las constituciones escritas llegó después de la Primera Guerra Mundial.

Desde el punto de vista ideológico, el sustento de este llamado constitucionalismo social establece que la libertad de los individuos no pasa solo por un deber de abstención del Estado sino que marca una obligación para el mismo, de manera de poder dotar de libertad real a los ciudadanos. Otro tanto ocurre con la igualdad, reforzándose a una igualdad de oportunidades, a través del acceso a la educación y el resguardo gubernativo de la misma. La propiedad y su protección constitucional incorporan, en su seno, el reconocimiento de deberes jurídicos asociados a una finalidad de interés social. La promoción de la dignidad del ser humano pasa a ser una función del Estado. Se reconocen derechos laborales y a la sindicación, como una forma de agrupación intermedia diferente de la meramente política. En algunos casos, con matices, se potencia la intervención del Estado en materia económica de forma directa, sea creando empresas o incluso, adquiriendo activos claves.

La caída de los imperios centrales y del Imperio ruso posibilitaron las constituciones de los nuevos estados de Europa Central y Oriental. En esta época apareció el constitucionalismo social a partir de la reforma de la Constitución mexicana de 1917 y la constitución Alemana de 1919.

d) La segunda posguerra. La descolonización

Con la segunda posguerra se inició el cuarto movimiento de expansión del constitucionalismo.

Los países mas afectados por el conflicto se dieron nuevas constituciones: Francia 1946, Italia 1947, Alemania Federal 1949.

Pero el mayor número de constituciones provino del proceso de descolonización de Asia y África. Al comienzo estos países imitaron el tipo de gobierno parlamentario. Posteriormente se inclinaron por el presidencialismo como la Constitución de Costa de Marfil de 1960 y Argelia de 1963.

e) El constitucionalismo a fines del milenio

Alrededor de 1970 se produce el reemplazo en numerosos países de regímenes autoritarios por otros democráticos. En Latinoamérica, casi la totalidad de los gobiernos estaban en manos de las fuerzas armadas.

En 1978 se adoptó la Constitución de Ecuador que inicia esta etapa. En 1980 se aprueba un nuevo texto constitucional en Chile, que acentuó el presidencialismo, permitiendo que el General Pinochet permaneciera en la presidencia hasta 1989, pero que también posibilitó que ese año su partido fuera derrotado en las urnas. Perú incorporó el régimen

semipresidencialista, retornando al presidencialismo en 1993. En Brasil en 1985 asumió un presidente civil, después de más de veinte años de preponderancia militar.

Nuestro país, luego de alternar durante muchas décadas gobiernos civiles y militares, retomó el cause institucional en 1983, y reformó su Carta Magna en 1994.

Por su parte el derrumbe del comunismo a partir de 1989, sumó a esta transición hacia la democracia a los países de Europa oriental que estaban dominados hasta entonces por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

En esta etapa, la mayoría de los estados existentes han adoptado una constitución, siendo la tendencia hacia sistemas mixtos, liberales o sociales.

En esta línea se reconoce el surgimiento de derechos de tercera generación, más allá de los individuales o sociales. Entre ellos, e derecho a un ambiente sano, los derechos de consumidores y usuarios, el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección de los datos personales, etc.

En lo estructural, junto a los tradicionales tres poderes del Estado surgen instituciones de extrapoder como el defensor del pueblo.

CAPÍTULO VII: *Los órganos del Estado: el Congreso*

Dra. María Lía da Costa Fontao

La organización administrativa responderá a la concepción política de cada país, estableciendo el grado de descentralización o concentración de la administración estatal.

Nuestro país adopto como sistema de gobierno, el régimen republicano, representativo y federal (art. 1 CN), lo que implica la distribución del poder en sentido vertical y horizontal. Es decir, entre nación, provincias y municipios; y a su vez en Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Esta manera de organización, esta vinculada con la forma de distribución de las funciones que el Estado detenta, a fin de cumplir con sus fines; y estas actividades denominadas “funciones del Estado”, básicamente son tres: función ejecutiva, función legislativa y función judicial. En consecuencia, se distribuyen en todos sus niveles.

La Constitución Nacional, como así también la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, regulan los órganos del Estado, de acuerdo a las funciones que cada uno realiza, en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

Y en los siguientes puntos a tratar en esta unidad, analizaremos al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, definiéndolos y detallando las atribuciones establecidas tanto en la Constitución Nacional, como así también en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

EL CONGRESO

El Poder Legislativo esta a cargo del Congreso y es un órgano complejo y bicameral, es decir, compuesto por dos Cámaras, que tiene como función primordial la formación y sanción de leyes.

En este sentido el art. 44 de la Constitución Nacional establece, que este estará compuesto por dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires.

Cabe resaltar que esta representatividad que ejercen los diputados y senadores, hacen a la sustentabilidad de la democracia, puesto que los diputados representan al pueblo y los senadores a los estados provinciales.

Por su parte, la Constitución de la provincia de Buenos Aires dispone en su art. 68 sobre la constitución de su legislatura.

ATRIBUCIONES

Como se manifestará en párrafos superiores, la función principal del Congreso es la formación y sanción de las leyes en sentido formal, es decir, las leyes de carácter general; sin embargo, emite también leyes de carácter material.

Asimismo, trata y emite resoluciones con pedido de informes a los demás poderes del Estado o a los particulares, relacionado exclusivamente con la atribución legiferante o de control que detenta; y emite declaraciones sobre determinados temas, cada Cámara en particular o en forma conjunta.

En este sentido el art. 75 de nuestra Carta Magna establece sus atribuciones a saber:

1. Legislar en materia aduanera: establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las valuaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer **contribuciones directas**, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan.

A este respecto dicho inciso aclara que las contribuciones previstas en el, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Y en consecuencia, una ley convenio, entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

Con la salvedad que la distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto. Dicha repartición será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Asimismo, establece que la ley convenio atenderá al senado como Cámara de origen, atento los intereses que representan los senadores, y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

6. Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.

7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, **el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración** nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

9. Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios.

10. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas.

11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

14. Arreglar y establecer los correos generales de la Nación.

15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

16. Proveer a la seguridad de las fronteras.

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades

sin discriminación alguna, y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.

21. Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección.

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. 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; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de 120 días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.

26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y **la salida de las fuerzas nacionales** fuera de él.

29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

31. Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

En el orden de la **provincia de Buenos Aires**, la Constitución Provincial establece en su art. 103 las competencias del Poder Legislativo, a saber:

1. Establecer los impuestos y contribuciones necesarios para los gastos de servicio público, debiendo estas cargas ser uniformes en toda la provincia.

2. Fijar anualmente el cálculo de recursos y el presupuesto de gastos. En relación a nuevos gastos, dentro de la ley de presupuesto, la iniciativa corresponderá exclusivamente al Poder Ejecutivo; pero la Legislatura podrá disminuir o suprimir los que le fuesen propuestos.

La ley de presupuesto será la base a que debe sujetarse todo gasto en la Administración general de la Provincia.

Si el Poder Ejecutivo no remitiera los proyectos de presupuesto y leyes de recursos para el ejercicio siguiente antes del 31 de agosto, la Legislatura podrá iniciar su estudio y sancionarlos, tomando por base las leyes vigentes.

Vencido el ejercicio administrativo sin que la Legislatura hubiese sancionado una nueva ley de gastos y recursos, se tendrán por prorrogadas las que hasta ese momento se encontraban en vigor.

3. Crear y suprimir empleos para la mejor administración de la provincia, determinando sus atribuciones, responsabilidades y dotación, con la limitación a que se refiere el primer párrafo del inciso anterior.

4. Fijar las divisiones territoriales para la mejor administración.

5. Conceder indultos y acordar amnistías por delitos de sedición en la provincia.

6. Conceder privilegios por un tiempo limitado a los autores o inventores, perfeccionadores y primeros introductores de nuevas industrias para explotarse solo en la provincia, sin perjuicio de las atribuciones del Gobierno general.

7. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas **las responsabilidades de todos los recaudadores de rentas** y tesoreros de la provincia y sus municipios.

8. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas **las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos.**

9. Aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebre con otras provincias.

10. Discernir honores y recompensas pecuniarias por una sola vez, y con dos tercios de votos del número total de miembros de cada Cámara, por servicios distinguidos prestados a la provincia.

11. Dictar la Ley Orgánica del Montepío Civil.

12. Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades.

13- Dictar todas aquellas leyes necesarias para el mejor desempeño de las anteriores atribuciones y para todo asunto de interés público y general de la Provincia, cuya naturaleza y objeto no corresponda privativamente a los poderes nacionales.

FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LEYES

En nuestro país, el procedimiento de formación y sanción de leyes, es un procedimiento complejo, habida cuenta que en su proceder intervienen las dos Cámaras del Congreso (Diputados y Senadores) y el Poder Ejecutivo. Es decir, el proyecto de ley debe ser analizado y aprobado por ambas Cámaras y luego por el Poder Ejecutivo.

Ello, independientemente de que cada Cámara tenga la iniciativa de determinadas materias, a la Cámara de Diputados le compete proyectos sobre contribuciones y reclutamiento de tropas, iniciativa popular y consulta popular; mientras que al Senado le corresponde cuestiones de coparticipación federal, políticas demográficas y políticas de desarrollo igualitario y equilibrio de provincias y regiones.

Como señaláramos, la función legislativa es propia del Congreso, y la misma se encuentra establecida en los art. 77 al 84 de la Constitución Nacional.

Los proyectos de ley pueden tener análisis en cualquiera de las Cámaras, ya sea por proyectos presentados por sus propios miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece la Constitución Nacional.

Cabe tener presente, que con la reforma constitucional de 1994, se introdujeron al texto constitucional importantes modificaciones en el proceso de sanción de las leyes, al incorporar la iniciativa popular en su art. 39 y la consulta popular en el art. 40.

Estos proyectos, toman estado parlamentario e inician un procedimiento para su sanción, mediante el ingreso por la mesa de entradas de cualquiera de las dos Cámaras, en donde se les da un número y son girados a la comisión, según la materia

que trate. Allí, se emite un despacho por unanimidad o por mayorías o minorías y se pone a disposición de los legisladores para su consulta y para que si lo consideran conveniente que le realicen todas las observaciones correspondientes.

En el pleno de las Cámaras los proyectos se informan en general y en particular, pero con la reforma del año 1994, las **Cámaras se encuentran facultadas para aprobar el proyecto en general y pasar la aprobación** en particular a las comisiones.

Esta facultad es optativa y requiere un quórum especial, de la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras para girar el proyecto a las comisiones; y a su vez en las comisiones se requiere la misma mayoría para aprobar el proyecto en particular.

Trámite simple

Aprobado un proyecto en cualquiera de las Cámaras, pasa a la otra Cámara para su aprobación y si esta última lo aprueba pasa al Poder Ejecutivo para su análisis y si este lo aprueba, se promulga la ley.

Asimismo, para que la norma sancionada sea exigible y adquiera vida en el mundo jurídico debe ser publicada en el Boletín Oficial, conforme lo establece el art. 2 del Código Civil.

Art. 2 “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”.

Análisis y aprobación por la Cámara revisora

1) Aprobar el proyecto: pase al Poder Ejecutivo.

2) Rechazo total: no se trata por 1 año.

3) Rechazo parcial, modificaciones, se gira el proyecto a la Cámara de origen y esta podrá aprobar con mayoría absoluta las modificaciones introducidas por la Cámara revisora o mantener el proyecto originario. A la hora de ver como quedará el proyecto a remitir al Poder Ejecutivo, entra en juego las mayorías de las votaciones de ambas Cámaras. Si las modificaciones realizadas por el Cámara revisora hubieran sido con la votación de las dos terceras partes, el proyecto pasa al Poder Ejecutivo con las modificaciones; pero si la Cámara de origen insiste con el proyecto originario y la votación fuera por las dos terceras partes, el proyecto pasa al Poder Ejecutivo sin las modificaciones.

La Cámara de origen no podrá rechazar totalmente un proyecto modificado por la Cámara revisora.

Análisis y aprobación del Poder Ejecutivo

Una vez que el proyecto de ley ingresa en la esfera del Poder Ejecutivo, este se encuentra con la facultad de:

1) Aprobar el proyecto: promulgación de la ley.

2) No realizar ninguna manifestación (tácita) en el plazo de 10 días: promulgación de la Ley.

Introducida con la reforma constitucional de 1994 (art. 80 de la CN).

3) Desechar parcialmente el proyecto: si hace a la esencia de la norma, la misma no podrá ser promulgada. Pero, si aun así, no se modifica el espíritu de la norma: promulgación parcial de la ley.

Y en este caso se deberá seguir el procedimiento que la Constitución Nacional establece para los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 de la CN).

4) Vetar el proyecto: si el veto es total, remisión del proyecto de ley a la Cámara de origen (art. 83 de la CN).

Una vez en la Cámara de origen, esta lo discute de nuevo y si lo confirma por mayoría de dos tercios, pasa a la Cámara revisora y lo aprueba por la misma mayoría, es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Ahora, si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse por el año de sesión.

Si el veto es parcial, puede remitir el proyecto con sus observaciones a la Cámara de origen; o promulgar la parte no vetada de la norma, siempre y cuando esta no encuentre alterada su esencia jurídica.

Y en este caso, deberá seguirse los pasos y procedimientos establecidos para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

Es decir, deberá ser decidida en acuerdo general de ministros, quienes deberán re-frendarla, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros; y este último deberá, dentro del plazo de 10 días, someterla a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

PRESUPUESTO

El presupuesto constituye el documento financiero del estado que establece los ingresos y gastos públicos para el ejercicio del año fiscal próximo.

Se entiende por gastos, al conjunto de erogaciones, que realiza el Estado para cumplir con su finalidad, que es la satisfacer las necesidades de la sociedad.

La aprobación de este le compete al Congreso, ya que constituye una de sus atribuciones básicas, mediante la sanción y promulgación de la ley de presupuesto.

El objetivo del sistema presupuestario del Sector Público Nacional, consiste en elaborar el presupuesto general de la Administración Nacional, administrar su ejecución y supervisar la gestión presupuestaria de las empresas y sociedades del Estado. Todas ellas resultan actividades proyectadas o planeadas, garantizando la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos.

Y en este sentido, la Ley de Administración Financiera y Sistema del Control del Sector Público Nacional N° 24.156 establece en su art. 12: “Los presupuestos comprenderán todos los recursos y gastos previstos para el ejercicio, los cuales figurarán por separado y por sus montos íntegros, sin compensaciones entre sí. Mostrarán el resultado económico y financiero de las transacciones programadas para ese periodo, en sus cuentas corrientes y de capital, así como la producción de bienes y servicios que generarán las acciones previstas”.

LA FUNCIÓN DE CONTROL

Para un buen equilibrio entre los poderes del Estado, es necesario establecer mecanismos de control, que hacen a la defensa de las instituciones y de las democracias. En el marco de este equilibrio en nuestro país contamos con órganos de control interno y externo de la administración.

Con dicha finalidad se sanciona en el año 1992, antes de la reforma constitucional, la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, donde se establecen y reglamentan los dos órganos rectores del control de la administración nacional, la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGN), quienes tienen a cargo el control interno y externo, respectivamente.

Auditoría General de la Nación

La Auditoría General de la Nación constituye uno de los órganos de control, que luego de la reforma constitucional de 1994 adquiere jerarquía constitucional.

Se ubica en el ámbito del Poder Legislativo, puesto que este puede requerirle diferentes tareas relacionadas con su competencia constitucional.

Tiene a cargo el control de legalidad y gestión de los actos que realiza la administración pública nacional, ya sea centralizada o descentralizada, el control externo, puesto que el control interno se encuentra a cargo de la Sindicatura General de la Nación.

Es decir, interpreta la oportunidad, merito o conveniencia de las decisiones que adopte la administración en materia económica financiera y operativa, puesto que ello hace a preservar las cuentas públicas del Estado, en materia de utilización de estas y previniendo la existencia de corrupción ante las prácticas burocráticas de la administración.

Conforme a lo establecido en el art. 85 de la Const. Nacional, es un órgano de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional y presidido por el partido político de oposición con mayor número de legisladores.

Su funcionamiento se encuentra regulado en la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Estado N° 24.156.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, se encuentra el Tribunal de Cuentas, organismo de control, que detenta la facultad de fiscalización de las cuentas públicas de la Provincia, como la de los municipios; y en este sentido el art. 159 de la Constitución Provincial establece que le compete examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas **públicas**.

Este organismo se encuentra regulado en la Ley N° 10.869.

El defensor del pueblo

Con la reforma constitucional de 1994, se crea la figura del defensor del pueblo en procura de los derechos individuales o colectivos de los ciudadanos de un estado, y dicha figura surge tanto a nivel nacional como a provincial.

En la Constitución Nacional encontramos la figura del defensor del pueblo en el art. 86 y la ley que regula su ejercicio es la Ley N° 24.284.

Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de toda la Administración pública, es decir, de la administración, de las fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del estado que implique el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo o arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a cargo o las empresas concesionarias.

Constituye un órgano de control de la administración pública central o descentralizada.

El art. 86 de la Constitución Nacional establece la protección de los derechos subjetivos y de incidencia colectiva, así como los de medio ambiente, consagrados en el art. 41; los de usuarios y consumidores en el art. 42, especialmente los de los usuarios bajo condiciones monopólicas o de exclusividad.

Tiene plena autonomía funcional y política y durará 5 años en el cargo, pudiendo ser reelegido.

Cuenta con legitimación procesal para iniciar una acción ante la administración y la justicia en cualquier competencia dentro de la jurisdicción nacional.

Sin embargo, su figura es discutida por parte de la doctrina y la jurisprudencia a la hora de interpretar su competencia.

Por ejemplo: “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dto. 885/98 s/ amparo-ley 16.986”. CSJN - 21/08/2003.

En el campo de la provincia de Bs. As., la figura del defensor del pueblo se encuentra reglamentado en el art. 55 de la Constitución Provincial y en la Ley Provincial N° 13.834.

EL PODER EJECUTIVO

Nuestra Carta Magna establece en su articulado que el Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación (art. 87).

La forma adoptada por la República Argentina es la de república, representativa y federal (art. 1 de la CN) y a su vez, dentro de ese esquema de organización, es una república presidencialista unipersonal.

El artículo 87 de la Carta Magna tiene fuente en la cláusula II de la Constitución Norteamericana.

El presidente de la Nación Argentina es el jefe de Estado, jefe de Gobierno, responsable político de la administración general del país y comandante en jefe de las Fuerzas Armadas de la República Argentina. El presidente encabeza el Poder Ejecutivo del gobierno y es elegido junto con el vicepresidente en una misma fórmula, de forma directa por el sufragio de los ciudadanos y duran cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo (art. 90 de la CN).

Esa posibilidad de reelección, fue introducida a nuestra Carta Magna en la reforma constitucional de 1994, ya que hasta ese entonces el presidente y el vicepresidente, eran elegidos por única vez y duraban seis años en el cargo, conforme la Constitución de 1853.

El presidente de la Nación tiene a su cargo las siguientes atribuciones (art. 99 de la CN):

1. Es el **jefe supremo de la Nación**, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

2. **Expide las instrucciones y reglamentos** que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

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.

4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

Nombra los demás **jueces de los tribunales federales inferiores** en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

5. Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

6. Concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación.

7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.

8. Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.

9. Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.

10. Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.

11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

12. Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación.

13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas, y por sí solo en el campo de batalla.

14. Dispone de las fuerzas armadas y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.

15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

16. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior solo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23.

17. Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, **los informes que crea conveniente** y ellos están obligados a darlos.

18. Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de este, solo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público.

19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura.

20. Decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento.

En la **provincia de Buenos Aires**, el Poder Ejecutivo, estará a cargo también de un ciudadano, con el título de gobernador, durará 4 años en su cargo y podrá ser reelegido.

JEFE DE GABINETE

Es una figura introducida con la reforma constitucional de 1994 y su incorporación se debió a la necesidad de atenuar la figura presidencialista del Poder Ejecutivo.

Esto se produce dentro de un contexto social y cultural que estaba pasando la Argentina, donde se impulsaba la transformación del sistema presidencialista a un sistema parlamentarista o semiparlamentarista, con la creación de un jefe de gobierno, un tipo de primer ministro (Pacto de Olivos).

Y en ese marco, se crea la figura de un jefe de gabinete de ministros, a fin de descomprimir funciones del Ejecutivo.

Es decir, el presidente, es titular y responsable político de la administración, pero su ejercicio se encuentra a cargo del jefe de gabinete.

Sus funciones se encuentran reglamentadas en el art. 100 de la Constitución Nacional que establece que el jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

Atribuciones

Al jefe de gabinete de ministros, le corresponde:

1. Ejercer la administración general del país.
2. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera.
3. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.
4. Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación y, en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión, en aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia.
5. Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente.

6. Enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.

7. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto nacional.

8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa.

9. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.

10. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.

11. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

El jefe de gabinete de ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio.

MINISTROS

En la forma de organización de la administración pública nacional, nos encontramos con la figura de los ministerios, los cuales podríamos definir como organismos ejecutivos del Estado y se encuentran dirigidos por un ministro (ciudadano), que es elegido y removido libremente por el titular del Poder Ejecutivo.

A su vez, cada ministerio está integrado por secretarías y direcciones nacionales o generales.

Cada ministro se encuentra facultado para tomar decisiones concernientes al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.

Asimismo, son responsables por los actos que realizan y solidariamente por los actos que acuerdan con sus pares (art. 102 de la CN).

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Los decretos de necesidad y urgencia, denominados generalmente como DNU, constituyen un tipo de norma, que a pesar de no ser sancionado por el Poder Legislativo, sino por el Poder Ejecutivo, tiene fuerza ejecutoria (validez) al igual que una ley.

Antes de la reforma constitucional de 1994, el Poder Ejecutivo, se encontraba impedido de ejercer facultades legislativas y dictar leyes en consecuencia, a pesar que parte de la doctrina las entendió derivadas de las facultades implícitas.

Con la reforma constitucional, se introduce dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo la facultad de sancionar leyes, cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, estableciendo al mismo tiempo una serie de controles procedimentales, a fin de resguardar las atribuciones y competencias de cada órgano, que hacen a un Estado democrático.

En este sentido, la Constitución Nacional requiere para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia una serie de requisitos o pasos a seguir, como son:

1) que existan circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

2) Los mismos no podrán versar sobre materia penal, tributaria, electoral y sobre partidos políticos.

3) La decisión debe tomarse por el presidente de la Nación, en acuerdo general de ministros, incluido el jefe de gabinete.

4) Después del dictado del DNU, corresponde el examen y control de este mediante la Comisión Bicameral del Congreso.

5) Cada Cámara del Congreso deberá emitir una resolución expresando su apoyo o rechazo al DNU. Si ambas Cámaras rechazan el decreto, este pierde validez de forma permanente. No obstante, quedan a salvo los derechos adquiridos mientras la norma esta en vigencia.

CAPÍTULO VIII: *El Poder Judicial: control de la constitucionalidad**Dr. Luis Ratto***EL PODER JUDICIAL: LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

Desde el punto de vista material u objetivo, podemos considerar la función jurisdiccional como la “decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes”. De acuerdo con este primer concepto objetivo, que atiende al contenido de la función, podría parecer a primera vista que ella puede en ciertos casos, ser ejercida también por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo. En efecto, en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares (ejemplo entes reguladores), o entre ella misma y los particulares (Tribunal Fiscal), pero advertimos inmediatamente que lo que allí ocurre es solo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es semejante, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que esta.

El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión puede ser definitiva y, fundamentalmente, que sea producida por un órgano imparcial (ajeno a la contienda; un tercero desinteresado del proceso) e independiente que significa no sujeto a órdenes o instrucciones de nadie.

La Constitución Nacional en su art. 18 establece que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos y el art. 109 lo reafirma cuando prohíbe al Poder Ejecutivo “ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Sería inconstitucional, a la luz de estas normas, querer atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin posibilidad de que estos recurran a la justicia.

El régimen jurídico de la función jurisdiccional, entonces, solo se aplica a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos de este tipo: no así a

los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos, el régimen jurídico pertinente se aplica solo cuando el acto es materialmente el que corresponde y además ha sido dictado por el órgano a quien compete realizar la función: el juez. Bien se comprenderá que no es esta una mera cuestión de clasificaciones ni definiciones: estamos ante uno de los pilares básicos del Estado de Derecho.

Definimos entonces a la función jurisdiccional como: “**la decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal, hecha por un órgano imparcial e independiente**”.

Esta definición comprende dos elementos: uno material (u objetivo), que se refiere a lo que la función es en su contenido (decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal) y uno orgánico (o subjetivo formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la función (los jueces, órganos imparciales e independientes). La reunión de ambos elementos define la función jurisdiccional.

Su estructura

El órgano especial y exclusivamente encargado por la Constitución Nacional para ejercer la función jurisdiccional es el llamado Poder Judicial, está integrado por órganos imparciales y no sujetos a órganos superiores, por lo tanto es un poder independiente.

Se compone de una serie de órganos (jueces de primera instancia, Cámaras de apelaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación) que forman parte del gobierno federal y que ejercen una función del poder del estado, que es la denominada “administración de justicia”, “jurisdicción” o “función jurisdiccional”, tal como la hemos definido con anterioridad. A ello se añade desde la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

Los órganos del poder judicial que genéricamente llamamos “tribunales de justicia”, son los jueces naturales deparados a los habitantes por el art. 18 de la constitución. Así como desde la parte orgánica visualizamos a la administración de justicia en cuanto **función del poder**, desde la parte dogmática descubrimos que el derecho de los habitantes a acudir en demanda de esa administración de justicia configura el **derecho a la jurisdicción**. Las personas y entes colectivos en cuanto disponen de ese acceso al poder judicial se denominan **justiciables**.

El Poder Judicial de la Nación se encuentra conformado, entonces, por la Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores, tanto a nivel federal como a nivel provincial. Está regulado en la sección tercera de la segunda parte de la Constitución de la Nación Argentina, artículos 108 a 119.

La designación de los jueces la realiza el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, sobre la base de una terna integrada por candidatos seleccionados en concurso público por el Consejo de la Magistratura, órgano de composición multisectorial, a quien corresponde el control directo de los jueces y la administración del Poder Judicial.

Los jueces permanecen en sus cargos “mientras dure su buena conducta” y solo pueden ser removidos en caso de infracciones graves, por un Jurado de Enjuiciamiento, integrado por legisladores, magistrados y abogados.

LA JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El art. 31 de la Constitución Nacional, contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el principio de **supremacía constitucional** y el principio de la **jerarquía de las fuentes del derecho**.

a) La supremacía constitucional

Aunque pueda admitirse que un ordenamiento jurídico es algo más que un orden normativo, pues constituye “una compleja y variada organización del Estado y la sociedad, determinada por una serie de mecanismos y engranajes en las relaciones de autoridad”, no hay duda acerca de que las normas jurídicas son un elemento necesario y constitutivo de aquel.

El Derecho positivo de un Estado se articula en torno a normas jurídicas, nutridas de los valores de esa comunidad y materializadas en los hechos sociales. Ese conjunto de normas se estructuran en torno a un principio rector y, emanando de diversas fuentes, se subordinan a la norma de base del sistema o constitución.

Desde esa perspectiva, la Constitución de un Estado lo constituye, es decir, lo estructura y organiza. Al mismo tiempo, dota de justificación política y legitimación formal a todas las otras normas jurídicas. Así, desde una conceptualización valorativa, la constitución como norma fundamental regula la creación del derecho –estableciendo los sujetos que han de dictarlo, el procedimiento pertinente para producirlo y, en algunos casos, los contenidos mínimos que aquel ha de tener–.

El art. 31 declara la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino. Este debe subordinarse a aquella y no debe modificarla si no es por el procedimiento establecido en el art. 30 de la misma Constitución.

La Corte Suprema de Justicia en un fallo del año 1927, autos “Compañía Azucarera Tucumán c/Provincia de Tucumán” estampó el principio de que “la constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que

viven en la república, tanto en tiempo de paz como de guerra, y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse”.

La supremacía constitucional no consiente, ni habilita, ni tolera marginamientos, subordinaciones, condicionamientos, parálisis, ni suspensiones.

Dada la estructura federal de nuestro estado, la supremacía constitucional reviste un doble alcance: a) la Constitución prevalece sobre todo el orden jurídico-político del estado; b) la Constitución en cuanto federal, prevalece también sobre todo el derecho provincial (y dentro de esta segunda supremacía, prevalece juntamente con la Constitución federal todo el derecho federal –leyes, tratados, etc.–).

Después de la reforma constitucional de 1994, es imperioso tener presente que en virtud del art. 75 inc. 22 hay tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Por consiguiente tales tratados revisten igual supremacía de la Constitución, aunque no formen parte del texto constitucional federal.

b) El control de la constitucionalidad

Los jueces pueden decidir no aplicar una norma si consideran que esta está en contradicción con los principios constitucionales. Todos ellos, sin distinción de categorías o jurisdicciones –federales, nacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o locales–, tienen capacidad para declarar la inconstitucionalidad, es decir, para descartar la aplicación de una norma en el caso concreto; dicha declaración no es obligatoria para otros casos. Debemos siempre recordar que las decisiones judiciales se refieren exclusivamente al caso que se les presenta.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la última palabra en materia de inconstitucionalidad de las normas. Sin embargo, carece de facultades para derogar las normas así declaradas. Por ello quienes vean afectados sus derechos deben recurrir a la justicia y solicitar la declaración de inconstitucionalidad en cada caso.

Antecedentes

El control de constitucionalidad como medio de mantener la supremacía de la Constitución nació, por creación pretoriana de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la célebre sentencia dictada en el caso “Marbury vs. Madison”.

En el año 1801 el presidente Adams (expresidente de EEUU) designó a Marshall presidente de la Suprema Corte junto con otros jueces entre los que se encontraba Marbury.

Finalizado el mandato presidencial se sucedió por el presidente, Jefferson quien designa como secretario de Estado a Madison.

La mayoría de los jueces nombrados durante el gobierno anterior recibieron la notificación en la que constaba que tenían acceso a sus cargos de jueces. No obstante otros, entre los que se encontraba Marbury, no recibieron dicha notificación y decidieron solicitar a Madison que el nombramiento les fuera notificado para poder acceder al cargo. Al no obtener respuesta de Madison, Marbury pidió a la Corte que emitiera un *mandamus* por el cual se le ordenara a Madison que cumpliera con la notificación, basándose en la Sección trece del Acta Judicial que acordaba a la Corte Suprema competencia originaria para expedir el *mandamus*.

Marbury tenía derecho al nombramiento que demandaba, teniendo en cuenta que este había sido firmado por el presidente y sellado por el secretario de estado durante la presidencia de Adams.

La negativa constituyó una clara violación de ese derecho frente al cual las leyes de su país brindaban un remedio, emitir un mandamiento.

La constitución de los Estados Unidos establece en su art. 3, la competencia de la Corte Suprema solo por apelación, salvo en determinados casos en la que es originaria, no encontrándose el *mandamus* dentro de estas excepciones, por lo que se rechazó la petición del demandante, ya que la Corte Suprema no poseía competencia para emitir mandamientos en competencia originaria. Esto trajo aparejado un conflicto entre la Constitución y el Acta Judicial, Sección 13 (de rango jerárquico inferior). Marshall resolvió en su sentencia declarar la inconstitucionalidad del Acta Judicial, por considerar que ampliaba la competencia de la Corte y contrariaba la Constitución.

El fallo creó un control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema, sobre los otros poderes del Estado, elaboró los fundamentos del control de constitucionalidad a partir del principio de supremacía; de las atribuciones del Poder Judicial para entender en los caos que versen sobre la Constitución y de los deberes que la Corte Suprema tienen punto a mantener aquel principio de supremacía constitucional y por último fijó los límites de su propio poder para declarar la inconstitucionalidad de las normas en lo que denominó cuestiones políticas no judiciales.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: SU SIGNIFICADO

La doctrina de la supremacía exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad.

En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos infractorios de la constitución no valen, o lo que es lo mismo, que son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de

camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada.

Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucional.

Los sistemas posibles de control

Desde la teoría constitucional, se puede abordar los sistemas de control teniendo en cuenta: A) el órgano, B) las vías y C) los efectos.

A) Por **el órgano** que toma a su cargo el control, los dos sistemas principales son:

a) **El político**, en el que dicho control está a cargo de un órgano político (por ejemplo el Consejo Constitucional en la Constitución de Francia de 1958).

b) **El jurisdiccional**, en el que dicho control se moviliza dentro de la administración de justicia o poder judicial. Puede subdividirse en:

b') **difuso**, cuando cualquier órgano jurisdiccional –y todos– pueden ejercer el control (por ejemplo en EEUU);

b'') **concentrado**, cuando hay un órgano jurisdiccional único y específico, al que se reserva la competencia exclusiva de ejercer el control (por ejemplo Italia, España, etc.) a veces, ese órgano jurisdiccional no forma parte del poder judicial, sino que se considera un órgano extrapoder, como en Italia;

b''') **mixto**, cuando tanto un tribunal constitucional como los jueces ordinarios invisten competencia, cada cual mediante diversas vías procesales (por ejemplo Perú y Colombia).

B) Por **las vías** procesales mediante las cuales puede provocarse el control constitucional de tipo jurisdiccional son fundamentalmente las siguientes:

a) La **vía directa**, de **acción** o de **demanda**, en la cual el proceso se promueve con el objeto de atacar la presunta inconstitucionalidad de una norma o un acto.

b) La **vía indirecta, incidental** o de **excepción**, en la cual la cuestión de constitucionalidad se articula o introduce en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto.

c) La **elevación del caso** efectuada por el juez que está conociendo de un proceso, a un órgano especializado y único para que resuelva si la norma que debe aplicar es o no inconstitucional.

C) **Los efectos** del control podemos agruparlos en dos grandes rubros:

a) cuando la sentencia declarativa de inconstitucionalidad solo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, restringido o “inter-partes”,

dejando subsistente la vigencia normológica de la norma fuera de ese caso;

b) cuando la sentencia invalida la norma declarada inconstitucional más allá del caso, el efecto es amplio, “erga-omnes” o “extra-partes”. Este efecto puede revestir dos modalidades:

b') que la norma inconstitucional quede automáticamente derogada; o,

b'') que la sentencia irroge la obligación de derogar la norma inconstitucional por parte del órgano que la dictó.

Por último interesa averiguar cuál es el sujeto que está legitimado para provocar el control. Ese sujeto puede ser:

a) El titular de un derecho o un interés legítimo que padece agravio por una norma o un acto inconstitucionales.

b) Cualquier persona (una sola o un número mínimo exigido por el régimen vigente), en cuyo caso la vía es directa y se llama “acción popular”.

c) El ministerio público.

d) Un tercero que no es titular de un derecho o interés legítimo afectado, pero que debe de algún modo cumplir la norma presuntamente inconstitucional, que no lo daña a él pero que daña a otros relacionados con él.

e) El propio juez de la causa que la eleva en consulta al órgano encargado del control para que resuelva si la norma que ese juez debe aplicar en su sentencia es o no constitucional.

f) El defensor del pueblo u ombudsman.

g) Determinados órganos del poder o, de ser estos colegiados, un determinado número de sus miembros.

h) Las asociaciones cuyo fin atiende a la defensa de derechos o intereses de personas o grupos.

Los sistemas de control en nuestro Derecho constitucional

A) En cuanto al **órgano** que lo ejerce, el sistema es jurisdiccional difuso, porque todos los jueces pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal último por vía del recurso extraordinario legislado en el art. 14 de la Ley 48.

O sea, que solo el poder judicial tiene a su cargo el control. En un importante fallo dictado por la Corte Suprema, en el caso “Ingenio y Refinería San Martín del Tabaco”

cal S. A.”, del 8 de noviembre de 1967, decidió que, el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. El principio constitucional conforme al cual la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia, resulta imperativo –según la Corte– tanto para el estado federal como para las provincias.

B) En cuanto a las **vías procesales** utilizables en el orden federal para provocar el control, es la **vía indirecta, incidental o de excepción**

En nuestro sistema no existen acciones declarativas de inconstitucionalidad pura, si existen definidas acciones de inconstitucionalidad directas, la Corte las ejemplifica como: a) la acción de amparo y de *habeas data*; b) la acción declarativa de certeza del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (la Corte admite que con esta acción puedan plantearse cuestiones de inconstitucionalidad en forma directa en el ámbito del Derecho público, con aptitud para ser resueltas por los jueces y hasta la misma Corte la ha aceptado en jurisdicción originaria y exclusiva de ella); c) el juicio sumario de inconstitucionalidad; d) el incidente de inconstitucionalidad que se forma de modo anexo a una denuncia penal para discutir en él una cuestión constitucional.

C) Como **sujeto legitimado** para provocar el control, ante todo se reconoce al titular actual de un derecho (propio) que se pretende ofendido. También es admisible reconocer legitimación al titular de un interés legítimo que no tiene calidad de Derecho subjetivo.

Con la reforma constitucional de 1994, el art. 43 regula el amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus*, abre así una interpretación holgada.

La acción de amparo se habilita contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derecho de incidencia colectiva en general”. De inmediato señala quiénes son los sujetos legitimados para interponer la acción de amparo y dice “el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (...)”. El art. 43 prevé y da por reconocidos a los llamados intereses difusos, intereses colectivos, intereses de pertenencia difusa, derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva en general.

D) en cuanto al **efecto**, la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se limita al caso resuelto, descartando la aplicación de la norma a las partes intervinientes en él, y dejando subsistente su vigencia normológica fuera del caso.

No obstante, la ejemplaridad de las sentencias de la Corte Suprema las proyecta normalmente más allá del caso, no produciendo la derogación de las nomas declaradas inconstitucionales, pero logrando reiteración del precedente en la jurisprudencia de la propia Corte y de los demás tribunales.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La constitución ha establecido una Corte Suprema de Justicia, cuya composición no fija directamente. Ello es competencia legal o sea, mediante leyes que dicta el Poder Legislativo. Pero sí fija las condiciones para ser miembro de ella: a) ser abogado de la nación con ocho años de ejercicio; b) tener las calidades requeridas para ser senador (art. 55 de la CN).

La Corte es el órgano supremo y máximo del Poder Judicial. Es titular o cabeza de ese poder, como el presidente lo es del Ejecutivo, y el congreso del Legislativo. Solo que mientras el Ejecutivo es unipersonal o monocrático, y el Congreso es órgano complejo, la Corte es: a) órgano colegiado, y b) órgano en el cual –no obstante la titularidad– no se agota el Poder Judicial, porque existen otros tribunales inferiores que juntamente con la Corte lo integran en instancias distintas, además de órganos que no administran justicia pero forman parte del Poder Judicial (Consejo de la Magistratura y jurado de enjuiciamiento).

La Corte tiene competencia originaria sobre determinadas materias que se encuentran reguladas en el artículo 117 de la Constitución. También es última instancia decisoria por vía de apelación, si el caso suscitare una cuestión federal, que traiga aparejada la necesidad de decidir en un conflicto suscitado entre dos leyes de igual o diferente rango o respecto de tratados internacionales.

Competencia originaria y exclusiva:

Son causas de **competencia originaria** de la Corte:

- las causas entre dos o más provincias, y las de entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra, o ciudadanos o súbditos extranjeros, o aquellas entre una provincia y un Estado extranjero.
- Las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la delegación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos.
- Las causas sobre los privilegios y exenciones de los cónsules y vicecónsules extranjeros en su carácter público.

Competencia apelada

Existen distintos tipos de recursos para acudir a la Corte:

Recurso ordinario

La Corte se encarga también de revisar causas ya sentenciadas por Cámaras Federales o Nacionales cuando son:

- Causas en que la Nación es parte y el monto del pleito supere los \$462.753,70.
- Pedidos de extradición.
- Apresamiento o embargos marítimos en tiempo de guerra.
- Las causas vinculadas con salvamento militar.
- Legitimidad y regularidad de las patentes de los buques.

Recurso extraordinario

Por último la Corte entiende en causas donde existe:

- Posible inconstitucionalidad.
- Un recurso de amparo, debido a un acto de manifiesta arbitrariedad.
- Un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior a la sentencia.

EL DOBLE ORDEN JUDICIAL

La Constitución creó un doble orden judicial. Existen en el país, por un lado una **Justicia Nacional** que ejerce sus atribuciones en todo el territorio de la república, con respecto a los asuntos mencionados en el artículo 116 de la Constitución Nacional (competencia federal), y sin esa limitación en los lugares sometidos a la potestad del gobierno nacional; y por el otro lado, una **Justicia ordinaria** y común que ejerce sus funciones a través de los órganos judiciales que cada provincia debe crear y organizar con prescindencia del gobierno central (artículos 5, 121, 123 de la Constitución Nacional) y cuya competencia abarca el conocimiento de todos los puntos regidos por el Derecho común y local, con las limitaciones establecidas en el artículo 75 inc. 12 de la Carta Magna Nacional (naturalización, nacionalidad, bancarrotas, falsificación de moneda corriente y documentos públicos del Estado y las materias que requieran el establecimiento del juicio por jurados).

La justicia federal

De acuerdo a lo establecido por el artículo 116 de la Constitución, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes

nacionales, salvo los casos que corresponden a la justicia provincial; y por los tratados internacionales; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

La justicia provincial

Cada una de las provincias de la Argentina, en base a la autonomía otorgada por la Constitución Nacional en su artículo 5, establece la administración y organización de la justicia ordinaria dentro de su territorio. Además, cada una de las provincias posee una organización judicial propia para ejercer la justicia ordinaria, aplicando los códigos mencionados en el artículo 75, inciso 12 –esto es, el Código Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social–, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Es por ello que en la Argentina hay una organización judicial distinta en cada una de las provincias de acuerdo a sus constituciones provinciales y en la ciudad de Buenos Aires de acuerdo al Estatuto de la ciudad.

FUNCIONES DEL PODER JUDICIAL EN GENERAL

Las funciones claves del Poder Judicial son, por un lado, administrar justicia aplicando la ley y, por otro, el control de constitucionalidad que asegura la supremacía de la Constitución Nacional.

a) La Administración de Justicia

1. La Administración de Justicia se desarrolla a través de causas o procesos judiciales. Durante el transcurso de los mismos el órgano judicial (juez o tribunal) cumple una serie de actos procesales.

2. Todo pronunciamiento judicial que implica administrar justicia recae en una causa.

3. La forma de resolver esa causa es la sentencia.

Según la jurisprudencia de la Corte existe una serie de principios rectores de la administración de justicia:

- Los jueces son servidores del derecho para la realización de justicia.
- El ejercicio imparcial de la administración de justicia es un elemento indispensable de la defensa en juicio.

- La sentencia debe ser derivación razonada del orden jurídico vigente.
- Los jueces deben alcanzar en sus sentencias la solución objetivamente justa del caso.

b) El Control de Constitucionalidad

El cual ha sido desarrollado con anterioridad.

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Ha sido incorporado en la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 en su artículo 114. Está regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso, tiene a cargo la selección en concurso público de los candidatos a jueces y la conformación de ternas, de las cuales, el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, elige al nuevo juez. Administra también al Poder Judicial, supervisa a los jueces y pone en marcha el mecanismo para su remoción por un Jurado de Enjuiciamiento.

La incorporación del Consejo de la Magistratura al sistema judicial argentino fue precedida de un largo debate y fue producto del acuerdo entre el expresidente Dr. Raúl Alfonsín titular de la Unión Cívica Radical y el presidente de aquel entonces, Dr. Carlos Menem, en el celebre “Pacto de Olivos”, que permitió la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 y que entre otros temas incorporados al cuerpo constitucional, habilitó la reelección presidencial.

La necesidad de sanear y hacer más eficaz la designación de magistrados y la remoción de los jueces, apartándolas de consideraciones y disputas político-partidarias aportaban buenas razones para establecer el organismo. No obstante, se dijo con razón que el Consejo era ajeno a la tradición judicial argentina, que provenía de un sistema –el continental europeo– en el que el judicial no constituía estrictamente un poder del Estado, por lo que allí su creación había significado algún grado de independencia de la judicatura respecto del Poder Ejecutivo, situación extraña a la organización constitucional argentina.

El Consejo es un órgano integrado al Poder Judicial, con competencias (sin funciones jurisdiccionales) que son propias de dicho poder, y que antes de la reforma incumbían a los órganos judiciales.

Su composición

El primer párrafo del art. 114 diseña la competencia del Consejo con una bifurcación: a) seleccionar a los magistrados y b) administrar al Poder Judicial. Luego vendrá el desglose de las atribuciones, todas vinculadas a esos dos ejes.

El segundo párrafo traza el lineamiento que ha de tomar en cuenta el congreso al dictar la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura en lo referido a su composición.

En primer lugar, el desempeño de sus miembros es temporario ya que la norma habla de integración periódica. En segundo lugar, ordena procurar un equilibrio entre las representaciones que invisten los funcionarios del Consejo:

El número y la forma ha surgido de la Ley reglamentaria 24.937 y el cuerpo en la actualidad ha quedado constituido de la siguiente manera:

a) Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema “D’Hont”, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.

b) Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la minoría.

c) Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.

d) Un representante del Poder Ejecutivo.

e) Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes.

Los miembros del Consejo de la Magistratura duran cuatro años en sus cargos y pueden ser relectos con intervalo de un período y se requiere las mismas condiciones de requisitos exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Consejo de la Magistratura, teniendo en cuenta sus competencias, funciona en comisiones y plenario.

Las **comisiones** son las siguientes:

a) Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial: integrado por tres jueces, tres diputados, el representante del Poder Ejecutivo y el representante del ámbito académico y científico.

b) Comisión de Disciplina y Acusación: integrado por un representante de los abogados, dos senadores, dos diputados, dos jueces, el representante del ámbito aca-

démico y el representante del Poder Ejecutivo.

c) Comisión de Administración y Financiera: integrado por dos diputados, un senador, dos jueces, un representante de los abogados y el representante del Poder Ejecutivo.

d) Comisión de Reglamentación: integrado por dos jueces, un diputado, un senador, un abogado y el representante del ámbito académico.

Las reuniones de comisión son públicas y se elegirá entre sus miembros un presidente que dura un año en sus funciones pudiendo ser reelegido una vez más.

En el plenario están presentes todos los consejeros, y es el ámbito de debate y resolución, sus atribuciones conforme el art. 7 de la Ley 24.937:

1. Dictar su reglamento general.

2. Dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación de la administración de justicia.

3. Tomar conocimiento del anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial que le remita el presidente y realizar las observaciones que estime pertinentes para su consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4. Designar entre sus miembros a su presidente y a su vicepresidente.

5. Designar los integrantes de cada comisión por mayoría absoluta de los miembros presentes.

6. Designar al administrador general del Poder Judicial de la Nación, al secretario general del Consejo y al secretario del cuerpo de Auditores del Poder Judicial, a propuesta de su presidente, así como a los titulares de los organismos auxiliares que se crearen, y disponer su remoción por mayoría absoluta de sus miembros.

7. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados –previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación–, formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento, y ordenar después, en su caso, la suspensión del magistrado, siempre que esta se ejerza en forma posterior a la acusación del imputado. A tales fines se requerirá una mayoría de dos tercios de miembros presentes. Esta decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno. La decisión de abrir un procedimiento de remoción no podrá extenderse por un plazo mayor de tres años contados a partir del momento en que se presente la

denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, este pasará al plenario para su inmediata consideración.

8. Dictar las reglas de funcionamiento de la Secretaría General, de la Oficina de Administración y Financiera, del Cuerpo de Auditores del Poder Judicial y de los demás organismos auxiliares cuya creación disponga el Consejo.

9. Reglamentar el procedimiento de los concursos públicos de antecedentes y oposición en los términos de la presente ley.

10. Aprobar los concursos y remitir al Poder Ejecutivo las ternas vinculantes de candidatos a magistrados.

11. Organizar el funcionamiento de la Escuela Judicial, dictar su reglamento, aprobar sus programas de estudio y establecer el valor de los cursos realizados, como antecedentes para los concursos previstos en el inciso anterior. Planificar los cursos de capacitación para magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial para la eficaz prestación de los servicios de justicia. Todo ello en coordinación con la Comisión de Selección y Escuela Judicial.

12. Aplicar las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación. Las decisiones deberán adoptarse con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. La Corte Suprema y los tribunales inferiores mantienen la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, de acuerdo a las leyes y reglamentos vigentes.

La decisión de abrir un proceso disciplinario no podrá extenderse por un plazo mayor de tres años contados a partir del momento en que se presente la denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, este pasará al plenario para su inmediata consideración.

13. Reponer en sus cargos a los magistrados suspendidos que, sometidos al Jurado de Enjuiciamiento, no hubieran resultado removidos por decisión del Tribunal o por falta de resolución dentro del plazo constitucional. Dicha reposición deberá tener lugar dentro de los cinco días siguientes de la fecha de finalización del enjuiciamiento, o del término del plazo previsto en el artículo 115, tercer párrafo de la Constitución Nacional.

14. Remover a los miembros representantes de los jueces, abogados de la matrícula federal y del ámbito académico y científico de sus cargos, por el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo, mediante un procedimiento que asegure el derecho de defensa del acusado, cuando incurrieran en mal desempeño o en la comisión

de un delito, durante el ejercicio de sus funciones. Los representantes del Congreso y del Poder Ejecutivo, solo podrán ser removidos por cada una de las Cámaras o por el Presidente de la Nación, según corresponda, a propuesta del pleno del Consejo de la Magistratura, previa recomendación tomada por las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo. En ninguno de estos procedimientos, el acusado podrá votar”.

Su competencia

Las competencias del Consejo de la Magistratura son las siguientes:

A) Selección de candidatos a magistrados: la realiza mediante concursos públicos para cubrir los cargos de jueces federales y nacionales en todas las instancias inferiores a la Corte.

Los concursos consisten en pruebas de oposición y antecedentes. El Consejo selecciona y formula ternas vinculantes para proponer el nombramiento, que son elevadas al Poder Ejecutivo para que nombre uno de los propuestos y necesita para su designación acuerdo del Senado. La elaboración de la terna por el Pleno del Consejo de la Magistratura constituye, en consecuencia, un acto preparatorio de la voluntad ejecutiva, que el presidente no puede eludir, encontrándose obligado por la alternativa que presenta la terna.

B) Poder disciplinario: las faltas disciplinarias de los magistrados, por cuestiones vinculadas a la eficaz prestación del servicio, se cometen por a) infracciones a las normas legales y reglamentarias, en materia de incompatibilidades y prohibiciones a la magistratura judicial; b) falta a la consideración y respeto debidos a los otros magistrados; c) el trato incorrecto a los abogados, peritos, auxiliares de la Justicia o litigantes; d) los actos ofensivos al decoro de la función judicial o que comprometan la dignidad del cargo; e) el incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias; f) la inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el reiterado incumplimiento del horario de atención al público en su juzgado, y g) la falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional. Las sanciones previstas son las de advertencia, apercibimiento y multa de hasta el 30% de sus haberes. Las impone el pleno del Consejo, previo dictamen de la Comisión de Disciplina y la decisión es apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque el recurso debe interponerse y fundarse ante el Consejo.

En las sanciones disciplinarias queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias, disposición que encuentra su fundamento en la doctrina del propio Consejo, según la cual lo atinente a la interpretación de normas jurídicas en un caso concreto es resorte exclusivo del juez de

la causa, sin perjuicio de los recursos que la ley procesal acuerda. (Conf. dictamen 57/00 de la Comisión de Disciplina en el Expte. 460/99, caratulado “Bova Carmelo c. doctores Julio Víctor Reboredo, Jorge Jaime Hemmingsen, Alberto Ramón Durán”).

C) Acusación de magistrados: el procedimiento se inicia por la Comisión de Acusación, ante una denuncia que puede provenir de cualquier ciudadano o de un integrante del poder judicial. El procedimiento es sencillo y rápido, garantizando en todo momento del derecho de defensa del magistrado imputado.

Ante la denuncia, la Comisión puede elaborar un dictamen fundado proponiendo al Plenario del Consejo: a) desestimarla *in limine*, por ser manifiestamente improcedente, b) luego de citar y escuchar al magistrado acusado y producir la prueba ofrecida, puede: b’) aplicar una sanción disciplinaria, b’’) acusar formalmente al magistrado abriendo el procedimiento de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento y, en su caso, ordenar la suspensión del magistrado, designando a los encargados de llevar el caso ante el Jurado de Enjuiciamiento.

D) Administración del Poder Judicial: tiene a su cargo las siguientes funciones:

- a) elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Autarquía Judicial y la Ley de Administración Financiera y elevarlo a la consideración de su presidente;
- b) ejecutar el presupuesto anual del Poder Judicial;
- c) dirigir la oficina de habilitación y efectuar la liquidación y pago de haberes;
- d) dirigir la oficina de arquitectura judicial;
- e) dirigir la Imprenta del Poder Judicial;
- f) llevar el registro de estadística e informática judicial;
- g) proponer al plenario lo referente a la adquisición, construcción y venta de bienes inmuebles y disponer lo necesario respecto de bienes muebles, aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes;
- h) llevar el inventario de bienes muebles e inmuebles y el registro de destino de los mismos;
- i) realizar contrataciones para la administración del Poder Judicial coordinando con los diversos tribunales los requerimientos de insumos y necesidades de todo tipo aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes;
- j) proponer los reglamentos internos necesarios para su funcionamiento, los reglamentos para la administración financiera del Poder Judicial y los demás que sean convenientes para lograr la eficaz administración de los servicios de justicia, inclu-

yendo la supresión, modificación o unificación de las oficinas arriba enumeradas;
k) ejercer las demás funciones que establezcan los reglamentos internos.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS

Competencia

El juzgamiento de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación estará a cargo del Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados según lo prescripto por el artículo 115 de la Constitución Nacional.

El Jurado de Enjuiciamiento está integrado por siete miembros de acuerdo a la siguiente composición:

1.- Dos jueces que serán de cámara, debiendo uno pertenecer al fuero federal del interior de la República y otro a la Capital Federal. A tal efecto, se confeccionarán dos listas, una con todos los camaristas federales del interior del país y otra con los de la Capital Federal.

2.- Cuatro legisladores, dos por la Cámara de Senadores y dos por la Cámara de Diputados de la Nación, debiendo efectuarse dos listas por Cámara, una con los representantes de la mayoría y la otra con los de la primera minoría.

3.- Un abogado de la matrícula federal, debiendo confeccionarse una lista con todos los abogados matriculados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y en las Cámaras Federales del interior del país que reúnan los requisitos para ser elegidos jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados entra en funciones ante la convocatoria del plenario del Consejo de la Magistratura y designa entre sus miembros a su presidente.

Durarán en sus cargos mientras se encuentren en trámite los juzgamientos de los magistrados que les hayan sido encomendados y solo con relación a estos.

El desempeño de las funciones será considerado una carga pública. Ninguna persona podrá integrar el Jurado de Enjuiciamiento de los magistrados en más de una oportunidad. Los jueces de Cámara y los legisladores no podrán ser nuevamente miembros de este cuerpo, hasta tanto lo hayan integrado el resto de sus pares, en los términos previstos en el artículo 22 de esta ley.

Causales de remoción

Se consideran causales de remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución

Nacional, el mal desempeño, la comisión de delito en el ejercicio de sus funciones y los crímenes comunes.

Entre otras, se consideran causales de mal desempeño las siguientes:

1. El desconocimiento inexcusable del derecho.
2. El incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional, normas legales o reglamentarias.
3. La negligencia grave en el ejercicio del cargo.
4. La realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones.
5. Los graves desórdenes de conducta personales.
6. El abandono de sus funciones.
7. La aplicación reiterada de sanciones disciplinarias.
8. La incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo. En este caso, no se producirá la pérdida de beneficios previsionales establecida en el artículo 29 de la Ley 24.018.

El procedimiento

El procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es oral y público y debe asegurar el derecho de defensa del acusado. El fallo que decida la destitución deberá emitirse con mayoría de dos tercios de sus miembros.

Se inicia con la presentación de la acusación formulada por el plenario del Consejo de la Magistratura, de la que se le corre traslado al magistrado acusado por el término de diez días. Contestado el traslado, se abre la causa a prueba por el término de treinta días, plazo que podrá ser prorrogado por un plazo no superior a quince días, por disposición de la mayoría del jurado, ante petición expresa y fundada.

Ambas partes podrán ofrecer todos los medios de prueba que contempla el Código Procesal Penal de la Nación, bajo las condiciones y límites allí establecidos, pudiendo ser desestimadas –por resoluciones fundadas– aquellas que se consideren inconducentes o meramente dilatorias.

Concluida la producción de la prueba o vencido el plazo respectivo, el representante del Consejo de la Magistratura y el magistrado acusado o su representante, producirán en forma oral el informe final en el plazo que al efecto se les fije, el que no podrá exceder de treinta días. En primer lugar lo hará el representante del Consejo de la Magistratura e inmediatamente después lo hará el acusado o su representante.

Producidos ambos informes finales, el Jurado de Enjuiciamiento se reúne para deliberar debiendo resolver en un plazo no superior a veinte días si destituye al magistrado. Contra el fallo solo procede el pedido de aclaratoria, el que deberá interponerse ante el jurado dentro de los tres días de notificado.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Los órganos del sistema de administración de justicia se completan con el Ministerio Público. Este organismo, presente en la legislación nacional desde los comienzos de la organización institucional (1853-1860), fue incorporado en la Constitución Nacional en 1994. La reforma del texto constitucional que tuvo lugar en aquel año incluyó al Ministerio Público entre las autoridades de la Nación –junto a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial– como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera (art. 120).

De acuerdo con la Constitución, la función del Ministerio Público es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Comprende el Ministerio Público Fiscal, cuya autoridad máxima es el Procurador General de la Nación, y el Ministerio Público de la Defensa, a cargo del Defensor General de la Nación. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones (art. 120).

Esta cláusula constitucional fue reglamentada por el Congreso de la Nación a través del dictado de la Ley Orgánica para el Ministerio Público de la Nación (Ley N° 24.946), sancionada en el año 1998. Dicha norma orgánica consagra los principios de objetividad, jerarquía, unidad y coherencia de actuación, establece el número de fiscales y defensores que habrán de actuar, respectivamente, bajo la dependencia del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, y regula las funciones de cada uno de ellos, como así también otros aspectos referidos a la organización y funcionamiento de la institución.

De acuerdo con el art. 5 de esta ley, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación deben ser designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, por dos tercios de sus miembros presentes. La ley también extiende el requisito a los restantes fiscales y defensores, pero con relación a ellos se satisface con que el acuerdo del Senado lo sea por mayoría simple de los miembros presentes. En estos casos, además, el Poder Ejecutivo debe elegir a la persona que designará, y para la cual requerirá el acuerdo del Senado, de una terna de candidatos que le ha de presentar el Procurador General o el Defensor General, respectivamente, previo concurso público. También establece el mecanismo de juicio político previsto en los

arts. 53 y 59 de la Constitución para la remoción del Procurador General y del Defensor General y, para la de los restantes fiscales y defensores, prevé la intervención de un Tribunal de Enjuiciamiento compuesto por ex jueces de la Corte Suprema o ex Procuradores o Defensores Generales de la Nación, designados uno por el Poder Ejecutivo, otro por el Senado y otro por la Corte Suprema (art. 18 y ss.).

El Ministerio Público de la Nación actúa en los mismos casos en los que es competente el Poder Judicial de la Nación.

Acorde con el régimen federal de organización estatal, es atribución de cada provincia organizar el Ministerio Público en el ámbito de la administración de justicia local y definir su ubicación institucional (órgano autónomo, parte del Poder Judicial o dependiente del Poder Ejecutivo).

AGENTES PÚBLICOS

La realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado.

El Dr. Agustín Gordillo en su *Tratado de Derecho Administrativo*, capítulo XIII, haciendo referencia a los agentes públicos, comienza haciendo mención a una “supuesta” distinción entre los conceptos “funcionario público” aquel que decide o representa la voluntad del Estado y “empleado público” que es el que ejecuta o realiza comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios.

Sin embargo, esa diferenciación fundada en el supuesto poder decisorio dista mucho de tener sustento jurídico o real, ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, para poder ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. Gordillo pone como ejemplo al presidente de la República, que podría considerarse el funcionario de mayor jerarquía, no desempeña sus funciones a través de ordenes o decisiones; también realiza comportamientos materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, descubrir una placa, colocar la piedra fundamental de un edificio, etc.

Por último, se puede aseverar que el Derecho positivo argentino y supranacional no hacen diferenciación entre “funcionarios” y “empleados”, y por el contrario establecen que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica.

Esta conclusión debe entenderse pues, en el sentido de que, dentro de los agentes de la administración, no existe distinción entre “funcionarios públicos” y “emplea-

dos públicos”, es decir que todos están sometidos al régimen del derecho público bajo un mismo concepto.

NATURALEZA JURÍDICA

La discusión acerca del género jurídico en el que corresponde insertar a la especie “empleo público” ha provocado debates prolongados en el ámbito del Derecho constitucional, administrativos y laboral, que no solo afincan en las divergencias respecto de su condición de vínculo estatutario o contractual, sino también en las distintas opiniones sobre la incorporación de la materia al Derecho público o privado.

En el ámbito nacional, la doctrina y la jurisprudencia han atribuido a la relación de empleo público dos categorías jurídicas diversas a saber:

a) Relación Estatutaria: algunos autores entienden que el empleo público constituye una especie de relación estatutaria, privilegiando la valoración del régimen legal (estatuto) que disciplina la actividad y entendiendo que el peso del consentimiento de las partes (Estado y empleado) para la formación del vínculo, resulta inocuo comparado con la trascendencia que adquiere el poder regulatorio estatal sobre la materia. Para esta posición el estatuto al que está sometido el empleado en su relación de empleo con el Estado conforman el marco normativo único, de fuente estatal, que regula el contenido de toda la relación. Las características del marco estatutario, es la desigual posición jurídica entre las partes, la regulación mediante ley del contenido de la relación del empleo público, la posición de supremacía de la administración una vez iniciada la relación jurídica y la retroactividad de los efectos de la relación al momento del acto de nombramiento.

b) Relación contractual: la doctrina mayoritaria predica que la relación de empleo público tiene naturaleza contractual y constituye una especie entre los contratos administrativos.

Gordillo sostiene que “(..) los argumentos con los cuales se pretende demostrar que la relación de empleo público no constituye un contrato administrativo, parten por lo general de un cierto preconceito acerca de qué es un contrato administrativo. Si se estima, por ejemplo, que solo hay contrato cuando ambas partes son jurídicamente iguales, entonces es claro que esta relación no sería contractual, pues el servidor público está en una relación de subordinación frente a la administración: si, en cambio, se admite que en el contrato administrativo, existe cierta subordinación, entonces aquella razón no es válida para negar a esta figura la naturaleza de contrato administrativo”. Como en cualquier otro contrato administrativo, en la relación de empleo público

encontramos que a) hay un concurso en el cual se presentan las personas interesadas a ingresar a la administración, b) un acto de nombramiento, aceptando la solicitud efectuada, y c) la notificación de dicha designación que perfecciona el vínculo.

Desde luego que no se trata de la figura clásica contractual del Derecho privado, sino de un contrato administrativo en el que encontramos aspectos tales como: la mutabilidad del contrato (la administración tiene atribuciones para variar, dentro de ciertos límites, la forma de las prestaciones o el régimen de la función), el que pueda constituir en ocasiones un contrato de adhesión (en el que el particular no pueda discutir las cláusulas del régimen contractual, y solo puede aceptarlo o rechazarlo). La incorporación de los Convenios Colectivos en el ámbito de la administración pública, vinieron a dar mayor luz al problema planteado, pues, el convenio colectivo como fuente normativa de regulación de las condiciones de trabajo, restituye la máxima jerarquía al valor de las convenciones que están por encima de las legales o estatutarias. De este modo se interpreta la relación sobre las bases contractuales.

¿RELACIÓN DE DERECHO PÚBLICO Ó DE DERECHO PRIVADO?

Si bien existen semejanzas entre el empleo privado y el público, motivo que encuentra sustento lógico en que ambas relaciones jurídicas tiene el mismo objeto, cual es la prestación de un servicio *intuitu personae* de una persona física a favor de otra que ejerce prerrogativas de supraordinación a su respecto. Ambas tienen con su empleador una relación de dependencia jerárquica, técnica y económica, la retribución o remuneración como contraprestación constituye un crédito alimentario y asistencial para sí y su familia, su jornada laboral se encuentra limitada, existe libre agremiación, el derecho a huelga, normas de seguridad de higiene del trabajo, obras sociales, jubilación, vacaciones, etc., no obstante, el empleo público tiene caracteres específicos que hacen que podamos definir la relación dentro del Derecho público.

En efecto, existe una diferencia trascendental en cuanto a las características personales del empleador. En el empleo público el Estado empleador es una persona de carácter público, cuyo accionar, aun en el ámbito de la de la contratación, está regido por el Derecho público, extremo que implica el sometimiento de las relaciones en que interviene a un régimen de exorbitancia que las delimita y caracteriza, provocando consecuencias jurídicas diversas a las que resultarían de la aplicación del orden jurídico privado.

Por otra parte la propia Constitución Nacional en su art. 14 bis, protege en forma distinta al trabajador público y al privado, otorgando al primero “estabilidad” y al segundo “protección contra el despido arbitrario”.

EL PERSONAL REGIDO PARCIALMENTE POR EL DERECHO PRIVADO

Excepcionalmente pueden encontrarse casos de personas que trabajan para la administración pública no en relación exclusiva de Derecho público, sino también en alguna medida de Derecho privado.

Personal obrero en las empresas del Estado. Convenciones colectivas de trabajo

Tal es el caso de los obreros y empleados de inferior jerarquía de las empresas del Estado, que de acuerdo con la jurisprudencia se consideran sometidos al Derecho privado en sus relaciones con aquellas. Si bien en este caso la jurisprudencia les reconoce un régimen distinto a tales personas, que no cumplen funciones de “dirección, gobierno o conducción ejecutiva”, es de advertir que no los considera por ello “empleados públicos”, sino simplemente empleados regidos por el Derecho privado. Esa vieja definición jurisprudencial se ve reforzada en el caso del personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo, y en especial los que prestan servicios dentro de empresas públicas.

En cualquier caso, estén o no en empresas públicas, si están sometidas a convenciones colectivas de trabajo de acuerdo al art. 3 *in fine* del anexo a la Ley 25.164, se encuentran por igual fuera del ámbito de aplicación del régimen de empleo público, sin perjuicio que pueda haber en algunos casos aplicación analógica de otras normas.

EL PERSONAL CONTRATADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El personal contratado por el Derecho privado

En igual situación compleja puede encontrarse el personal “contratado”, en el sentido que no es de planta o de carrera, y está vinculado por un contrato que se define expresamente como de naturaleza temporal. Todos los que se desempeñen dentro de la administración lo hacen en virtud de una relación contractual ya que es necesario que su voluntad concurra; pero en la práctica se denomina “personal contratado” a los agentes que trabajan para la administración pública no desde cargos o funciones permanentes, sino a través de convenios de plazo limitado (uno o dos años), que no los incorporan a la carrera administrativa ni les otorgan estabilidad en sus empleos. Pero a su vez el personal contratado puede encontrarse bajo un régimen de Derecho público o de Derecho privado.

Los representantes del sector privado en cuerpos colegiados de la administración pública

Mención aparte merece el caso de los particulares llamados a integrar cuerpos colegiados en representación del sector privado: aunque esa función sea remunerada, a nuestro juicio no existe otro vínculo que el que determina el Derecho político de los cuerpos parlamentarios. No son agentes públicos ni personal contratado de la administración. Por ello no se les aplica el Derecho administrativo sino en todo caso por analogía el Derecho parlamentario, pero sí tienen la responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

El personal contratado por el Derecho público

Corresponde a aquel personal contratado bajo el sistema de pago por factura profesional y no por recibo de sueldo, el régimen es privado, tal como lo hemos señalado anteriormente, junto a otros datos como la carencia de horario, oficina, etc. Esa inclusión, desde luego, es efectuada dentro de las obvias limitaciones que el propio régimen establece: en particular, que el contratado carece del derecho a la estabilidad más allá del propio límite temporal de su contrato y que carece consecuentemente del derecho al ascenso, la carrera, etc. Incluso el derecho a la estabilidad está muy cercenado en la práctica, pues el contrato prevé una cláusula de rescisión a favor de la administración pública, sin indemnización. Ello lleva a normas en las cuales ambas partes se reservan el derecho de dar por terminado el contrato, con o sin anticipación o aviso previo y en todos los casos sin derecho a indemnización alguna salvo el resto del propio mes en el cual se produce la rescisión. Esta modalidad de contratación como agente público y no como personal de Derecho privado, constituye la práctica dominante.

El personal transitorio o jornalizado

En el régimen del Decreto-ley 22.140/80 se distinguía entre el llamado “personal transitorio” (art. 14), anteriormente calificado como “jornalizado”, respecto del cual la reglamentación: a) no exigía las mismas formalidades en el contrato tipo previsto para el “personal contratado” y b) autorizaba a designar personal transitorio extranjero en aquellos lugares geográficos en que este tipo de mano de obra, generalmente migratoria, es cuantitativamente significativa. Salvo estas pequeñas diferencias de matices en cuanto a la manera de formalizar la relación contractual, no existe en verdad diferencia jurídica alguna entre ambos supuestos. La Ley 25.164 no tiene en su anexo previsión al respecto.

Excepciones dentro del régimen de la función pública

En suma, salvo estos u otros casos de excepción, quienes se desempeñan en la administración pública, centralizada o descentralizada, tienen la calidad de funcionarios o empleados públicos y se rigen en consecuencia –en principio y salvo norma en contrario de los convenios colectivos de trabajo– por el Derecho público. Ello no significa, sin embargo, que el régimen jurídico aplicable sea exactamente el mismo en todos los casos; por el contrario, existen muchas diferencias entre los distintos agentes de la administración, derivadas de que no todos ellos están comprendidos en el régimen básico general.

Dentro de los agentes del Estado hay que diferenciar al ya mencionado caso de los “contratados”, que incluso cuando se rigen por el Derecho público tienen en su contrato un régimen de excepción que puede apartarlos de algunas de las normas generales, por lo cual el empleo de este sistema está limitado por normas positivas.

Quedan excluidas de la aplicación del régimen en cuestión:

1) Las personas que desempeñen funciones por elección popular; los ministros, subsecretarios de Estado y secretarios de la presidencia de la Nación y las personas que, por disposición legal o reglamentaria, ejerzan funciones de jerarquía equivalente.

2) El personal militar, el incluido en la Ley de Servicio Exterior de la Nación, el personal de seguridad y defensa y el clero oficial.

3) Los miembros integrantes de los cuerpos colegiados que funcionan en la administración nacional y los que tienen un estatuto propio, como por ejemplo el Estatuto del Docente, el Estatuto del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, etc.

4) El personal administrativo que se desempeña en el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

5) El personal que no presta servicios remunerados. Se comprenden aquí los “servicios personales obligatorios” o “cargas públicas”: presidir mesas electorales, deponer como testigo, participar en censos, etc. Si bien constituyen, en sentido lato una función o empleo público, son en principio gratuitas, sin perjuicio de que exista una compensación por gastos; no por ello les es de aplicación el sistema normativo del servicio civil.

EL PERSONAL *AD HONOREM* Y HONORARIO

Es importante distinguir algunos de los supuestos que se han planteado hasta ahora en la práctica administrativa.

La inexistencia de designación

Se trata de aquellos casos en que se colabora con la administración de modo desinteresado sin designación alguna: ello no ha constituido en épocas normales motivo de preocupación para los organismos de control, porque advierten que se trata de supuestos de colaboración material, insusceptibles de modificar o alterar la organización burocrática. Se trata, como es evidente, de las distintas formas de “voluntariado”, “meritorios”, “practicantes”, etc.

La colaboración gratuita prestada a través de personas jurídicas

Son aquellos casos de servicios personales prestados no exactamente a título individual, sino como asociado, dependiente, mandatario, etc., de otra institución jurídica distinta: Cruz Roja Argentina, Ejército de Salvación, Caritas, *Greenpeace*, distintas Fundaciones o Asociaciones sin fines de lucro: Cooperadoras escolares, bomberos voluntarios, asociaciones de usuarios, de vecinos, de indígenas, de productores agropecuarios, etc. La colaboración puede incluso asumir el carácter de cuestionamiento administrativo o judicial de decisiones administrativas, lo cual también es una forma de colaboración, en este caso, a la vigencia del principio de legalidad. La administración que dicta los actos atacados, por supuesto, rara vez demuestra aceptación del rol positivo de dicha participación. En todos estos casos la relación del individuo es con su institución y ningún lazo jurídico o contractual y mucho menos jerárquico lo liga con la administración eventualmente beneficiaria de sus servicios gratuitos.

Los casos de designación formal

Las hipótesis de participación o representación formal en los cuerpos administrativos

Es el caso de un graduado o estudiante es electo para integrar los cuerpos directivos de su Facultad o Universidad, o un usuario del cuerpo directivo de la entidad que le presta determinados servicios públicos, etc., tenemos el primer caso de designación formal, en un servicio normalmente no retribuido, sin que se haya, hasta ahora planteado el problema del *status* jurídico de la persona: sigue siendo un particular y no adquiere la categoría de empleado público. A nuestro modo de ver, todos ellos pueden tener responsabilidades penales y civiles equiparables a las de los funcionarios públicos. Entre las penales se encuentra en primer lugar el delito de corrupción de funcionarios públicos, que se encuentra sujeto a la jurisdicción extranjera, tal como está previsto en

la Convención Interamericana contra la Corrupción, que además incluye en el art. 1 a los funcionarios y empleados “seleccionados, designados o electos”.

LOS CASOS DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS SIN REPRESENTACIÓN

POLÍTICA FORMAL

Funcionarios honorarios

La función “honoraria” importa una dignidad, distinción o categoría ética, efectuada espontáneamente por el Estado, sin implicar una vinculación de “servicio”. Normalmente significa un premio o reconocimiento a la conducta del candidato. Según este criterio y en palabras de la Procuración, “Las personas designadas en un cargo «honorario», en principio, no tienen funciones específicas que cumplir y, por lo tanto, no son sujetos de derechos ni de obligación alguna”.

Funcionarios *ad honorem*

“Por su parte, los funcionarios designados «ad honorem» gozan de las facultades y tienen a su cargo las responsabilidades inherentes al cargo que desempeñan; vale decir, que son titulares de los derechos y sujetos de las obligaciones inherentes a la función pública que cumplen, con las modalidades propias de la naturaleza de su situación de revista”.

El contrato de servicios de consultoría

El Decreto-ley 22.460/81, sobre “Promoción y contrato de servicios de consultoría”, autoriza la “contratación de servicios de consultoría que bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios requiera la Administración Pública Nacional” (art. 1). Este contrato, tanto en el supuesto de locación de obra como de locación de servicios, puede hacerse con una “firma consultora” o con un “consultor” individual.

CLASIFICACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS

A efectos de poder clasificar los entes público es necesario precisar algunos conceptos, cuyas características los definen.

A) Centralización, desconcentración y descentralización

La **centralización** implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración.

En la **desconcentración** se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal (Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios de Estado, Procurador del Tesoro de la Nación, direcciones generales o nacionales).

La **descentralización** aparece cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente. (ej. Banco Central de la República Argentina).

B) Entes estatales descentralizados

Todos los entes estatales descentralizados (entes autárquicos, empresas del Estado, etc.) tienen algunas características básicas comunes. Ellas son:

- **Personalidad jurídica propia**, esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.

- **Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos**, o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o por fin, los han recibido en el momento de su creación, aunque después se manejen exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.

- **Su patrimonio es estatal**, o dicho de otra manera, estas entidades son de “propiedad” del Estado, en el sentido de que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como propios. Si bien el ente aparece formalmente como el “propietario” de sus bienes, en rigor de verdad, por la razón preindicada, resulta serlo el Estado general. Esta es, al mismo tiempo, la nota distintiva entre las entidades estatales y no estatales; en las últimas, como es obvio, el Estado no puede disponer de los fondos como le plazca en caso de disolución, sino que ellos deben reintegrarse a sus respectivos propietarios.

- **Tienen facultad de administrarse a sí mismos** es una consecuencia lógica de las características anteriores y constituye uno de los datos administrativos típicos de la descentralización. Es la asignación de competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente, sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos por sus estatutos. Con todo, hay una permanente oscilación entre la tendencia legislativa a liberarlas de los controles de la administración central y la persistente inclinación del Poder Ejecutivo a someterlas a sus eufemísticamente llamados “controles de legalidad”.

- **Son creados por el Estado**. En las últimas décadas entró en discusión si el medio idóneo para su creación era una ley formal del Congreso de la Nación o podía serlo un Decreto del Poder Ejecutivo. De acuerdo con la anterior ley de contabilidad, la regla era que debían ser creados por ley, excepto las empresas

del Estado, que por autorización legal expresa podían ser creadas por Decreto. El Congreso de la Nación ha vuelto a ratificar por Ley 25.152 el recto principio constitucional y directamente prohíbe al Poder Ejecutivo la creación de entes descentralizados. Ello es correcto aun más con la nueva Constitución, que al procurar limitar las facultades reglamentarias de la administración, debe ser interpretada en consonancia a los principios de un Estado de Derecho democrático y liberal y no a un sistema de tinte cesarista. Incluso la delegación legislativa al Poder Ejecutivo puede darse en materias de administración por tiempo limitado (art. 76) y además los entes del art. 42 requieren ley expresa, por lo que pensamos que la solución constitucional es, una vez más, la adoptada por el legislador.

- **Están sometidas al control estatal.** No ha de confundirse con control administrativo por el Poder Ejecutivo, que tiende a reducirse. El ámbito y la extensión del control es variable pero pueden señalarse algunos trazos comunes: control del presupuesto (autorización legislativa) y de la inversión, a través de los organismos específicos (Auditoría General de la Nación, SIGEN); designación del presidente y parte del directorio (en los entes del art. 42 hay representantes privados y provinciales). Excepcionalmente, en casos muy graves, se admite la facultad de intervención, excepto en el caso de los entes reguladores y otros semejantes en cuanto a su independencia (por ejemplo BCRA). En sus relaciones con la administración central y otros entes estatales se rigen invariablemente por el Derecho público; en sus relaciones con los particulares pueden regirse parcialmente por el Derecho privado en el caso de realizar ciertas actividades comerciales o industriales.

- **Fin.** Hay aquí duda respecto a si puede agregarse como característica de las entidades estatales descentralizadas el que estas persigan un fin público, por oposición a comercial o industrial. En efecto, históricamente el Estado no se ha limitado a realizar sus clásicas actividades públicas administrativas, sino que también invadió en su momento este otro tipo de tareas, algunas de las cuales no han sido nuevamente privatizadas. En consecuencia, no podemos caracterizar en forma genérica a los entes estatales descentralizados como portadores única y exclusivamente de fines administrativos, sino que debemos admitir la posibilidad de que de hecho efectúen actividades comerciales o industriales.

C) Entes públicos no estatales

Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de “entes públicos” y “entes estatales” como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. Expresa Sayagués Laso: “La doctrina

clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el Derecho privado, no podía ser pública. En definitiva: público y estatal venían a ser la misma cosa (...) El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el Derecho público (...) personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de Derecho público. El ejemplo más típico de esa clase de instituciones lo constituyen los Colegios de Abogados y otras órdenes profesionales, cuando han sido creados y organizados por ley”.

Todas las entidades estatales son siempre públicas, aunque puedan en ciertos casos, según veremos, estar parcialmente regidas por el Derecho privado. En este sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación, refiriéndose a entidades autárquicas y empresas del Estado: “no debe interpretarse (...) que al actuar en la esfera del Derecho privado las entidades autárquicas pierdan, por ello, su personalidad jurídica de Derecho público, que es la única sin desdoblamiento que poseen y que no les impide en absoluto adquirir derechos y contraer obligaciones que estarán regidos, según corresponda, por el Derecho público o por el Derecho privado”.

D) Criterio para determinar si un ente es público o privado

Toda vez que establezcamos que un determinado ente es estatal, la solución es fácil: necesariamente es también un ente público; sin embargo, el problema se plantea en el caso inverso: ¿cómo se determina si un ente no estatal, es público o privado?

Cuando el ente es creado por una ley es de naturaleza pública; lo mismo si la ley asigna a una entidad carácter público en forma expresa: es lo que ocurre con el art. 33 del Código Civil, que establece que tienen carácter público el Estado, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas. La falta de inclusión de personas públicas en esa enumeración no tiene trascendencia jurídica, por tratarse de una mera enunciación no taxativa efectuada en un código de Derecho privado, ajeno por razón de la materia al objeto propio del Derecho público: será el Derecho público, en consecuencia, el que determinará en definitiva cuáles son las entidades que integran o se incorporan a su régimen normativo.

Un elemento de juicio importante, aunque no decisivo, es asimismo el fin que persigue la entidad, según se trate de un fin de utilidad general o no.

También es muy importante y frecuentemente decisivo, el que la entidad tenga potestades públicas no usuales dentro de las personas privadas; si bien la ausencia de potestades públicas no puede ser suficiente para decir que una entidad determinada es privada, la presencia de tales potestades (por ejemplo de imponer tributos, tasas, etc., a los administrados; de expropiar, de asociar compulsivamente a los miembros de la profesión de que se trate y ejercer poder disciplinario sobre ellos; la existencia de recursos “contencioso-administrativos”, lo que presupone que la entidad dicta actos en cierta manera públicos, etc.) es un índice casi seguro de que la entidad es pública.

Otro dato a tenerse en cuenta, aunque de por sí no sea determinante totalmente del carácter de la entidad, es el grado de control del Estado sobre ella.

Cuando el control es muy intenso (particularmente, si es el Estado central quien designa a los funcionarios directivos de la entidad; en menor grado, si tiene facultades de autorización o aprobación para determinados actos fundamentales a la entidad; en menor grado aun, si tiene facultades de intervención, veto, revisión en recurso de alzada de sus actos, control contable, etc.) puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública.

E) Criterio para determinar si un ente es estatal o no

La importancia de esta determinación reside en que la participación de titulares privados de capital, dentro de una entidad en la cual también es titular el Estado, no permite normalmente a este otorgarle a ella un régimen demasiado especial de privilegios y prerrogativas; en cambio, cuando el Estado es el único titular del capital de una entidad, el tratamiento de esta por el orden jurídico y administrativo es netamente diferenciado a los efectos de su régimen económico, presupuestario, impositivo, aduanero, cambiario, bancario, crediticio, etc.

La distinción solo puede basarse racionalmente en un único y exclusivo carácter: si el capital de la entidad pertenece solo parcialmente al Estado y en otras partes a personas privadas, entonces no puede darse al ente el carácter de estatal: será pues una sociedad de economía mixta, o una sociedad anónima de capitales mixtos, etc.

F) La prevalencia del derecho público sobre el privado

De lo antedicho se desprende, en conjunto, una neta prevalencia del Derecho público sobre el Derecho privado: mientras que un ente estatal sigue siendo público a pesar de estar parcialmente regido por el Derecho privado, un ente no estatal, que

en principio pudiera ser considerado privado, debe ser considerado un ente público cuando está regido por el Derecho público en una medida importante.

G) Autonomía y autarquía

a) “Autarquía” significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para administrarse a sí mismo;

b) la “autonomía” agregaría a la característica anterior la capacidad para dictarse sus propias normas, dentro del marco normativo general dado por un ente superior. Cuando se dice que la autonomía implica la posibilidad de darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior, tal definición abarca no solo a las provincias sino también a los entes autárquicos, pues estos, dentro del marco de sus estatutos, también se dictan sus propias normas. Dicho de otra manera, la autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse a sí mismo, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento (dentro, por supuesto, de lo establecido por las leyes y reglamentos que le hayan sido dados por el Estado a través de sus órganos).

Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas “autarquía” y “autonomía”, sino que existiría a lo sumo una diferencia de grado, de matices, que torna en consecuencia ociosa toda discusión acerca de la naturaleza “autárquica” o “autónoma” de un ente determinado. Muchos autores suprimen por ello la denominación de “ente autárquico” y hablan directamente de “ente autónomo” o viceversa. La propia Constitución califica de ambos modos a las universidades, lo que puede entenderse, en cuánto autonomía, como ausencia de regulación o control de su actividad académica por el Poder Ejecutivo nacional (Ministerio de Educación), salvo el que, en iguales circunstancias, ejerce sobre las universidades privadas. En lo no académico, es análoga a otras entidades llamadas autárquicas. En todo caso la doble calificación constitucional de las universidades nacionales como autónomas y autárquicas demuestra que La Constitución no está contemplando distintos tipos de entidades, sino distintos campos de actuación de un mismo tipo de ente.

DISTINTOS TIPOS DE PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES, PÚBLICAS Y PRIVADAS

Se debe advertir, que no todas las formas de descentralización aquí mencionadas se presentan en todos los países, ni se presentan siempre con los mismos caracteres o denominaciones; hay, pues, un margen de variación que hace necesaria una adecuación concreta a las legislaciones pertinentes. No obstante, en líneas generales el panorama es el siguiente:

1) Entidades públicas estatales

Ubicamos aquí a las entidades que son íntegramente estatales y por lo tanto, según lo hemos expuesto, necesariamente públicas. Dentro de estas es necesario distinguir dos grandes grupos: aquellas que realizan una actividad administrativa típica, que persiguen un “fin público”, en la terminología usual, y aquellas que realizan una actividad comercial o industrial.

A) **Con actividad administrativa**, pueden a su vez dividirse en tres subgrupos:

a. *Entidades estatales administrativas con competencia general*: son los llamados entes autárquicos “territoriales”, o sea, las comunas o municipios, las regiones, distritos urbanos, condados, etc., según el sistema imperante. También se incluyen acá la Nación misma y las provincias.

b. *Entidades estatales administrativas con competencia especial*. Se trata de los llamados entes autárquicos “institucionales”, que prestan un servicio o un conjunto de servicios determinados, careciendo de la competencia genérica que caracteriza a las municipalidades. Ejemplos: Universidades nacionales, INTA, INTI, CONAE, etc., las dos especies mencionadas constituyen los llamados “entes autárquicos”, que realizan una actividad de tipo administrativo clásico; además de tener personalidad jurídica propia, pues, persiguen un “fin público” y se rigen íntegramente por el derecho público; todos sus agentes son públicos, etc.

c. *Autoridades administrativas independientes*. Cabe incluir aquí en primer lugar las previstas en el art. 42 de la Constitución como organismos independientes de contralor de los servicios públicos privatizados bajo condiciones monopólicas, que en buenos principios no están sujetas a la tutela administrativa del Poder Ejecutivo.

Hay otras importantes autoridades administrativas independientes como el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, el Ministerio Público, como órganos de la Constitución carentes de personalidad jurídica propia aunque tienen, como en el caso del Defensor del Pueblo, legitimación procesal para actuar en sede judicial. Son la manifestación más moderna de la fractura del poder como preservación de la libertad.

d. *Corporaciones regionales*: en un país federal debiera ser más frecuente el ente interjurisdiccional para atender problemas específicos de una región. Sin embargo, hay pocas autoridades asociativas entre diversas jurisdicciones: CEAMSE, Mercado Central de la Ciudad de Buenos Aires, etc.

B) Con actividad Comerciales o industriales

El segundo grupo de entes estatales comprende muchas actividades que el Estado del siglo XX había considerado necesario encarar por sí mismo, bajo un régimen similar al del Derecho privado. Con la privatización masiva del sector público de la economía, las categorías legales subsisten pero virtualmente sin referencia empírica de interés. Estos entes raramente se rigen íntegramente por el Derecho privado sino por un régimen mixto de Derecho público-privado.

Sus agentes superiores son a veces considerados “funcionarios públicos” (por ejemplo, en el caso de las empresas del Estado) pero sus obreros y empleados siempre se rigen por el Derecho privado. Encontramos dos subgrupos:

a. Empresas del Estado: en nuestro país el nombre de “empresa del Estado” se aplica tan solo a las regidas por las Leyes 13.653, 14.380 y 15.023, que se caracterizan por tener ese doble régimen con un mayor acento en el Derecho público que en el Derecho privado, tanto es así, que se ha podido decir que prácticamente han sido regulados como si fueran entes autárquicos.

Con todo, existen varias diferencias entre ambos: el ente autárquico se rige íntegramente por el Derecho público, la empresa del Estado no; todos los agentes del ente autárquico son funcionarios o empleados públicos, en la empresa del Estado solo lo son los funcionarios superiores; lo que queda vigente de la vieja ley de contabilidad se aplica íntegramente a los entes autárquicos, pero solo supletoriamente de sus propios estatutos a las empresas del Estado.

b. Sociedades del Estado: Llamamos así a las sociedades constituidas bajo las formas del Derecho privado (usualmente como sociedades anónimas), pero cuyas acciones están totalmente en poder del Estado. Están en su mayor parte sometidas al Derecho privado, pero siempre resta algún margen de aplicación del Derecho público. A veces la sociedad del Estado ha sido concesionaria de un servicio público, como Subterráneos de Buenos Aires, caso en el cual el Derecho público reaparece a través de su objeto social; otro caso de actividad monopolizada por el Estado bajo esta figura jurídica es Sociedad del Estado Casa de Moneda. Se encuentran regidas por la Ley 20.705. Si bien en su mayor parte han sido privatizadas, ocasionalmente se crea alguna nueva, como EDUC.AR Sociedad del Estado, creada en el año 2000 y SNMP, Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado, creada en el 2001, y la recientemente creada YPF.

La principal diferencia entre las empresas del Estado y las sociedades del Estado es que las segundas adoptan una forma similar a la de las empresas privadas,

mientras que las primeras tienen una forma típicamente estatal. A consecuencia de ello, el control del Estado sobre una sociedad del Estado se realiza internamente en la sociedad desde adentro de ella, a través de la asamblea de accionistas que estará integrada por los funcionarios de la administración central que concurrirán al efecto muñidos de la documentación que acredita la titularidad del paquete accionario. El nombramiento de los directores de la sociedad lo hará así la propia “asamblea de accionistas” de la sociedad, desde adentro, en un acto de Derecho privado. En cambio, en la empresa del Estado el control del Estado sobre ella se realiza externamente, desde afuera de la empresa, a través de actos estatales típicos y habrá así, por ejemplo, un decreto del Poder Ejecutivo designando quiénes serán los directores de la empresa, etc. Además, en la empresa del Estado los particulares afectados por sus actos podrán recurrir a la administración central contra aquellos, suscitando otra vez el control externo de la administración central; en cambio, en la sociedad del Estado no cabría tal posibilidad de recurso.

3) Entidades públicas no estatales

Entramos ahora a considerar las entidades no estatales (por lo tanto, entidades en las que participan en mayor o menor medida los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de Derecho público, son calificadas como “públicas”). En todas ellas existe el problema común de que si bien tienen un cierto régimen de Derecho público, él no viene dado por normas generales sino por las propias de cada ente, lo cual crea frecuente incertidumbre sobre la concreta regla de derecho a aplicar en una situación determinada.

Dentro de las personas jurídicas públicas no estatales deben distinguirse las que tienen participación estatal y las que carecen de ella. A su vez, dentro de cada grupo pueden señalarse muchas especies diversas, que veremos a continuación.

A) Con participación estatal

a) Sociedad de economía mixta, con potestades o privilegios públicos

En nuestro país el nombre de “sociedad de economía mixta” puede aplicarse principalmente a aquellas empresas regidas por la ley 12.962, que establece un régimen especial; ello no significa, sin embargo, que no puedan existir otras formas de sociedad mixta no alcanzadas por dicha ley, pero a las que no se aplicará tal denominación sino otra que se verá.

La distinción más importante entre las sociedades mixtas regidas por la ley 12.962 y otras sociedades en que puede encontrarse simple coparticipación accionaria de capitales del Estado y privados, es que en las primeras la par-

participación estatal es estatutaria y permanente, mientras que en las últimas es accidental e informal; en las primeras el acta de constitución o la ley o el decreto de creación determinan imperativamente el modo y/o el porcentaje de la participación del Estado en la sociedad y este no puede cambiarse sin modificar dicho acto en forma expresa; en las segundas, en cambio, el Estado participa a través de la adquisición de acciones, sin ningún compromiso de seguir integrando en el futuro la sociedad y puede entonces venderlas en cualquier momento sin afectar la sociedad. Además, en esta ley el Estado tiene ciertas atribuciones especiales como socio, al par que en una simple adquisición de acciones de cualquier sociedad anónima, el Estado sería un socio más.

La sociedad de economía mixta regida por la Ley 12.962 puede tanto perseguir fines públicos típicos, como realizar actividades de índole económica, comercial o industrial (art. 2). En el primer caso la sociedad será una entidad pública no estatal, en el segundo una entidad privada.

b) Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria

Estas sociedades requieren, de acuerdo con el Decreto-ley 19.550/72, que por lo menos el 51% de las acciones sean de propiedad del Estado, quien además designa el directorio. De acuerdo con la ley las características salientes serían que la participación es estatutaria (igual que en la Ley 12.962), mayoritaria (no necesariamente, en la Ley 12.962) y que una sociedad anónima común puede transformarse en una de este régimen si se da la condición de mayoría estatal y una asamblea especialmente convocada al efecto así lo determina, sin oposición expresa de accionista alguno (art. 309), a diferencia de la Ley 12.962, en que es necesario modificar el estatuto de la sociedad y de hecho crear una nueva, para transformar una sociedad anónima privada en una sociedad mixta regida por dicha ley. Por último, cabe recordar, al igual que respecto de las sociedades regidas por la Ley 12.962, que las reguladas por el Decreto-ley 19.550/72 serán públicas cuando tengan otorgadas por la ley o por el orden jurídico *lato sensu*, potestades o privilegios de Derecho público que permitan distinguir su régimen global como perteneciente a dicho ordenamiento. A su vez, si carecieran de tales especiales potestades públicas, lo que en su contexto de origen era improbable, podrían ser consideradas privadas si fueran además realmente de capital mixto.

c) Asociaciones dirigidas

A veces el orden jurídico crea o autoriza una entidad destinada, por ejem-

plo, a prestar determinados servicios sociales o asistenciales dentro de un gremio o corporación profesional. En el pasado no ha sido infrecuente, en el primer caso, que existiera participación estatal en el control y dirección del ente, como asimismo determinadas ventajas o privilegios. Son, en la Argentina, las llamadas “obras sociales”. Esta clase de entidades, que no son estatales –pues el capital es en parte de los afiliados o asociados–, pero sí públicas (pues tienen un régimen de Derecho público), no pueden ser asimiladas a las sociedades de economía mixta.

En efecto, aunque existe a veces una coparticipación del Estado con particulares, dicha participación estatal no lo es a los fines de actuar conjuntamente en la prestación de determinada actividad o servicio, sino más bien de control. Además de las obras sociales de la administración, pueden citarse como caso paradigmático de ambivalencia deliberada las cajas de jubilaciones o cajas nacionales de previsión, de las que la jurisprudencia ha dicho que administran fondos “que constituyen un patrimonio común y exclusivo de los beneficiarios”, lo que las caracteriza como entes no estatales, del tipo de asociación dirigida.

d) Entes reguladores no estatales

Otra figura de persona jurídica pública no estatal, con participación estatal, son ciertos entes reguladores de una determinada actividad cuya dirección se encomienda en forma mayoritaria a los representantes de los sectores no estatales y en general privados a los que la regulación afecta. La presidencia del directorio y una minoría de él son reservados por las normas de creación a representantes del Estado nacional. Puede mencionarse entre estos entes reguladores no estatales el INYM, Instituto Nacional de la Yerba Mate; EnAPRO, Ente Administrador Puerto Rosario; Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata, etc.

B) Sin participación estatal

a) Corporaciones públicas

Son corporaciones públicas, en general, asociaciones (organizadas en base a la cualidad de miembro o socio de sus integrantes) que han sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos y sometidas a un régimen de Derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de la corporación sobre sus asociados.

Hay distintos tipos de corporaciones públicas: a) Colegios profesionales: colegios de abogados, colegios médicos, de veterinarios, ingenieros agrónomos, etc., cuando tienen asociación compulsiva determinada por la ley,

control de la matrícula, poder disciplinario sobre sus miembros, etc. b) Sindicatos, cooperativas, cámaras comerciales o industriales, etc., cuando tienen un régimen de Derecho público.

b) Fundaciones e instituciones públicas no estatales

Son entes similares a los anteriores en cuanto a su carácter público pero no estatal, mas difieren de ellos en que carecen de ese carácter corporativo (gremial, asociacional). Se incluirán aquí la Iglesia, ciertas fundaciones de Derecho público, etc.

Un caso intermedio es el de los partidos políticos, que si bien tienen carácter libremente asociativo, pertenecen, sin embargo, claramente al ámbito del Derecho público constitucional y administrativo.

2) Entidades privadas

A) Con participación estatal

a) Participación estatutaria: sociedades privadas de economía mixta

De acuerdo con lo ya explicado, estas sociedades, cuando no tienen potestades o privilegios públicos sino una actividad comercial o industrial, son personas privadas; las diferenciamos a su vez de otras formas de coparticipación estatal y privada, en que aquí la participación estatal es permanente, continúa y está prevista en los estatutos de la empresa o en la ley de su creación, a diferencia de otras formas accidentales de coparticipación.

b) Participación no estatutaria: tenencia de acciones de sociedades privadas

Entre las que hemos denominado formas accidentales de coparticipación estatal y privada, está la simple compra de acciones en la Bolsa, de determinada sociedad anónima, por parte del Estado. Esta participación: a) es accidental y por ello se sigue distinguiendo de las sociedades mixtas; b) es parcial y la empresa se mantiene como entidad no estatal; c) su actividad continúa siendo comercial o industrial. Estas participaciones no modifican el régimen jurídico de la empresa.

B) Sin participación estatal

a) De interés público

a') Sin fines de lucro: Podemos señalar a las cooperativas, fundaciones, mutuales, sindicatos, etc., cuando no tienen ese régimen jurídico de Derecho público que permita considerarlos corporaciones públicas, pero reciben mayor control y reglamentación como así también el otorgamiento de beneficios y privilegios que no se reconocen a otras entidades

privadas. También entran aquí las asociaciones de bien común (ALPI, CERENIL, LALCEC, Cruz Roja, Caritas, etc.), sociedades de fomento, cooperadoras escolares, asociaciones de bomberos voluntarios, etc. El caso de mayor interés actual, por su expresa inserción constitucional, lo constituyen en especial las asociaciones o personas jurídicas de usuarios y consumidores (Consumidores Libres, ADELCO, ADECUA, etc.). Estas entidades se encuentran legitimadas para actuar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva a tenor del art. 42 de la Constitución y del art. 52 de la Ley de defensa del usuario y consumidor.

a'') Con fines de lucro: Encontramos a los bancos privados, entidades financieras y de seguros, las “empresas reglamentadas” que prestan, generalmente por concesión, licencia o permiso del Estado, alguna actividad de interés público (electricidad, transporte), etc.

El régimen jurídico público de las primeras (a') es más proclive a darles privilegios y ventajas o beneficios diversos, precisamente por esa carencia de finalidad lucrativa y su característica de satisfacer un interés público; el régimen jurídico de las segundas (a'') tiende a fijarles imposiciones o limitaciones de variada naturaleza, procurando evitar, dada la índole de la actividad que realizan (régimen financiero y bancario, servicios públicos monopólicos), que puedan llegar a ejercerse en forma ilegalmente perjudicial a los usuarios. Sin duda el caso actual más significativo de este grupo, como entidades con fin de lucro, son las empresas concesionarias o licenciatarias de servicios públicos otorgados por el Estado con carácter monopólico o de exclusividad.

b) De interés privado

Son la generalidad de las sociedades anónimas, en comandita por acciones, etc., del Derecho civil y comercial. Ellas no interesan, por lo menos en principio, al Derecho público.

Todos estos tipos de entidades pueden ubicarse en un cuadro sinóptico que resuma las clasificaciones hechas, en el que las distintas entidades están ubicadas en un cierto orden descendente: las que están en los primeros lugares se rigen total o casi totalmente por el Derecho público; las que siguen presentan ya una aparición más o menos importante del derecho privado y en los casos restantes va aumentando la aplicación del Derecho privado a la entidad y disminuyendo correlativamente la del Derecho público. En los últimos casos, por fin, es neto el predominio del Derecho privado pero se encuentran todavía restos de aplicación del Derecho público.

LOS ENTES REGULADORES

Introducción

Los Entes Reguladores son organizaciones estatales implantadas a lo largo de la década del 1990 en el contexto del transcurso privatizador en la Argentina, originado a fines de los años 1980 con la Ley de Reforma del Estado. Esta norma disponía, entre otras cosas, la privatización de la mayoría de las empresas y sociedades pertenecientes al Estado, tanto las prestadoras de servicios públicos (electricidad, agua, gas, teléfonos) como las empresas de carácter industrial o comercial (puertos, elevadores de granos, empresas de defensa, siderurgia, etc.). En consecuencia, el cambio de reglas de juego hacía necesaria la redefinición de las propias funciones de la estructura estatal, no así su fin último: el bien común.

La organización política en la que se desarrolla la vida del hombre ha variado históricamente pero siempre ha mantenido una misma meta: alcanzar el bien común. Si bien el contenido o la definición de ese fin último han sufrido modificaciones no solo a lo largo del tiempo sino también de acuerdo a las características de cada comunidad política su objetivo ha sido siempre mantener el más alto nivel de cohesión social disminuyendo las múltiples causas que generan el conflicto en la sociedad.

Así, el Estado ha ideado diferentes herramientas para lograr este fin, entre ellas, la tarea de control, como un modo de poner límites a las diferentes manifestaciones del poder, tanto del ámbito público como del campo privado.

En este sentido puede decirse que la prestación de servicios públicos es uno de los caminos utilizados por la organización política de nuestro tiempo para alcanzar el bien común. Y su puesta en marcha requiere de importantes mecanismos de control, ya sea que la prestación la lleve a cabo el propio Estado o, por el contrario, se efectúe mediante estructuras privadas. De igual manera se trata de responder a las necesidades manifestadas por la comunidad.

Para esa función de control se han ideado diferentes organismos. Entre esas instancias institucionales encontramos a partir de los 1990 a los Entes Reguladores, diseñados con características particulares de acuerdo al servicio público de que se trate.

Los entes reguladores en la Argentina

Todos los Entes funcionan bajo la autoridad del Presidente de la República –en virtud del art. 99 inc. 1, CN– y la Administración central ejerce un control de tutela sobre los actos del ente autárquico (por vía del recurso de alzada).

En nuestro país la designación de los miembros del directorio de los entes reguladores es facultad exclusiva del Poder Ejecutivo, estableciendo la ley solo los criterios

(de idoneidad y antecedentes profesionales) a los que debe ajustarse dicha designación.

La estabilidad de los Directores no se encuentra garantizada, siendo distinto el caso de los Estados Unidos donde los miembros se designan con acuerdo del Senado, estando vedado al Poder Ejecutivo el poder de removerlos.

En cuanto a los procedimientos de participación social en la toma de decisiones, los diversos marcos normativos varían en la extensión, oportunidad y efectos de dicha participación. Constando de tres partes: Instructiva, Audiencia y Resolución. No obstante, se incorporaron mecanismos de audiencias públicas y sistemas de información para a facilitarla.

La audiencia pública

En cuanto a la audiencia pública, podemos decir que en ella forman parte los usuarios, organizaciones civiles y prestadores. Es una instancia procedimental, no es vinculante. Esta Audiencia estará presidida por uno de los cinco integrantes del cuerpo colegiado (directorio). La Audiencia debe ser oral y debe tener una resolución de 120 días aproximadamente.

Es conocido que la audiencia pública previa a modificaciones tarifarias o aprobación de grandes proyectos, exigida por las leyes regulatorias existentes, ya se considera hoy en día un principio constitucional cuyo incumplimiento, o defectuoso cumplimiento, afecta la validez del acto que se dicte con su omisión o en su consecuencia. En el ámbito de la administración pública, el Decreto 1172/03 ha aprobado el Reglamento General de Audiencias Públicas, de aplicación en las audiencias públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. El mismo decreto ha aprobado también el Reglamento General de Acceso a la Información Pública, mecanismo que también propicia una informada, inteligente y oportuna participación ciudadana.

Los marcos reguladores

Falta aún dictar el resto de los marcos reguladores legales exigidos por el art. 42 (por ahora existen el del gas y la electricidad, Leyes 24.076 y 24.065 y, recientemente, el del agua, aprobado por las Leyes 26.100 y 26.221), readecuar los preexistentes y tal vez, como igualmente se propone, dictar una ley marco que establezca los trazos generales de su funcionamiento, sin dependencia del Poder Ejecutivo ni facultades reglamentarias de este sobre tales entes o sus relaciones con los concesionarios y licenciatarios sujetos al control.

Entre los principales se encuentran el ENRE, Ente Nacional Regulador de la Electricidad (Ley N° 24.065, Decreto reglamentario 1398/92; Decreto 714/92, modificado por Decreto 1323/92; el Anexo V del Decreto N° 714/92 y normas modificatorias constituye el reglamento de Suministro de Energía Eléctrica para los Servicios prestados por EDE-NOR S. A. y EDESUR S. A. Reglamento de Audiencias Públicas: Resolución ENRE N° 39/94.), ENARGAS Ente Nacional Regulador del Gas (Ley 24.076 y Decreto 1189/92; Decretos 1738/92, 692/95, 2255/92; el subanexo II de los anexos A y B de este último constituye el reglamento del servicio), CNC, Comisión Nacional de Comunicaciones (Carece de ley y suplanta la primero intervenida y luego disuelta CNT, Comisión Nacional de Telecomunicaciones. En ella se fusionaron esta última y la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT): ver Decreto 660/96, art. 31. Actualmente, la CNC continúa rigiéndose por el Decreto 1185/90, parcialmente modificado por el Decreto 764/00 y por las normas de organización de la administración central, como ser el Decree 1142/03. Ley 26.221, que disuelve el anterior), ERAS, Ente Regulador de Agua y Saneamiento (Ley 26.221, que disuelve el anterior ETOSS, crea el ERAS y la Agencia de Planificación, ambos en el ámbito de Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios, y aprueba el marco regulatorio del servicio que había sido creado por el decreto 304/06 y ratificado por la ley 26.100.). Cabe agregar la CNRT, Comisión Nacional de Regulación del Transporte (Decreto 660/96, modificado por su similar N° 1260/96.), OCCOVI, Órgano de Control de Concesiones Viales (Decreto N° 1994/93; decreto 87/01.), ORSEP COMAHUE, Organismo Regional de Seguridad de Presas COMAHUE (Decreto N° 2736/93.), Autoridad Regulatoria Nuclear (Ley 24.804.), ACUMAR, Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (Ente interjurisdiccional de derecho público creado por la Ley nacional 26.168 y adherido por las jurisdicciones locales), AGP SE, Administración General de Puertos Sociedad del Estado. En situación similar se encuentran otros entes que por ejercer controles legales especializados deben recibir análogo tratamiento: Inspección General de Justicia, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (Ley N° 24.241.), CNV, Comisión Nacional de Valores (Decreto-ley N° 17.811/68, art. 12), Superintendencia de Seguros de la Nación (Decreto-ley N° 20.091/73), CNCE, Comisión Nacional de Comercio Exterior (Decreto N° 766/94), etc.

La disparidad de origen normativo y del contenido de los respectivos textos, la diferente composición y nombramiento de sus autoridades, etc., hace imposible generalizar conclusiones. Las reflexiones presentes deben ser consideradas de carácter introductorio y más bien de reflexión constitucional acerca del debate y evolución legislativa que se dará en los próximos años, antes que una exacta descripción de un ordenamiento enteramente vigente en la realidad.

CAPÍTULO IX: *El acto administrativo: El acto administrativo como parte de la función*

Dr. Luis Ratto

ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública, en ejercicio de sus funciones, expresa su voluntad en situaciones distintas unas de otras. En cada una de esas situaciones la voluntad administrativa se exterioriza en otros tantos actos, de naturaleza específica, que los distingue entre sí, no solo por el ámbito de vigencia de ellos y por el objeto a que responden, sino también por el régimen jurídico que los preside.

Es así como existen los siguientes actos:

a) El **acto administrativo**, cuyos efectos trascienden el ámbito de la Administración Pública, pues repercuten o pueden repercutir en la esfera jurídica de los administrados.

b) El **acto de administración** cuya eficacia o efectos agótanse en lo interno de la Administración Pública.

c) El **acto de gobierno o político**, que se distingue de los anteriores por sus finalidades. El efecto principal que se le atribuye a esta especie de actos es su no justicialidad, salvo que estuviere en juego una garantía constitucional desconocida o avasallada por el acto en cuestión.

d) El **acto institucional**, son aquellos que se vinculan a la propia organización y subsistencia del Estado (ejemplo: declaración de guerra, intervención de una provincia, el nombramiento de magistrados de la CSJN, etc. Su rasgo o carácter esencial es su absoluta no justiciabilidad aun cuando se alegare su inconstitucionalidad.

EL ACTO ADMINISTRATIVO. INTRODUCCIÓN

Gran parte de las vinculaciones de la Administración Pública con los administrados o particulares, tiene por base a un acto administrativo.

El acto administrativo es la forma esencial en que la Administración Pública expresa su voluntad, sea de un modo “general” (reglamentos) o de un modo “particular” o “especial” (acto administrativo individual). El acto administrativo es también sustancialmente jurídico. Proyecta sus efectos hacia lo “externo” de la Administración Pública, y tiende a regular o disciplinar las relaciones de esta con los administrados. En esto se diferencia del “acto de administración”, cuya eficacia, como acto, se agota en lo “interno” de la Administración Pública, no regulando ni disciplinando relaciones con terceros.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PARTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El Dr. Agustín Gordillo, a efectos de poder definir acto administrativo, señala que la institución productora de todo acto administrativo es la función administrativa.

Para conceptualizar a la función administrativa, señala, que se dan esencialmente dos nociones: a) la orgánica, subjetiva o formal: función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos; b) la material, sustancial u objetiva: función administrativa es la actuación concreta, práctica, etc., del Estado, realizada por cualquiera de sus órganos. Esta es la noción preferida por la doctrina. Para Gordillo, ambos conceptos son inadecuados, y necesariamente debe adoptarse un tipo de definición mixta que involucre a la vez elementos de tipo orgánico material; o sea, que aúne datos objetivos y orgánicos para arribar a la noción final.

Lo mismo ocurre con el acto administrativo; para conceptuarlo se dan esencialmente dos nociones: a) la orgánica, subjetiva o formal: acto administrativo es el que dictan órganos administrativos, y no otros órganos; b) la material, objetiva o sustancial: acto administrativo es todo acto, cualquiera sea el órgano que lo dicte, que tenga sustancia administrativa. Aquí la misma doctrina prefiere, al revés del caso de la función administrativa, el concepto orgánico y no el material.

El mencionado jurista para desvirtuar el concepto orgánico-subjetivo de acto administrativo, señala, que la contradicción de las nociones predominantes de función administrativa (material, sustancial), y acto administrativo (orgánico, subjetivo) se advierte en un ejemplo: el nombramiento y remoción por parte de las autoridades judiciales de un empleado de tribunales (ejemplo: un ordenanza) es, en estas doctrinas, función administrativa, pero no acto administrativo. El nombramiento o remoción por parte de las autoridades administrativas de un empleado de la administración (ejemplo: un ordenanza), es función administrativa y también acto administrativo. ¿Por qué

el primer acto de nombramiento no es acto administrativo y este sí. Obviamente, porque en el primer caso no lo dicta un órgano administrativo y en el segundo sí.

Para Gordillo, en ambos casos hay función administrativa y acto administrativo; aclarando que a los actos administrativos dictados por órganos judiciales se aplicará el Derecho administrativo, salvo, en algunos países, en lo que respecta al recurso para atacarlo. Dentro de la orientación objetiva del concepto de función administrativa, ya los autores se pronuncian por el criterio objetivo de acto administrativo, entendiéndolo en consecuencia aplicable no solo a la actividad de los órganos administrativos sino también a la actividad administrativa de los órganos legislativos y jurisdiccionales.

Para concluir, podemos señalar que para Gordillo, la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adhiere pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce.

En igual sentido se expresa Marienhoff, quien considera a la función administrativa en su aspecto material, substancial u objetivo, tomando únicamente en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. Puede haber, así, actividad “administrativa” *stricto sensu*, no solo en la que desarrolle o despliegue el órgano Ejecutivo, que es quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en las que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos Legislativo y Judicial.

ALCANCES PARA UNA DEFINICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

a) Actos individuales y actos generales

Se entiende por acto general cuando la declaración que lo constituye mira abstractamente a una pluralidad de personas o casos indeterminados o indeterminables. Se entiende que el acto es individual o especial si la declaración mira a una o más personas o casos individualmente determinados o determinables.

La doctrina acepta la existencia de actos administrativos individuales y se encuentra dividida en cuanto a aceptar como acto administrativo a los actos de alcance general. Para Marienhoff, la solución depende esencialmente del Derecho positivo de cada país. Con respecto al Derecho argentino, juzga evidente la existencia de actos administrativos no solo individuales, sino también generales.

Los actos administrativos de contenido general ó abstracto hallan su expresión en los reglamentos. En nuestro país, la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo tiene su raíz positiva en la Constitución Nacional.

Los reglamentos pueden clasificarse en la siguiente forma: delegados, de necesidad y urgencia, autónomos y de ejecución. Si bien los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia, dado su contenido son substancialmente “legislativos”, aunque formalmente sean administrativos, los reglamentos autónomos y los de ejecución, tanto por su contenido como por su forma son, en cambio, sustancial y formalmente “administrativos”. El Poder Ejecutivo, al emitir reglamentos “autónomos” y de “ejecución” ejerce facultades constitucionales propias.

Entonces podemos decir que en nuestro país, existen actos administrativos de alcance general y abstracto, que son los reglamentos autónomos y de ejecución. Estos reglamentos los emite el órgano administrador en ejercicio de potestades propias, expresando así su voluntad a través del medio y del instrumento jurídico a su alcance.

b) Actos unilaterales y bilaterales

Acto administrativo **unilateral** es aquel cuya emanación y contenido se deben a una sola voluntad: la voluntad de la Administración Pública, que puede expresarse a través de un órgano burocrático o de uno colegiado (individual o plural, respectivamente). Trátase de la voluntad de un solo sujeto de derecho (ejemplo: otorgamiento de una jubilación de oficio, aplicación de una multa, etc.).

Acto administrativo **bilateral** es aquel cuya emanación y contenido se deben a dos voluntades coincidentes sobre lo que una parte le reconoce a la otra y recíprocamente: de la Administración Pública y del administrado, voluntades que asimismo pueden hallar expresión a través de órganos individuales o colegiados.

Lo unilateral o bilateral de un acto administrativo no depende del número de personas coautoras de este: depende del número de sujetos de derecho que intervienen en la emanación del acto. Ahora bien, un solo sujeto de derecho puede estar formado por muchas personas: es el caso de los órganos colegiados (ejemplo: un Consejo Directivo, Comisión, etc.), y en modo alguno puede pensarse que se pueda considerar que todos los actos dictados puedan considerarse bilateral o plural, pues cada una de esas administraciones, si bien tienen una estructura colegiada, constituyen un solo sujeto de derecho.

Lo que importa para determinar si el acto es bilateral, es el número de sujetos de derecho intervinientes en la emanación y en el contenido del acto. En estos actos es necesaria la participación del administrado para la formación del acto, mediante su voluntad, expresada a través de una petición (ej. permiso de uso del dominio público, pedido de otorgamiento de una jubilación, etc.).

Esta petición, no solo es condición de la “eficacia” del acto, sino que es un presupuesto básico de su “estructura”; más aún: si la expresada “petición” hace a la “efi-

“cacia” del acto es porque en la emanación o “formación” del mismo la voluntad del solicitante es esencial; de otro modo no se explica la pertinencia de dicha “petición”. Ahora bien, que el acto sea bilateral en cuanto a “su formación”, no quiere decir que también lo sea en cuanto a su “consecuencias”, pues puede ser consecuencias unilaterales (ejemplo: jubilación).

En cambio, cuando el acto administrativo puede o deber ser emitido sin el pedido o consentimiento del administrado, dicho acto es “unilateral” en todo su proceso: en su formación y en sus consecuencias.

c) Contenido del acto administrativo

Se entiende por contenido, lo que por dicho acto se “dispone”. Consiste, pues, en la medida o resolución concreta que mediante el acto adopta la autoridad, siendo ello lo que diferencia un acto de otro acto. Es lo que el acto preceptúa, el efecto práctico que el sujeto emisor (administración) se propone lograr a través de su acción voluntaria.

La doctrina prevaleciente asimila o equipara el “contenido” al “objeto” del acto administrativo; de modo que, en ese orden de ideas y como dicho alcance, el “contenido” integra los “elementos” del acto administrativo.

El contenido del acto puede ser positivo o negativo, en cuanto mediante el acto se puede aceptar o rechazar una solicitud, o se puede disponer que se realice algún hecho o acto, o puede negarse tal realización. El acto de contenido negativo, es tan acto administrativo como el de contenido positivo.

d) Actividad administrativa y acto administrativo

La actividad de la Administración Pública puede ser de distinta índole: interna y externa; reglada y discrecional; jurisdiccional; colegial; de contralor; consultiva. Corresponde establecer si en todos esos supuestos tal actividad puede o no concretarse en actos administrativos, lo cual reviste interés, pues, en caso afirmativo, al acto pertinente le serían aplicables las reglas integrantes de la teoría general de los actos administrativos.

1) Actividad interna y externa

La actividad **interna** puede ser de dos órdenes. En primer lugar, la realizada por la Administración Pública como medida “general” u “ordinaria” para su propia organización y funcionamiento. Esta actividad se concreta en los llamados “reglamentos internos” (circulares, instrucciones, etc). El otro orden de actividad interna es la “interorgánica”, o sea la que traduce las relaciones entre organismos administrativos carentes de personalidad.

La actividad interna de carácter general u ordinario, por principio no se concreta en actos administrativos, sino en *actos de administración*, cuyo efecto se agota

en el ámbito de la propia administración, sin trascender al exterior de dicha esfera. Excepcionalmente, esa actividad puede dar lugar a un acto administrativo *stricto sensu*, cuando por el contenido o alcance de la misma trascienda o exceda el mero ámbito de la Administración Pública, incidiendo en la esfera jurídica de terceros (ej. cuando un reglamento interno vulnera el derecho de un empleado). Todo esto es trascendente, porque mientras la mera “circular” o “instrucción”, dado el ámbito de su vigencia, no dan lugar a recursos, el acto administrativo sí da lugar a ellos. Los actos en que se concretan las relaciones interorgánicas, no obstante que estas se desarrollan dentro de la esfera interna de la Administración Pública, de acuerdo a la doctrina prevaleciente tienen valor y substancia de actos administrativos, a cuyas reglas quedan sometidos.

La actividad **externa** de la Administración Pública, en cuyo mérito entra en relaciones con terceros, se concreta en actos administrativos.

2) *Actividad reglada y discrecional*

Actividad *reglada*, es aquella que debe sujetarse a la norma que predetermina y reglan su actividad. Trátase de una predeterminación específica de la conducta administrativa. En presencia de tal o cual situación de hecho, la Administración debe tomar tal o cual decisión, o sea, que no tiene el poder de elegir entre varias posibles decisiones; su conducta le está señalada de antemano por la regla del Derecho.

En ejercicio de la actividad discrecional, la Administración actúa con mayor libertad, su conducta no está determinada por normas legales, sino por la “finalidad” legal a cumplir. La Administración no está aquí constreñida por la norma a adoptar determinada decisión: en presencia de determinados hechos o situaciones, queda facultada para valorarlos o apreciarlos, y resolver luego si, de acuerdo a tales hechos o situaciones, se cumple o no la “finalidad” perseguida por la norma. Aquí la administración hace un juicio de “oportunidad, mérito o conveniencia”.

Tanto la actividad reglada como la discrecional pueden relacionarse con la actividad interna o externa de la Administración Pública, pudiendo entonces concretarse en “actos de administración” o en “actos administrativos”, respectivamente, según se trate de actividad discrecional o reglada interna o externa.

Resulta importante señalar que una vez emitido el acto administrativo en ejercicio de la actividad discrecional, el Derecho subjetivo que naciere de tal acto para el administrado es de idéntica substancia que el nacido de la actividad reglada o vinculada. Esta aclaración es fundamental en lo atinente a la estabilidad y defensa del Derecho del administrado.

3) *Actividad jurisdiccional de la Administración Pública*

La administración Pública, en ejercicio de su actividad, puede emitir actos de substancia “jurisdiccional”. Estos actos, no obstante su expresada substancia, son actos administrativos, debiendo ser tratados jurídicamente como tales, sin perjuicio de las notas específicas que les correspondieren por su referida sustancia jurisdiccional.

4) *Actividad colegial o colegiada de la Administración Pública*

Las decisiones de los órganos colegiados, por principio, constituyen actos administrativos, a cuya reglas quedan sometidas. Excepcionalmente, dichas decisiones pueden constituir simples actos de administración, lo que así ocurrirá cuando sus efectos se concretan al ámbito de la propia Administración Pública.

5) *Actividad de contralor*

Es aquella actividad que desarrolla la Administración, en procura de supervisar que se cumplan sus objetivos.

Esta actividad puede ser “interna” o “externa”, dependiendo de ello que tal actividad se concrete en actos de administración o en actos administrativos respectivamente.

6) *Actividad consultiva*

Los órganos consultivos “no deciden”; sus funciones son únicamente de valoración técnica. Los dictámenes son actos “internos” de la Administración. De ahí que estos actos no sean considerados como actos administrativos sino como actos de administración.

e) *Acto administrativo y actividad material*

El acto administrativo se caracteriza en general, por ser una “decisión” de la Administración Pública consistente en una “declaración” de ella, lo que a su vez entraña una expresión de voluntad lisa y llana manifestada a través de signos, señales, la palabra, etc., por excepción tal expresión de voluntad puede ser implícita, virtual o tácita, cuando ella surge de una actividad material de la Administración y la respectiva interpretación o conclusión sean indubitables e inequívocas. En tales supuestos los “hechos administrativos” (acciones materiales) se rigen por las mismas reglas que gobiernan a los actos administrativos, en cuanto sean aplicables; siendo por ello que dichos “actos materiales” pueden ser “impugnados”, incluso a través de “recursos”.

f) *Acto administrativo y actividad de los particulares*

Todo acto administrativo requiere, esencialmente, la intervención de la Administración Pública. De ahí que no sea concebible un acto administrativo emitido

exclusivamente por administrados o particulares. Un acto emitido exclusivamente por estos últimos nunca podrá ser acto administrativo.

En este punto la doctrina se divide entre quienes consideran que los actos de las personas jurídicas públicas “no estatales”, no son actos administrativos, puesto que dichas entidades, no obstante sus finalidades, no integran la organización estatal, así como tampoco consideran como actos administrativos los actos que emitan los concesionario de servicios públicos y los que consideran que hay determinados actos que por el carácter en que se dictan deben considerárselos actos administrativos (aquellos que se dictan como una derivación expresa de la potestad administrativa). En la primera posición se ubica Marienhoff, en la segunda Gordillo.

g) Formación del acto administrativo

El acto administrativo puede formarse de dos maneras:

a) súbitamente, por una declaración unilateral de voluntad de la Administración Pública, cuando así ocurra se lo denomina acto administrativo *stricto sensu*.

b) como una gestación laboriosa, precedida de una serie de hechos y de actos preliminares que, unidos constituyen sus antecedentes, o sea la expresión de su proceso de emanación, que puede ser de forma “unilateral” por parte de la Administración, o que también pueda intervenir el administrado en cuyo caso en su formación el acto será “bilateral”. Todos estos elementos pueden ser de interés para aclarar el sentido o alcance del acto dictado, es decir pueden ser de interés para la eventual “interpretación” del acto administrativo. Esta en general es la forma en que surgen los actos administrativos.

h) Diferencia entre acto administrativo y acto civil de la administración

Hay autores como Marienhoff que consideran que si bien el Estado tiene una sola personalidad, tiene en cambio una doble capacidad: de Derecho público y de Derecho privado, que le permite actuar en una u otra de las esferas jurídicas. En este sentido consideran que la Administración puede dictar “actos administrativos” y “actos civiles de la administración”

Así señalan que, para que un acto emitido por la Administración Pública constituya un “acto administrativo”, es imprescindible que al hacerlo la Administración actúe en su calidad de tal, ejerciendo su normal capacidad de Derecho público; es decir, la Administración Pública debe actuar en su carácter de órgano esencial de la estructura del Estado.

Los actos realizados por la Administración en la esfera del Derecho privado, no se consideran actos administrativos, son “actos civiles de la administración”.

Concretamente puede decirse que la Administración emite actos administrativos cuando ejercita potestades públicas, y que emite “actos civiles” cuando se vale de prerrogativas que también tiene los particulares (comprar, vender, etc.).

Autores como Gordillo, consideran que es erróneo decir que existen “actos de derecho privado” realizados por la Administración Pública, excluidos del concepto de acto administrativo. Para ese autor si bien ciertos actos administrativos pueden en algunos casos estar regidos en punto a su objeto, por el Derecho privado, no por ello dejan de ser actos administrativos para transformarse en actos de Derecho privado de la Administración, pues en todos los casos es invariable la aplicación del Derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma.

i) Efectos del acto administrativo

Consiste en el resultado que se intenta lograr con la emisión del acto administrativo. Los efectos siempre son jurídicos, generando el nacimiento de derechos que inciden sobre los particulares.

j) Presunción de legitimidad

Una de las consecuencias de reconocerle a cierta actividad administrativa el carácter de acto administrativo será su presunción de legitimidad y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, así como también el nacimiento de términos para impugnarlo, pasados los cuales, en algunos supuestos el acto se reputará consentido.

DEFINICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

En los puntos desarrollados anteriormente quedaron expuestos los distintos puntos de vista que configuran la noción de acto administrativo.

Quedó dicho que es un acto jurídico; que puede ser general o individual; unilateral o bilateral. Asimismo que puede consistir de una manifestación de voluntad expresa o implícita, pudiendo derivar esta última de una acción material de la Administración. También quedó claro que el acto administrativo puede provenir de una autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas. Que el acto administrativo es productor de efectos jurídicos.

Sobre tales bases, llegamos entonces a la siguiente definición de acto administrativo:

“Toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de efectos jurídicos directos”.

LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO Y HECHO ADMINISTRATIVO

En ejercicio de la función administrativa, podemos decir que esta se manifiesta a través de:

a) **Actos no jurídicos**, son decisiones de la administración que no producen ningún efecto jurídico (ejemplo: un profesor decide explicar un tema antes que otro y lo comunica a sus alumnos).

b) **Actos jurídicos**: son las decisiones o declaraciones que producen un efecto jurídico, esto es, que producen el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o un deber (ejemplo: la decisión de designar a una persona en un cargo; de pagar una indemnización, la decisión de un tribunal examinador de dar por aprobada una materia, etc.).

c) **Hechos no jurídicos**: son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo; (ejemplo: el profesor da su clase parado o sentado, o camina durante esta; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado, el ordenanza barre el aula o trae café).

d) **Hechos jurídicos**: la posesión de una cosa determinado tiempo, es un hecho que produce el efecto jurídico de que esa cosa sea adquirida por prescripción; el agente de policía que me detiene sin una decisión previa, produce a través de este hecho distintos efectos jurídicos: hace nacer una responsabilidad para él y para la administración y me da el derecho de reclamar indemnización; el agente policial que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo, etc.

a) **Certeza jurídica: la fundamentación del acto**

Como se puede observar en las primeras (actos jurídicos y no jurídicos) existe un pronunciamiento del órgano, una manifestación de voluntad claramente especificada a través de actos fundamentados, o sea, podemos conocer la intención o el deseo de la administración, si bien es cierto que esta voluntad también puede ser inferida de ciertos comportamientos materiales de la administración susceptibles de una interpretación clara y precisa de la voluntad que los origina y emana (ejemplo la colocación de un cartel de no estacionar). De aquí que surjan.

En los segundos (hechos jurídicos y no jurídicos), se observa la existencia de una actuación material de la administración, no hay un pronunciamiento del órgano plas-

mado en decisiones o declaraciones administrativas formales, que permitan conocer su voluntad en el caso concreto.

b) Efectos jurídicos

Se dice impropriamente que el acto administrativo está “destinado a producir efectos jurídicos”, mientras que el hecho administrativo “no está destinado a producirlos”, sin perjuicio de que de todos modos los produzca.

Pues bien; existe una diferencia en la índole e importancia de los efectos jurídicos que emanan de un acto y de un hecho administrativo. En el caso del acto, su efecto jurídico principal y fundamental es operar una modificación en el orden jurídico, creando derechos o deberes de otros sujetos de derecho; el hecho, en cambio, normalmente no produce tales consecuencias jurídicas. Sus efectos jurídicos, cuando los tiene, son más débiles, tales como contribuir a crear derechos por vía consuetudinaria, ayudar a la interpretación de un contrato a través de su ejecución o inejecución, o generar responsabilidad administrativa si ha ocasionado un daño.

En cambio, el hecho es inoperante para generar deberes de los individuos frente a la administración, en cuanto se trata de una mera operación material que no explicita formalmente una determinada decisión o declaración administrativa. Distinto es el caso, desde luego, en que el acto administrativo se manifiesta por signos, señales, etc., o en que resulta de actos escritos en forma tácita o presunta: pero allí volvemos al campo del acto administrativo y salimos de la hipótesis del hecho administrativo.

c) Presunción de legitimidad

Ya se ha dicho con anterioridad que una de las características del acto administrativo será su presunción de legitimidad y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como así también el nacimiento de los términos para impugnarlo.

Ello no ocurre con el mero hecho administrativo, pues no existen normas positivas que le otorguen tal presunción, no le son aplicables tampoco los argumentos que fundamentan a esta en el caso de los actos administrativos, ni tampoco la jurisprudencia se la ha reconocido. Por otra parte, así como no proceden recursos contra ellos (por regla general), así tampoco empiezan a correr los términos de impugnación por algún recurso administrativo o judicial, a partir del conocimiento del hecho, salvo que la norma lo diga expresamente, lo que no es común: los términos solo nacen con la notificación formal de un acto y en ausencia de este no puede haber consentimiento a la conducta administrativa. Finalmente, el hecho no tiene fecha cierta, a diferencia del acto, que sí la tiene.

Esta regla tampoco es absoluta para la protección de los derechos de los individuos, pues si el hecho constituye un hecho dañoso, es a partir del comienzo de su producción que la jurisprudencia cuenta el escasísimo plazo de la prescripción de la acción de daños. Más de uno ha perdido sus derechos por esta circunstancia y el estar demasiado atento a los actos de la administración, que no a sus comportamientos dañosos sin expresarse en el papel, se ha descuidado en los plazos. Este argumento, como bien se advierte, milita en contra de la tendencia a distinguir entre actos y hechos a los efectos de poder acudir a la justicia.

d) La sanción de nulidad

Otra diferencia que puede recogerse entre actos y hechos es que los primeros reciben como primera sanción la nulidad o anulación, mientras que los segundos no se anulan sino que generan en todo caso responsabilidad de la administración o, con suerte, una sentencia de condena a realizar acciones o prestaciones determinadas (ejemplo: indemnizar ante la comisión de un daño cometido por un agente público en sus funciones).

e) El tratamiento del Derecho positivo

Por último, debe recordarse que si bien el ordenamiento positivo no siempre hace una distinción formal entre ambas situaciones, ni la hace siempre de la misma manera, deja de todos modos sentado que los actos no reciben el mismo tratamiento que los hechos. El Decreto 1759/72, *v. gr.*, establece que el recurso jerárquico procede contra “todo acto administrativo” (art. 89); del mismo modo, toda la legislación especial que en el orden nacional contempla recursos judiciales directos, lo hace “contra las resoluciones”, las “decisiones” o los “actos” de la administración. Lo mismo cabe decir de los tradicionales códigos “contencioso-administrativo” provinciales y de los proyectos más antiguos sobre la materia.

Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos

De lo expuesto resulta que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que los hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no sean ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también en alguna medida es expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse, entonces, que el acto se caracteriza porque

se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los individuos a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido convencional o ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material.

Si bien de algunos hechos o actuaciones materiales de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que los ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto. Para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad o conocimiento que se dirigen o manifiestan al intelecto humano, a su comprensión intelectual en forma discernible como diferente a su directa ejecución material. Aparece allí la forma del acto administrativo; generalmente escrito o por señales o signos automáticos, a veces oralmente.

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, solo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza discursiva, simbólica, formalmente como tal y no materialmente a través de su directa ejecución, que requiere suponer o imaginar cuál haya sido la decisión que lleva a tal ejecución material. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que al menos un instante queda allí, como determinación, opinión, o conocimiento: que no se ejecuta en el mismo acto de exteriorizarse. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse. Lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre: *a*) la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado, y *b*) la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.), no estamos ante un acto, sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde.

El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declara-

ción de voluntad, pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o a emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución posible de dicho acto).

ACTOS, REGLAMENTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Anteriormente se ha definido el acto administrativo, teniendo en cuenta que se trata de un acto jurídico unilateral de la Administración Pública productor de efectos jurídicos particulares. Ahora bien existen otros actos jurídicos de la Administración que también podemos caracterizarlos de actos administrativos y que son *los reglamentos*, actos unilaterales de alcance general y los *contratos administrativos* actos bi o plurilaterales contractuales.

Gordillo, señala que el término “acto administrativo” puede utilizarse genéricamente para definir todos los actos productores de efectos jurídicos ya sean unilaterales individuales a los que comúnmente se llama actos administrativos, a los unilaterales generales que son los reglamentos y a los bi o plurilaterales contractuales que son los contratos administrativos.

A) El reglamento

Los reglamentos son actos de alcance general, abstracto y obligatorio que dicta el Poder Ejecutivo con efectos jurídicos directos, inmediatos o mediatos, sobre los particulares, en virtud de una atribución expresa o implícita del poder constitucional o legal. Los reglamentos tienen un alcance sublegal o sea que deben subordinarse a la ley, los tratados y la Constitución Nacional (art. 31 CN).

Se trata pues, de una norma de orden complementario, secundario y subalterno respecto de las leyes. En nuestro ordenamiento jurídico el reglamento solo puede abarcar el ámbito secundario que dejó librado la ley y, además, no puede contradecir o derogar las disposiciones legales, o suplir la ley en caso de omisión del legislador.

El reglamento debe ser dictado por el órgano constitucionalmente competente y con absoluta observancia de las normas de rango superior pero, además, su validez depende del respeto de los principios generales del Derecho que surgen del texto constitucional y de las leyes.

La potestad reglamentaria del poder ejecutivo

En nuestro País, la Constitución Nacional de 1853, preveía en su art. 86 inc. 2, un poder reglamentario del presidente sumamente limitado, que preveía expresamente la potestad originaria del Poder Ejecutivo de desarrollar o complementar las leyes, este poder era propio del presidente sin necesidad de habilitación por parte del Congreso. O sea, que solo se preveía los reglamentos de ejecución.

Sin embargo, esta potestad tuvo un proceso expansivo, por un lado en el aspecto cuantitativo, el Poder Ejecutivo dictó cada vez más decretos; por otro, en el aspecto cualitativo, por incorporación de los decretos de contenido legislativo y su incidencia en el sistema institucional y consecuente desequilibrio entre los poderes.

Otro dato a considerar del modelo institucional argentino, es la dispersión subjetiva de la potestad reglamentaria en órganos inferiores de la Administración Pública que dictan normas reglamentarias aunque de rango inferior; y, a su vez, el Congreso en ciertos casos delegó potestades legislativas directamente en ellos (ministros, secretarios, subsecretarios, directores y los entes constitucionales y legales, entre ellos, la Universidad, el Banco Central y los entes reguladores).

El fundamento de la potestad normativa del Ejecutivo, luego de la reforma constitucional de 1994, es el propio texto constitucional –conforme los artículos 99, incisos 2, 3 y 76– que de forma expresa reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de dictar decretos de ejecución, delegados e inclusive de necesidad y urgencia y además le fija su alcance. Cada tipo de decreto tiene un régimen específico y propio en aspectos tales como el órgano competente para su dictado, el procedimiento de elaboración y aprobación y el control parlamentario.

Para los **decretos de ejecución**, esto es, los reglamentos que contienen los detalles, circunstancias o pormenores de la ley sancionada por el Congreso, la Constitución establece que el presidente de la Nación es quien expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación; teniendo como límite el cuidando o respeto de no alterar el espíritu de la ley sancionada por el Congreso con excepciones reglamentarias (inc. 2 del art. 99 de la CN). Los decretos deben ser refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros, tal como lo establece el inc. 8 del art. 100 de la CN, y por los ministros competentes según la materia que se trate. Estos últimos son responsables por los actos que legalicen con sus firmas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 102 de la Constitución Nacional.

También el jefe de Gabinete de Ministros expide los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional, entre otras, el ejercicio de la administración general del país, el nombramiento de los empleados, la recaudación de las rentas y la ejecución de la ley de presupuesto. El jefe de Gabinete también dicta decretos reglamentarios con relación a las competencias que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo respectivo (inc. 2, art. 100 C.N).

Con relación a los **decretos delegados**, el art. 76 de la CN establece el principio de la prohibición de la delegación de competencias legislativas en el Poder Ejecutivo,

salvo que existan ciertas condiciones, a saber: a) se trate de materias determinadas de administración o de emergencia pública, b) se fije un plazo para su ejercicio, y c) se establezcan las pautas o criterios para el ejercicio de las competencias legislativas delegadas. Los decretos delegados dictados por el presidente deben ser refrendados por el jefe de Gabinetes de Ministros y sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación (inc. 12 art. 100 CN).

Por último, el presidente podrá dictar **decretos por razones de necesidad y urgencia**, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos justamente con el jefe de Gabinete, este deberá en 10 días someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, esta comisión elevará su despacho en el plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.

Así lo prevé el inc. 3 del art. 99 de la CN, al disponer que 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 la Constitución para la sanción de las leyes, y siempre que no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

El ejercicio de esta potestad debe ser excepcional ya que suspende el principio de legalidad y el de superioridad de la ley. Por último cabe agregar que estos reglamentos tienen una vigencia limitada durante el estado de emergencia que le sirve de sustento y están sujetos al control judicial y legislativo.

Tipos de reglamentos

a) Los reglamentos autónomos

Este tipo de reglamentos no están reglados por la Constitución y para algunos autores, puede definirse como aquellas normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo 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.

Los reglamentos autónomos no son reglamento de ejecución, sino normas de alcance general sobre materia que, en principio y salvo casos de excepción por ausencia del Ejecutivo, no pueden ser reguladas por la ley, sino solo por el Ejecutivo, en sus aspectos centrales y periféricos, de manera tal que este ejerce esa potestad sin necesidad de una habilitación legal de orden previo. Por ello, estos reglamentos también son denominados decretos independientes, es decir, decretos que no tienen dependencia respecto de las leyes del Congreso.

Estos autores señalan que dichos reglamentos se dictan en el ámbito de lo que se llama “zona de reserva” de la administración, que puede definirse como un conjunto de competencias exclusivas y excluyentes del Ejecutivo, de manera tal que los otros poderes no pueden inmiscuirse en su ejercicio (ejemplo: nombramiento de Magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado, el indulto, la conmutación de penas, el nombramiento de empleados, la prorroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la conclusión y firma de los tratados internacionales) y consideran que estos reglamentos comprenden no solo los reglamentos de organización de carácter interno, sino también los reglamentos jurídicos, es decir, las normas sobre terceros. Otros autores rechazan la terminología reglamento autónomo e independiente y solo aceptan la existencia de reglamentos internos del Poder Ejecutivo que si bien puede ocurrir que no estén sujetos respecto de una ley de orden específico, sí están alcanzados por el bloque de legalidad, es decir por el conjunto de leyes del ordenamiento jurídico. Estos reglamentos son posibles en tanto son dictados en el ámbito interno de la Administración sin repercusiones en el exterior, es decir con exclusión de la regulación de las relaciones jurídicas toda vez que estas comprenden derechos de los particulares.

b) Los reglamentos internos

Hecha la distinción entre reglamentos **autónomos** e **internos**, podemos definir a estos últimos como decretos meramente formales porque no prevén proposiciones jurídicas, sino que solo tienen efectos dentro del marco de la propia organización del ejecutivo. Así los reglamentos internos del poder ejecutivo solo pueden reglar su propia organización interna.

La competencia para dictarlos corresponde al presidente o al jefe de Gabinete, según las facultades constitucionales que corresponde a cada uno de ellos.

El fundamento de los decretos internos, como puede intuirse e inferirse en términos lógicos del ordenamiento jurídico, es la titularidad, responsabilidad y ejercicio de la jefatura de la Administración Pública que solo comprende aspectos internos de la organización y funcionamiento de la administración y que, en ningún caso, alcanza el ámbito de los derechos de las personas.

c) Los reglamentos de ejecución

Son los actos que dicta el Ejecutivo con el propósito de fijar los detalles o pormenores de las leyes sancionadas por el Congreso, es decir, reglas de carácter general, abstracto y obligatorio con ese alcance material periférico.

Así el Poder Ejecutivo, conforme el inc. 2 del art. 99 de la CN, expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes y a su vez

la Constitución establece un límite a esa potestad, que consiste en la prohibición de alterar el espíritu de las leyes mediante excepciones reglamentarias.

El Congreso, al sancionar las leyes, debe regular el núcleo, centro o esencia de la ley e inclusive puede reglar el complemento, periferias, particularidades o detalles de la ley; en cuyo caso el Poder Ejecutivo no puede dictar decretos reglamentarios toda vez que la ley ya previó los pormenores de la materia objeto de regulación. El complemento de la ley es un ámbito de regulación que el legislador resuelve llenar o no discrecionalmente, de manera tal que el ejecutivo solo puede regular mediante el reglamento los intersticios que deja aquel al ejercer sus potestades de normar.

En caso contrario, es decir si el legislador ha dejado librado el Poder Ejecutivo, tal como ocurre habitualmente, los detalles del núcleo, el ejecutivo puede dictar los decretos reglamentarios, y ello es así por disposición constitucional y no en virtud de autorización del legislador.

El límite constitucional de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, o sea, el hecho de no alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias, debe interpretarse en los siguientes términos: a) el decreto no puede modificar, derogar o sustituir la ley so pretexto de reglamentación; y b) aquel debe observar el procedimiento que prevé la Constitución. Para el Dr. Bidart Campos: “En el decreto reglamentario aparece nítidamente la subordinación de la administración a la legislación. Es uno de los motivos por los cuales negamos al decreto reglamentario la sustancia o contenido de ley material, para atribuirle típicamente la calidad de acto administrativo de contenido general y sublegal (...) La derogación de una ley priva de vigencia a su decreto reglamentario, porque es indudable que este carece de existencia autónoma para sobrevivir sin la ley a la que reglamenta (...)”.

El exceso o abuso del poder reglamentario configura un supuesto de nulidad absoluta e insanable del acto estatal.

El decreto debe comprender el desarrollo indispensable de la ley, esto es, debe incluir todo aquello que sean necesario para la correcta aplicación de la ley, y a su vez, no debe reglar nada que no sea estrictamente necesario para el cumplimiento de ese cometido. Entonces, las disposiciones reglamentarias deben limitarse a establecer normas cuyo contenido es la explicación, interpretación, aclaración y precisión conceptual, de modo de lograr la correcta aplicación y cumplimiento de la ley.

Respecto del órgano titular del ejercicio del dictado del reglamento de ejecución, por lo dispuesto en el inc. 2 del art. 99 de la CN es el presidente de la República, ahora bien, el Jefe de Gabinete expide los reglamentos que resulten necesarios para ejer-

cer las facultades que prevé el art. 100 de la CN y las que les delegue el presidente. También los ministros ejercen potestades reglamentarias.

Como hemos visto la Constitución reconoce que el presidente es el órgano titular de la potestad reglamentaria, y también es cierto que entre las potestades implícitas necesarias para el cumplimiento de las atribuciones expresas, en particular la responsabilidad política del presidente por la administración general del país, este debe contar con la facultad de transferir competencias en los órganos inferiores del Estado. Por otro lado, el legislador, entre sus facultades implícitas, puede delegar el ejercicio de las potestades reglamentarias que, es de carácter concurrente entre este y el Poder Ejecutivo, en los órganos inferiores de la Administración, entre ellos los ministros. La ley de ministerios es un claro ejemplo de ello, es decir un caso de transferencias de potestades de regulación de detalles en los órganos inferiores.

O sea, que la transferencia puede ser de manera directa mediante una ley formal, de la potestad reglamentaria de los órganos inferiores, por ejemplo, la ley de ministerios y por otro, el Poder Ejecutivo puede delegar en cada caso en particular, de manera expresa o tácita, la fijación de los detalles o pormenores de la ley ya sancionada por el Congreso. En estos casos los órganos inferiores ejercen su potestad reglamentaria, por vía de la desconcentración o de la delegación, a través de normas de rango inferior, tales como las resoluciones, disposiciones o circulares.

d) Los reglamentos delegados

Se entiende por tales, a los actos de alcance general que dicta el presidente sobre materias legislativas, previa autorización del Congreso. Es decir que el legislador traspasa al Ejecutivo materias propias, que en vez de ser regladas por ley, son regladas por el presidente. La delegación legislativa es una alteración circunstancial del sistema de división y equilibrio de poderes que prevé el propio texto constitucional. La diferencia conceptual entre los reglamentos delegados y los de ejecución, reside en que estos últimos como ya se ha visto, son los que dicta el presidente, en ejercicio de las competencias que prevé el inc. 2 del art. 99 de la CN, para reglamentar las leyes sancionadas por el Congreso. No se trata de una competencia legislativa asumida por el Ejecutivo, en razón de una habilitación legal, sino de una facultad propia del presidente y de rango normativo por debajo de las leyes. Por su parte los decretos delegados son de naturaleza legislativa y dictados por aquel en virtud de una transferencia de competencias del legislador. Los primeros reglan los detalles y los segundos regulan cuestiones sustanciales o centrales de la materia, de acuerdo con las bases que da el propio legislador, pero en sustitución de competencias legislativas.

El marco normativo de los decretos delegados

El texto constitucional sancionado en 1994, dice que “se prohíbe la delegación legislativa en el poder ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca” (art. 76 de la CN).

Por su parte, el jefe de Gabinete debe “refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la comisión bicameral permanente” (art. 100 de la CN).

Por último, la Constitución dice que “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” (art. 99 inc. 3 de la CN).

Recién en el año 2006 el Congreso pudo dictar la Ley 26.122, promulgada el 27 de julio de 2006 sobre el “Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de las leyes”.

La ley sobre los decretos delegados dice:

- 1) El decreto tiene plena vigencia desde su publicación, según el artículo 2 del Código Civil;
- 2) las bases de la delegación no pueden ser reglamentadas por el Ejecutivo;
- 3) el ejecutivo debe elevar el decreto a la comisión permanente en el plazo de diez días desde su dictado;
- 4) la comisión debe expedirse y elevar el dictamen sobre “la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio” en el plazo de diez días;
- 5) las cámaras deben darle tratamiento expreso e inmediato;
- 6) el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso según el artículo 82 de la CN y según el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes;
- 7) las Cámaras no pueden introducir modificaciones en el texto del decreto;
- 8) el rechazo por ambas cámaras del Congreso del decreto implica su derogación, “quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”;
- 9) este régimen no obsta al “ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el poder ejecutivo”.

Requisitos de constitucionalidad de los decretos delegados

- 1) el requisito **material**: materias determinadas de administración o de emergencia;

- 2) el requisito *de forma*: refrendo del jefe de Gabinete de Ministros;
- 3) el requisito *de admisibilidad*: bases para el ejercicio de la potestad delegada y plazo en que puede ejercerse;
- 4) el requisito *de control*: intervención de la Comisión Permanente, sin perjuicio del control judicial.

e) Los decretos de necesidad y urgencia

Son aquellas normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias legislativas sin autorización previa del Congreso. A su vez, el decreto es de carácter extraordinario y provisorio ya que, por un lado, solo procede cuando están presentes los supuestos de hecho tasados en el texto constitucional; y, por el otro, el decreto debe ser aprobado posteriormente y de modo inmediato por el Congreso. Estos decretos no estaban previstos en el texto constitucional antes de la reforma de 1994. El nuevo texto constitucional los prevé en el inciso 3 art. 99 y establece que “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”. Luego agrega que, “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 para su expreso tratamiento, el que se inmediate considerarán las Cámaras”. La Ley 26.122 dice en su art. 10 que la Comisión “debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento”. A su vez, “el dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado”.

Luego establece que:

- 1) “los decretos (...), tiene plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2 del Código Civil” (art. 17);
- 2) “en caso de que el jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la comisión (...) los decretos (...), dicha comisión se abocará de oficio a su tratamiento” (art. 18);

3) “la comisión (...) tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de Gabinete, para expedirse (...) y elevar el dictamen al plenario de cada una de las cámaras” (art. 19);

4) “vencido el plazo (...) sin que la comisión (...) haya elevado el correspondiente despacho, las cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto” (art. 20);

5) “elevado por la comisión el dictamen al plenario de ambas cámara, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento” (art. 21);

6) “las cámaras se pronunciarán mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el art. 82 de la CN” (art. 22);

7) “las cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes” (art. 23);

8) “el rechazo por ambas cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos” (art. 24);

9) “las disposiciones de esta ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos, no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo” (art. 25).

B) Los Contratos Administrativos

Siguiendo la clasificación de Gordillo, hemos señalado párrafos arriba, que dentro de la clasificación general de actos administrativos, los contratos encuadran como actos bi o plurilaterales de la administración, reservando la noción de acto administrativo en particular, para el acto administrativo individual o unilateral.

Para el mencionado autor, las diferencias entre el contrato (acto bi o plurilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones bien diversas del Derecho administrativo. Cualquier libro de la materia con uno más acápites especiales sobre los contratos administrativos, muestra de hecho cómo no es posible analizar conjuntamente los contratos y los actos unilaterales de la administración. De allí se sigue, señala Gordillo, que tampoco conviene conceptualizarlos conjuntamente.

La distinción entre acto unilateral y bilateral

Al caracterizar al acto administrativo como unilateral y al contrato administrativo como bi o plurilateral, se hace necesario considerar el alcance de la uni o bilateralidad.

En este sentido, puede distinguirse la uni o bilateralidad tanto en la formación del acto (si concurre a él la voluntad de un solo sujeto de derecho, o la voluntad de más de un sujeto de derecho) como en sus efectos (si el acto crea derechos y deberes para un solo sujeto o para más de uno). El contrato administrativo sería la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos, quedando para el acto administrativo la posibilidad de un triple planteo: *a)* que el acto sea unilateral en su formación y en sus efectos: en esto no hay discusión alguna; *b)* que el acto sea unilateral en su formación y bilateral en sus efectos. No todos los autores admiten esta categoría; *c)* que el acto sea bilateral en su formación y unilateral en sus efectos; otros autores entienden que en estos casos no hay en realidad acto bilateral, sino dos voluntades que concurren sin integrarse en un solo acto.

Conclusión

En sentido lato, pues, todo acto dictado en ejercicio de la función administrativa es un acto de la administración; e igualmente en sentido lato puede decirse que acto administrativo es toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos. Pero dentro de estos actos no se aplican los mismos principios para los contractuales que para los unilaterales, ni a su vez dentro de los unilaterales, para los generales que para los individuales.

Dado que los contratos tienen un régimen jurídico específico claramente definido y que los actos generales (reglamentos) también tienen un régimen jurídico de ciertas particularidades, no parece sino lógico separarlos como categorías propias y reservar el nombre de “actos administrativos” —ahora en sentido restringido y técnico— para los actos unilaterales e individuales: se trata de una razón empírica, que no pretende tener base dogmática *a priori* alguna, pero que es práctica y contribuye a esclarecer los conceptos. Más aún, por un capricho del lenguaje, es frecuente que los autores utilicen el sobrante “acto de la administración” para referirnos a los actos no productores de efectos jurídicos directos que la administración produce. Ello muestra más que a las claras que estamos meramente en búsqueda de convenciones verbales con las cuales entendernos recíprocamente, no en la determinación de ninguna verdad absoluta. Es importante destacar entonces que el fundamento de esta restricción en el concepto no es teórico, sino práctico.

El que se designe como “acto administrativo” solo a una porción limitada de los actos jurídicos realizados en ejercicio de la función administrativa, no significa que los demás actos (contratos y reglamentos) dejen de pertenecer a dicha función; no es que no sean “administrativos” en su sustancia, ni que dejen de tener el régimen

general que corresponde a la función administrativa por oposición a las funciones legislativa y jurisdiccional; se hace la distinción tan solo tratando de establecer, dentro del régimen jurídico de la función administrativa, algunas diferencias específicas que no varían el régimen general sino que lo particularizan en distintos sentidos y hacer luego una elección semántica que permita la comprensión recíproca.

Concepto de contrato administrativo

Señala el Dr. Juan Carlos Cassagne que “El contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del Derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos”.

En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el Derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo.

Mediante esta forma de contratación, la Administración, procura la satisfacción del **interés público** y esto es lo que tipifica y define la institución del contrato administrativo con sus rasgos peculiares que lo distinguen del contrato civil entre particulares.

El Dr. Pedro Coviello, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ensaya el siguiente concepto “El contrato administrativo sería un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas (“YPF c/Provincia de Corrientes”), en que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal (voto del juez Fayt en “Dulcamara” y “Cinteplast”), cuyo objeto esta constituido por un fin público o propio de la Administración (voto citado del juez Fayt y “Cinplast” e “YPF c/Provincia de Corrientes”) y contiene explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho privado (idem)”.

Clasificación de los contratos administrativos

Siguiendo en este punto al Dr. Juan Carlos Cassagne, podemos realizar la siguiente clasificación:

a) Contratos de atribución y de colaboración

Esta clasificación se apoya especialmente en las distintas funciones que cumplen las partes en orden a sus prestaciones esenciales. En el contrato administrativo de colaboración lo fundamental es la prestación que debe el particular al Estado, es decir, la transformación del contratista privado en un colaborador de la función administrativa (ejemplo: el contrato de obra pública, empleo o función pública, concesión

de servicios públicos, de suministro, etc.). Los contratos de atribución lo esencial es la prestación del Estado, mientras que el contratista se caracteriza por se la contrapartida de las ventajas que obtiene el Estado (por ejemplo, la concesión de uso de bienes de dominio público en el que la prestación principal está a cargo del Estado).

b) Según su tipicidad

En la doctrina administrativa se distingue la categoría de los contratos típicos y atípicos, en la medida en que se hallen regulados o no por una “disciplina concreta y detallada en la ley”, de los contratos nominados o innominados, donde lo que cuenta es la existencia o inexistencia de la nominación jurídica del contrato.

En la Argentina, el contrato de obra pública constituye un contrato administrativo típico, en cuanto tiene una regulación legal basada en la ley y las partes (Estado y contratista) solo pueden introducir aquellas cláusulas que no modifiquen la sustancia de dicha regulación legal.

En cambio cuando se carece de una disciplina normativa para regular el contrato, este será atípico, por más que tuviera asignada una nominación jurídica por la ley, la doctrina o la jurisprudencia (ejemplo: contrato de concesión de uso de un bien dominical) lo que admite una mayor posibilidad de acudir a la analogía para resolver las situaciones no previstas en el contrato.

c) Nominados e innominados

Tal como se ha dicho anteriormente, esta clasificación tiene en cuenta la nominación jurídica del contrato, con prescindencia del hecho de que él esté sometido a no a una legislación específica. De esta manera existen en nuestro Derecho administrativo contratos nominados típicos, como el contrato de suministro, y contratos nominados atípicos, que carecen de disciplina legal que los regule, como el contrato de concesión de servicios públicos.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Tema de frecuentes dudas en la jurisprudencia es el de si los actos administrativos o las actuaciones administrativas o incluso actas de comprobación revisten el carácter de instrumentos públicos, alcanzados por la norma del art. 979 del Código Civil y qué consecuencias a su vez tendría el estar o no incluidos en esa disposición. El tema tiene relevancia porque el art. 994 del Código Civil confiere plena fe a los instrumentos públicos, entonces, la vinculación del problema con la presunción de legitimidad del acto administrativo es evidente. Incluso muchos fallos tratan en cierto modo indistintamente el punto, confundiendo presunción de legitimidad del

acto administrativo con el supuesto carácter de instrumento público que al mismo tiempo le acordarían.

Hay que distinguir, en primer término, entre el acto jurídico y el instrumento que lo constata o acredita. Es frecuente oír a un inquilino decir “yo no tengo contrato”, queriendo decir con ello que no tiene un contrato documentado por escrito, pues sin duda, ocupando el inmueble en condición de inquilino y pagando un alquiler al propietario, tiene un contrato, solo que no tiene el instrumento de ese contrato.

Lo mismo ocurre cuando el acto, en lugar de documentarse por un instrumento privado, se documenta por un instrumento público. Siempre se hace necesario distinguir entre el instrumento (por ejemplo, escritura pública) y el acto que ese instrumento constata o certifica (por ejemplo, una compraventa). Y es evidente que cada uno se rige por sus principios propios. Por ello, es necesario cuidarse de no confundir los actos (instrumentos) destinados a constatar convenciones y disposiciones, con esas mismas convenciones y disposiciones, que constituyen actos jurídicos. Es para evitar toda confusión a este respecto, que de ordinario se califica a los primeros como actos instrumentales.

El instrumento público, pues, no es sino un acto instrumental, destinado a constatar –al igual que un instrumento privado– cierto acto jurídico. A su vez, “lo que confiere a un instrumento la calidad de público es su autenticidad: a diferencia de los privados prueban per se la verdad de su otorgamiento.

Es decir, tanto los instrumentos privados como los públicos son instrumentales –valga la redundancia– al efecto de documentar un acto jurídico. En un caso, la documentación es de relativo valor probatorio, en el segundo, tiene fuerza probatoria mucho mayor. Queda claro que en ambos casos su valor es ese, probatorio de la existencia del acto jurídico, no de su sinceridad o la de los comparecientes.

Nada puede variar cuando en lugar de tratarse de un acto jurídico de Derecho privado, se trata de un acto administrativo. En este caso, su documentación a través de un instrumento público no hace sino a un aspecto probatorio: es la prueba fehaciente de que el acto es auténtico, que realmente fue dictado, que lo fue efectivamente en la fecha y lugar que indica, que la firma es verdadera y ha sido puesta por la persona de que se trata. Es que la presunción de legitimidad del acto administrativo “en nada puede asimilarse al valor probatorio del instrumento que lo documenta”.

Esto es así tanto si el acto administrativo consta en un instrumento público levantado por un escribano público, o sea, una escritura pública, como si consta en un documento público levantado por un funcionario público, de acuerdo al inc. 2 del art. 979 del Código Civil. Como dice Bielsa: “Se trata siempre (...) de un *genus* (...) él comprende también a las escrituras públicas (...) El instrumento público es una

‘especie’ de documento público (...) La escritura pública, a su vez, es una especie de instrumento público (...) pues además de fehaciente y auténtica debe ser acto de notario público pasado en su protocolo”.

Si lo más, que es la autenticación del acto administrativo por escritura pública, no constituye otra cosa que una prueba instrumental de la verdad de su existencia, seguramente que lo menos, o sea su autenticación por documento administrativo, no podrá tener efecto superior. Como mucho, la autenticación del acto administrativo tendría el efecto de probar también, como la escritura pública, que el acto realmente se dictó, que fue otorgado en la fecha y lugar que expresa y por el funcionario que señala, quien además lo firmó. Pero nada más, como ninguna otra cosa certificaría su autenticación por escritura pública.

Reiteramos que la circunstancia de que un acto administrativo conste en instrumento público no le confiere otro efecto que el de su autenticidad. El acto administrativo, como declaración de voluntad, puede o no constar por escrito; cuando conste por escrito, podrá interpretarse que el documento que lo atestigua reviste la calidad de instrumento público, no así el acto por él autenticado.

Cuando el funcionario público dicta un acto administrativo actúa en una doble faz: como órgano emisor del acto y como órgano de la fe pública que certifica que el acto ha sido verdaderamente dictado por él en esa fecha y lugar. Resulta claro, pues, que la fe pública del instrumento público se refiere al dictado del acto por él, no al contenido del acto ni a los hechos o circunstancias que él tuvo en cuenta para dictarlo. El acto administrativo escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión.

ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La validez del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, que se denomina elementos del acto, los cuales deben concurrir simultáneamente en la forma requerida por el ordenamiento jurídico. Estando reunidos dichos elementos, el acto administrativo es “perfecto”. “válido” y “eficaz”. De modo que los elementos del acto administrativo son los requisitos que deben concurrir simultáneamente para la plena validez y eficacia del acto en cuestión.

La “legalidad” es un requisito que rige genéricamente a todos y a cualquiera de los elementos del acto administrativo, sea cual fuere su denominación o naturaleza, porque todos deben estar de acuerdo con la regla de Derecho.

Podemos realizar una clasificación de los elementos del acto en:

a) **Elementos esenciales:** son aquellos que deben concurrir inexcusablemente para el acto administrativo se reputa válido y eficaz: tratase del acto perfecto. La falta de esos elementos, o de alguno de ellos, determina que el acto administrativo se considere viciado.

b) **Elementos eventuales, accidentales o accesorios:** son los que pueden o no existir en un acto administrativo, sin que su falta o ausencia influyan en la validez y eficacia del acto.

Los elementos esenciales

a) **Sujeto:** se considera así a quien se encuentra legalmente hábil para emitirlo. Teniendo en cuenta lo visto con anterioridad, acerca de la concurrencia en la formación del acto administrativo, los sujetos serían la Administración Pública y el administrado. El administrado deberá cumplir con el requisito de la capacidad del código civil y la Administración deberá contar con la *competencia funcional adecuada*, que surge de la CN, la ley formal o la ley material; y la capacidad del funcionario o empleado “órgano-persona” que se rige por la legislación civil.

b) **Causa:** es un elemento esencial del acto administrativo, si falta la causa jurídica el acto estará viciado. Está constituida por los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que justifican la emanación del acto. Ejemplos: 1) en el acto que ordena demoler un edificio, la causa es su estado de deterioro; 2) en el acto de otorgamiento de la jubilación de una agente público, la causa es los requisitos de aportes y la edad; en el acto de cesantía de un empleado por mala conducta, la causa es el comportamiento irregular del empleado, debidamente probado en un sumario administrativo.

c) **Objeto o contenido:** son términos equivalentes, consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad. Es lo que el acto dispone. El contenido puede ser positivo o negativo, según se acepte o rechace una solicitud o se pueda disponer que se realice algún hecho o acto o que pueda negarse tal realización. Ejemplos: 1) en la resolución que ordena apuntalar un edificio, el objeto consiste en la obligación de hacer que se le impone al propietario; 2) en el acto administrativo que declara la cesantía de un empleado público por mala conducta, el objeto consiste en que ese empleado deje de pertenecer a los cuadros administrativos.

d) **Forma:** este elemento tiene dos acepciones: 1) *restringida:* es la que debe observarse al emitir el acto, exteriorizando concretamente y definitivamente la vo-

luntad de la Administración Pública, es la forma propia del acto administrativo; 2) *amplia*: no solo comprende a la anterior, sino también al conjunto de formalidades o requisitos que deben observarse o respetarse para llegar a emitirse el acto, son las formalidades del acto administrativo.

Las formas, desempeñan una función de garantía: 1) *para el particular* porque por esa vía se respeta sus derechos esenciales, ya que el arbitrio de la Administración Pública queda constreñido a desenvolverse dentro de determinados límites y respetar los requisitos pertinentes. 2) *para el interés público*, ya que las formas constituyen una garantía automática de la regularidad o legalidad de la actividad administrativa.

La Administración puede expresar su voluntad: 1) *de manera expresa*: cuando de ella quede de manifiesto, directa y concretamente el objeto del acto (ejemplo: cuando en el acto administrativo resuelve demoler un edificio por peligro de derrumbe); 2) *de manera tácita*: cuando tal declaración permita deducir inequívocamente, por vía de interpretación, el sentido o alcance de la voluntad de la Administración Pública (ejemplo, cuando hay silencio de la administración ante un requerimiento de un particular, cuando ante un accidente de tránsito se presenta la policía y conduce el tránsito por una vía lateral).

La forma puede ser además: 1) *escrita*: cuando el acto está contenido en soporte papel; 2) *verbal*: cuando se verbaliza o se da a conocer por señales (ejemplo, cuando el oficial de tránsito ordena no estacionar).

La **motivación**: consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto. La motivación no consiste en los motivos del acto, sino en la expresión de estos. Equivale a los “considerandos” del acto, equiparándosela a la llamada “justificación” de este.

Los actos no escritos generalmente excluyen la motivación, pero requieren la existencia del “motivo” o “causa” que determina su emanación, pues no se concibe un acto, cualquiera sea la forma en que se exprese sin su causa (motivo) jurídica.

En el Derecho argentino no existe la obligación genérica de motivar los actos administrativos, pero el acto debe tener inexcusablemente su “motivo” o “causa jurídica”. La motivación debe contener una relación de las circunstancias de hecho y de derecho que determinan la emisión del acto, basta con una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa, es decir que sea suficiente.

La motivación es conveniente: 1) porque contribuye a que se establezca si el acto que se emite está de acuerdo con los respectivos antecedentes de hecho y de derecho que constituyen la “causa jurídica” o “motivo”; 2) porque aclara o facilita las cuestiones atinentes a la interpretación del acto; 3) porque permite el mejor control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos en cuyo mérito se dictó el acto.

e) **Finalidad:** Toda la actividad de la Administración Pública ha de tender a satisfacer las exigencias del interés público.

Mediante el objeto o contenido del acto se expresa lo que desea obtenerse de este, en cambio, la finalidad expresa el porqué se desea obtener determinado objeto. La finalidad constituye la razón que justifica la emisión del acto.

La finalidad debe ser la prevista por la norma para actos del respectivo “objeto” o “contenido”. Debe ser una finalidad verdadera, no encubierta, ni falsa, ni distinta a la correspondiente al “objeto” o “contenido” del acto. En caso contrario había una desviación del poder que viciaría el acto.

f) **Moralidad:** toda actuación administrativa ha de tener inexcusablemente una base moral. Nada es concebible y aceptable sin un substrato ético. La moral es y debe ser la base de toda la actividad de la administración, del mismo modo, la moral debe ser el soporte de toda la actividad de los administrados. El concepto moral incluye el de “buenas costumbres” y “buena fe”.

Un acto de administración o un acto administrativo contrario a la moral es un acto viciado de nulidad, además la CN en su art. 19, somete al juicio de los magistrados judiciales los actos que ofendan a la moral pública. De modo que el acto administrativo vacuo de substrato moral, en cualquiera de los aspectos de esta (moral *strictu sensu*, buenas costumbres o buena fe) es un acto viciado de ilegitimidad; con mayor razón, el acto “inmoral” es un acto “ilegal”.

Los elementos accidentales

Si bien forman parte de la “naturaleza” del acto administrativo, no hacen a su “esencia”, también suelen ser denominados cláusulas “accidentales” o “accesorias” o “elementos no esenciales” o cláusulas “facultativas” o “elementos eventuales”.

El significado práctico de que se incluyan en un acto administrativo, consiste en que los efectos jurídicos de dicho acto sean más extensos o más limitados que los que el acto hubiere producido sin su inclusión. Es decir, que amplían o restringen el contenido normal del acto.

Puede afirmarse que los elementos accidentales o accesorios son todos aquellos que, no siendo necesarios para la existencia del acto administrativo, ni pudiéndoseles considerar implícitos en él, son incluidos en el mismo por voluntad de las partes.

Tales elementos son:

a) el término: es el lapso en que un acto debe comenzar a producir sus efectos, o en el cual debe cesar de producirlos. Al fijarse un término, quedan limitados en el

tiempo los efectos del acto administrativo, influyendo sobre el momento en que tales efectos comienzan o cesan de producirse (ejemplo: concesiones administrativas).

b) la condición: el término se diferencia de la condición en que esta constituye un acontecimiento futuro e incierto, en tanto que el término si bien se refiere asimismo a un acontecimiento futuro este es “cierto”. La condición existe cuando los efectos del acto se subordinan a que se produzca o no un acontecimiento futuro e incierto. La condición puede ser “suspensiva” o “resolutiva”, según que los efectos del acto comiencen o se extingan con el acontecimiento futuro e incierto. El acontecimiento futuro puede ser “natural” (obra de la naturaleza) o del “hombre” (Administración Pública o administrado).

c) el modo: consiste en una especial obligación que el acto expresamente le impone al administrado (ejemplo: “cláusula modal”, en un acto administrativo puede mencionarse la obligación de pagar un canon por el uso de un bien de dominio público). Se trata de una obligación a cargo del administrado y no una simple “recomendación” o “sugerencia”.

El incumplimiento del modo por parte del administrado podría dar lugar a la extinción del respectivo acto, haciéndose vales el instituto de la caducidad. Desde luego que el Estado tiene acciones para exigir del administrado el cumplimiento del respectivo modo.

Finalmente, para que el “término”, “la condición” y “el modo” puedan ser considerados y valorados como elementos “accidentales” del acto administrativo, es menester que ellos consten “expresamente” en el acto, criterio fácilmente comprensible, pues se trata de cláusulas excepcionales” vale decir extrañas o ajenas a la esencia misma del acto, aunque compatibles con su naturaleza.

La forma de instrumentación de los elementos accidentales, pueden constar en el mismo acto o por separado que forme parte integrante de aquel. Puede ser escrito o verbal.

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo tiene dos caracteres fundamentales: su “presunción de legitimidad” y su “ejecutoriedad”. Ello, significa que tal acto, por principio, puede ser inmediatamente puesto en ejecución o en práctica.

Pero dichos caracteres, no son absolutos: dependen de que el acto sea “perfecto”, es decir de que sea “válido y eficaz”.

Si el acto no es “válido”, es decir si no ha nacido de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico vigente, y tal ilegalidad surge del acto o queda acreditada,

el acto perderá su presunción de legitimidad. La ilegalidad “manifiesta” (que surge del propio acto) y la ilegalidad resultante de la “prueba” que pueda aportarse, quiebran o deterioran la “presunción de legitimidad” del acto administrativo.

A su vez, si el acto aunque “válido”, no es “eficaz” carecerá de “ejecutoriedad”. Esto ocurre por ejemplo con el acto que no fue objeto de publicidad o notificación. El acto carece de “eficacia”, no puede cumplirse o ponerse en práctica.

a) Presunción de legitimidad: Consiste en la suposición de que el acto fue emitido “conforme a derecho”, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales. La presunción de legitimidad se refiere al acto “perfecto”, o sea al acto “válido” y “eficaz”. El fundamento o razón de ser de dicha presunción radica en la circunstancia de que la Administración Pública debe actuar ajustando su conducta a la ley, pues si bien ello deber ser así, en la práctica puede no serlo, entonces nos encontraríamos ante la posibilidad de recurrir el acto mediante la nulidad. Es por ello, que la presunción de legitimidad que acompaña al acto administrativo, no es “absoluta”, sino una mera presunción “simple”, que puede ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto controvierte el orden jurídico.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la nulidad de los actos administrativos, no puede declararse de oficio por los jueces, sino que es necesaria la actuación del particular que se siente afectado por el acto nulo.

b) Ejecutoriedad: la ejecutoriedad del acto administrativo significa que, por principio, la Administración misma y con sus propios medios lo hace efectivo, poniéndolo en práctica. La posibilidad de que la propia Administración haga efectivos o ponga en práctica los actos administrativos que emita, integra una de las tantas “potestades” de la Administración: la imperativa o de mando.

El fundamento de la ejecutoriedad podemos encontrarlo en los siguientes argumentos: en primer lugar, en la necesidad de que la satisfacción de los intereses generales, para cuya satisfacción se emite el acto administrativo, no resulte obstaculizada por la acción de los particulares o administrados, se lo suele denominar fundamento político; en segundo lugar, por la presunción de legitimidad que caracteriza al acto y en tercer lugar por el carácter público de la actividad ejercida mediante el acto administrativo, que lleva insita la facultad de exigir coactiva o directamente sus propias decisiones, por que lo que está en juego es el interés público.

Para que un acto administrativo goce del privilegio de la “ejecutoriedad”, dicho acto, como creación jurídica, debe ser “perfecto”, es decir “válido” y “eficaz”. Si el acto no reúne estos requisitos, entonces el acto no es “ejecutorio”.

La ejecutoriedad reconoce dos especies fundamentales: la “propia” y la “impropia”. Ejecutoriedad “propia” significa que tanto la emanación del acto administrativo, como su cumplimiento o ejecución, le corresponden a la propia Administración Pública, quien lleva a cabo esto valiéndose de sus propios elementos o medios. Esta se concreta a través de actos materiales, por ejemplo cuando se dispone demoler un edificio que amenace ruina. Ejecutoriedad “impropia” significa que si bien, el acto o decisión emanan de la Administración Pública, su cumplimiento o ejecución le compete al órgano judicial que actúa a instancias de la administración, (ejemplo cobro compulsivo de una multa, impuesta por la Administración, un reclamo por daños y perjuicios sufrido por la Administración, etc.).

SISTEMA DE NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Para que un acto administrativo se considere perfecto debe reunir dos condiciones: validez y eficacia. Valido es el acto que ha nacido de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente. Eficaz es el acto que, siendo válido, reúne los requisitos para ser cumplido, para ser puesto en práctica (ejecutoriedad).

Correlativamente el acto defectuoso o viciado es el que aparece en el mundo jurídico sin haber satisfecho los requisitos para su validez o para su eficacia.

Vicios del acto administrativo son las fallas o defectos con que este aparece en el mundo del derecho y que, de acuerdo al orden jurídico vigente, afectan la perfección del acto, sea en su validez o en su eficacia, obstando ello a la subsistencia o a la ejecución del acto.

Pero también se debe tener en cuenta que no toda irregularidad de un acto administrativo constituye un vicio, pues existen irregularidades que no afectan su perfección. Por ejemplo: un acto nacido de acuerdo con la normativa vigente, a raíz de un cambio en el Derecho objetivo, resulte incompatible con el nuevo régimen jurídico. Dicho acto no se convierte en ilegítimo sino en inoportuno o inconveniente. Esto tiene gran trascendencia en lo atinente a los medios de extinción del acto y a las consecuencias de la extinción: el **acto ilegítimo** se extingue por revocación, ya sea en sede administrativa basada en razones de ilegitimidad o por anulación en sede judicial, sin que el administrado pueda exigir indemnización; el acto inoportuno, cuya extinción se opera en sede administrativa por razones de oportunidad, mérito o conveniencia aparece el derecho a indemnizar al administrado.

También puede suceder que el acto administrativo nacido en plena coincidencia con el interés público, luego, por cambios en las circunstancias de hecho, resulte en contradicción con el interés público. Ello no afecta la perfección del acto, sino que jurídicamente continúa siendo perfecto. No hay oposición con el orden jurídico sino una disconformidad con el interés público. El vicio de mérito no es considerado

causa de invalidez del acto, no trasunta violación del Derecho positivo vigente, sino discordancia con las conveniencias o intereses públicos o generales. Por eso un acto administrativo nunca puede anularse por razones de oportunidad sino únicamente por razones de legitimidad. Por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la extinción del acto se obtiene mediante revocación por razones de oportunidad. Si bien el acto continúa siendo perfecto desde el punto de vista legal, se ha convertido en inoportuno o inconveniente y, en tal caso, corresponde a la propia Administración su extinción recurriendo al procedimiento de la revocación.

De este modo, inoportunidad e ilegitimidad son cosas diferentes pues responden a causas distintas. La ilegitimidad es la infracción al orden jurídico positivo, y la inoportunidad es la disconformidad del acto con las conveniencias o con los intereses públicos o generales.

Además de lo expuesto, existe una diferencia sustancial entre ilegitimidad e inoportunidad relacionada con el órgano del Estado competente para juzgar el respectivo vicio. Los vicios de ilegitimidad los juzga la propia Administración a través de los medios administrativos de control existentes –“recursos”, “poder de vigilancia”, etc.–, sino también, a pedido de parte, el Poder Judicial. En cambio, los vicios de oportunidad, mérito o conveniencia, los juzga exclusivamente la Administración Pública, pues la oportunidad, mérito o conveniencia del acto es materia que pertenece a la zona de reserva de la Administración. Al Poder Judicial le está vedado juzgar a cerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de un acto administrativo; lo contrario implicaría la violación al principio de división de los poderes.

La teoría de las nulidades del acto administrativo, que ha de basarse en los vicios que pueden llevar a la extinción del acto –ya sea por considerarlo nulo o anulable– se rige por principios que no siempre concuerdan con los pertenecientes al Código Civil. Ha sostenido la CSJN “que las reglas de los art. 1037 y siguientes del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos, si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho administrativo sino al Derecho privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al Derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquella, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina” (Fallos 190:150, *in re* S. A. Ganadera Los Lagos c/ Nación s/ nulidad de Decreto”).

En el sistema de nulidades del Código Civil, establecido para regir relaciones interindividuales, creadas entre sujetos que actúan en el mismo plano jurídico, y el régimen de nulidades de los actos administrativos hay diferencias esenciales, deri-

vadas fundamentalmente de que el acto administrativo –sea unilateral o bilateral– el sujeto interviniente o uno de los sujetos, es siempre la Administración Pública ejercitando potestades de tal. Esta actividad queda amparada en nuestro régimen constitucional por el principio de división de los poderes. A ello se agrega, que el interés público predomina en los actos administrativos.

Entre las diferencias fundamentales que pueden señalarse entre las nulidades del Derecho administrativo y el Derecho civil son:

1. el acto administrativo se presume válido, salvo que se trate de una nulidad manifiesta, que surja a simple vista. Pero esto no significa que pueda ser declarada de oficio. En Derecho administrativo ni la nulidad absoluta ni la anulación pueden ser declaradas de oficio, sino a petición de parte.

2. Contrariamente a lo que sucede en el Derecho civil, la Administración puede pedir la declaración judicial de nulidad de sus actos administrativos viciados.

3. La falta de sanción no excluye la invalidez del acto administrativo.

La Corte Suprema admite que las irregularidades del acto administrativo pueden determinar dos tipos de actos defectuosos: el acto nulo y el acto anulable, correlativos a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa, respectivamente.

Pero esta posición de nuestro máximo Tribunal ha sido criticada por el Dr. Agustín Gordillo, quien sostiene: 1. que responde a conceptos civilistas, por lo que puede dar lugar a confusiones; 2. la distinción entre actos nulos y anulables basada en si el vicio es o no manifiesto, carece de aplicación en el Derecho administrativo en el que en todos los casos el vicio es no manifiesto; 3. que todos los actos administrativos son anulables pero no nulos, dado que la presunción de validez que acompaña a todo acto administrativo hace que deba reputársele válido hasta tanto sea anulado.

Marienhoff considera una crítica injustificada pues el hecho de utilizar conceptos también utilizados en el Derecho civil, no implica resolver la cuestión en base a conceptos civilistas, ya que estas se aplican en la medida que sean compatibles con la sustancia propia del Derecho administrativo. Dice el autor citado que se trata de la aplicación de conceptos generales del Derecho, que valen tanto para el Derecho privado como para el Derecho público.

La distinción entre actos nulos y anulables basada en si el vicio es o no manifiesto, es de estricta aplicación en el Derecho administrativo, donde la nulidad de un acto frecuentemente surge del mismo acto, de su simple lectura, sin necesidad de

realizar investigación alguna. En Derecho administrativo hay nulidades manifiestas, por ejemplo, decreto emitido por el Poder Ejecutivo revocando por ilegitimidad una concesión de servicio público otorgado por el Congreso (violación al principio de división de los poderes, paralelismo de competencias). El acto nulo de nulidad no manifiesta, a diferencia del anterior, requiere todo un juzgamiento para desentrañar el vicio alegado, se trata de una cuestión de hecho, mientras que el primero se trata de una cuestión de puro derecho.

¿Cuándo debe declararse la nulidad de un acto administrativo (igual a nulidad absoluta)?

- Cuando el acto vulnera o lesiona el orden público, disposiciones de orden constitucional. Se vulneran los elementos competencia y contenido.

- Cuando el acto lesiona directamente al interés público. Lesiona el elemento finalidad.

- Cuando el acto contravenga las respectivas normas sobre competencia, objeto, finalidad y formas de las que debe hallarse revestido.

Ante una nulidad manifiesta, la presunción de validez del acto administrativo cede o cae. Lo contrario sería insensato. No es posible seguir presumiendo la perfección de un acto cuya invalidez absoluta surja a la vista. Pero que en Derecho administrativo que se acepte la existencia de nulidades absolutas manifiestas, en modo alguno significa que en tal derecho, dicha nulidad pueda ser declarada de oficio por los jueces: ello requiere siempre, de petición de la parte a quien el acto afecte o perjudique.

En lo referente al saneamiento del acto administrativo, la Corte Suprema estableció que la nulidad resulta insusceptible de saneamiento, mientras que sí resulta posible en caso de nulidad relativa. La nulidad resulta imprescriptible, mientras que en la nulidad relativa prescribe.

En cuanto a los efectos, la declaración de nulidad del acto administrativo vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de su dictado, es decir, sus efectos se remontan a la fecha de la emisión del acto. Dichos efectos operan “ex tunc”, desde el pasado. En lo atinente a los efectos de la extinción de los actos afectados de nulidad relativa, los mismos se producen a partir de la sentencia que los anula. Trátase de efectos para el futuro “ex nunc”.

A la clasificación de actos nulos (nulidad absoluta) y anulables (nulidad relativa) atendiendo a una cuestión de grado del vicio que padecen, algunos autores, como el Dr. Gordillo agregan el acto inexistente: todas aquellas conductas que trasuntan irregularidades de gravedad tal que excedan la noción de acto administrativo nulo.

Pero también debe señalarse al respecto que, este concepto resulta resistido por otra parte de la doctrina. Así, Marienhoff sostiene que la teoría del acto inexistente resulta inaceptable en el Derecho administrativo, pues lo que desea expresarse no es otra cosa que una vía de hecho administrativa: la flagrante, manifiesta, grosera y grave violación de la legalidad. Entonces debe resolverse por aplicación de las reglas correspondientes a la vía de hecho administrativa.

Para establecer cuando se está en presencia de un acto nulo o anulable, aparte de las soluciones particulares que pudiere adoptar la legislación positiva, resulta conveniente partir de un criterio general. La diferencia entre estos tipos de irregularidad es de grado. Las irregularidades graves conducen a la nulidad; las menos graves a la anulación. En caso de duda ha de estarse a la consecuencia menos gravosa, o sea que se trata de un acto anulable. Así la doctrina y la jurisprudencia han ido concretando el concepto de acto nulo y anulable. En este orden, se considera que el acto ha de tenerse por nulo cuando carezca de alguno de los elementos esenciales para su existencia; en cambio se estima un acto anulable, cuando reuniendo todos los elementos esenciales, algunos de ellos aparejan un vicio. En el caso concreto podrá determinarse si el acto es nulo o anulable.

De lo dicho precedentemente, se deduce que hay irregularidades que afectan la validez del acto administrativo (e impiden su vigencia jurídica) o su eficacia (impiden su ejecutoriedad).

Para que una irregularidad valga como vicio o defecto del acto administrativo y tenga su correlativa sanción o consecuencia, no es indispensable que ello surja de un texto expreso que así lo disponga.

Las causas de invalidez de un acto administrativo no siempre surgen expresa y concretamente de una norma, pues en este ámbito jurídico no rige el principio de Derecho privado de que no hay nulidad sin texto. De manera que la invalidez no necesariamente debe surgir del texto de una norma que la consagre, sino que pueden surgir del juego armónico de los principios jurídicos que regulan la actividad de la Administración y de los principios a los que deben ajustarse los actos administrativos.

Analizados precedentemente, en general, los criterios determinantes del acto nulo y del acto anulable, corresponde establecer ahora, en particular y con relación a los elementos del acto administrativo, cuando se estará en presencia de un acto nulo o anulable.

VICIOS EN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sujeto - Competencia: la doctrina distingue dos tipos de incompetencia, la absoluta y la relativa. La incompetencia absoluta se produce cuando se invaden esferas

de otros poderes del Estado o materias de otros órganos. Los demás supuestos de incompetencia constituyen la incompetencia relativa. Según cuál sea el tipo de incompetencia en que se incurra, así será la índole del vicio que afectará al acto.

Además la competencia es clasificada desde tres puntos de vista: a) por materia, b) por grado y c) por territorio, y también se la vincula con la naturaleza del posible vicio. La competencia por materia se refiere a la actividad que debe satisfacer una determinada repartición o ente público. La competencia por grado se vincula con el principio de jerarquía, las funciones aparecen distribuidas jerárquicamente, de modo que el órgano inferior no puede ocuparse de materias reservadas al órgano superior y viceversa. En la competencia por territorio, cada órgano o repartición solo puede actuar dentro de la correspondiente circunscripción administrativa que le fue asignada. Ejemplos: cuando el Poder Ejecutivo se arroga facultades judiciales, incurre en un caso de incompetencia absoluta, determinante de un acto nulo (en nuestro sistema, un acto inconstitucional); del mismo modo cuando un ministerio regule materias de otro, el acto será nulo.

Cuando el órgano administrativo actúe fuera de su espacio territorial asignado, el acto será nulo. Por ejemplo un matrimonio autorizado por un encargado del Registro Civil fuera de su jurisdicción.

El acto emitido contraviniendo la competencia por razón del grado, algunos autores sostienen que el acto es nulo mientras que otros hablan de la anulabilidad del acto. Aquí hay que tener en cuenta si el orden jurídico vigente permite la avocación del superior o la delegación en el inferior. Sino lo permite, el acto dictado es nulo.

Capacidad: la incapacidad del agente público vicia el acto, lo torna en acto nulo. Ejemplo: acto dictado por un funcionario demente o en estado de embriaguez. En cuanto a la capacidad del administrado, se rige por normas del Derecho civil, y esta se presume.

Causa: si faltare el elemento causa o motivo del acto, este sería nulo. Ejemplo, cuando los hechos invocados como antecedentes que justifican el dictado del acto no existieren o fueren falsos. Si la causa o motivo existiere, pero estuviere viciada el acto será anulable. Ejemplo, cuando existiere una errónea interpretación de los hechos invocados como antecedentes para el dictado del acto.

Contenido u objeto: el acto administrativo cuyo objeto o contenido resulten desarmónicos con el orden jurídico vigente, el acto es nulo. Ejemplo, objeto prohibido (Art. 953 del CC).

Forma: si las formas requeridas por la norma hubiesen sido omitidas, el acto es nulo, pues carece de un elemento esencial. En cambio, si la forma hubiese sido respetada pero su cumplimiento fue defectuoso o irregular, el acto será anulable. No toda irregularidad en la observancia o cumplimiento del elemento forma del acto administrativo produce su invalidez. Por ejemplo, la falta de publicidad o notificación, no afecta su validez sino su ejecutoriedad, es decir, su eficacia.

Motivación: consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración a emitir el acto. La motivación es la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto. Si la norma aplicable exige la motivación, esta deberá existir. Si falta o esta fuere insuficiente, el acto estará viciado. La doctrina considera que tal vicio configura un acto anulable, pues no se trata de la falta de un elemento esencial del acto administrativo sino tan solo de un vicio de tal elemento, pues la motivación vincula a la forma del acto administrativo.

Finalidad: el acto administrativo debe observar la finalidad prevista por la norma para actos del respectivo objeto o contenido. Debe ser una finalidad verdadera, no encubierta, ni falsa, ni distinta a la correspondiente al objeto o contenido del acto. En caso contrario habría una desviación de poder que viciaría al acto. Además, si bien la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público, no es en cambio cualquier interés, sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario. La violación del fin a que debe responder el acto implica, lisa y llanamente, falta del elemento esencial finalidad. No se trata de un mero vicio de ese elemento, sino verdaderamente su falta y esto determina su nulidad. Un acto cuya finalidad este desviada, es un acto que, desde el punto de vista ético jurídico, debe tenerse como carente de finalidad.

Moralidad: toda actuación administrativa debe tener siempre un sustrato moral, incluyendo las buenas costumbres y la buena fe. El acto vacuo de moral o contrario a ella, es nulo, afecta su ilegitimidad.

VICIOS EN LAS CLÁUSULAS ACCESORIAS. TÉRMINO, CONDICIÓN Y MODO

La doctrina distingue, en cuanto a los efectos de los vicios o defectos que adolezcan las cláusulas accesorias, según se trate de actos administrativos dictados en ejercicio de facultades regladas, de los dictados en ejercicio de facultades discrecionales.

En el primer caso, la invalidez de la cláusula o elemento accidental en nada afecta la validez del acto administrativo. Mientras que en el segundo caso, concretado a los actos

discrecionales, la invalidez de la cláusula accidental afectará o no la validez total del acto según que tal cláusula constituya o no la razón principal motivadora de la emisión del acto.

Efectos: La irregularidad que afecte a un acto administrativo tiene diversas consecuencias o efectos que dependen de la naturaleza de la irregularidad.

Actos nulos: tiene vigencia y obligatoriedad hasta tanto su nulidad sea objeto de declaración formal por autoridad competente. Mientras ello no ocurra, el acto tiene y produce efectos. Es insanable, debe ser dictado nuevamente. Con relación al tiempo, la nulidad actúa “ex tunc”, para el pasado. La acción para obtener la declaración de nulidad es imprescriptible. No puede ser declarada de oficio por los jueces. La Administración puede pedir la nulidad de sus propios actos ante el Poder Judicial. La nulidad de un acto solo procede por razones de ilegitimidad.

Actos anulables: tiene plena vigencia y obligatoriedad hasta tanto sea declarado así por autoridad competente. Puede ser objeto de saneamiento. Respecto del tiempo, la invalidez del acto anulable actúa para el futuro, “ex nunc”, a partir del acto de anulación. La extinción del acto anulable no puede ser dispuesta de oficio por los jueces. La acción judicial para pedir la anulación es prescriptible.

CAPÍTULO X: *El procedimiento administrativo: las partes*

Dra. Karina Prieto

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado.

El procedimiento administrativo, se muestra así, como un conjunto de formas reguladas, cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función administrativa, con el fin de preparar la emisión de actos que satisfacen directa e inmediatamente el bien común, en el marco del proceso administrativo.

Las normas que regulan el procedimiento administrativo tienen, pues, un carácter instrumental en relación con la gestión del bien común, causa final del Estado, y, en ese sentido, el interés público, como estándares de interpretación de la relación jurídico administrativa, gravita también en el ámbito estrictamente procedimental.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Así, la serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad de los organismos administrativos (no de los judiciales, como regla) no se denominará ya “proceso administrativo” sino “procedimiento administrativo”.

Toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo. La función administrativa es básicamente toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la activi-

dad que realizan los órganos Legislativo y Jurisdiccional, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales.

También podemos definir al procedimiento administrativo como la parte del Derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. Estudia por lo tanto la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública; una persona jurídica, por ejemplo una asociación de vecinos, usuarios, interesados o administrados) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa.

Estudia en particular la defensa de los interesados y como lógica consecuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de estos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos todos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.

PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los grandes principios formadores: debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad

Los grandes principios del procedimiento administrativo son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional. Garantizan tanto: a) la defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como b) la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate no solamente individual sino específicamente público, de normas generales y grandes proyectos que afectan a la colectividad y al medio ambiente, grandes contrataciones, licencias o concesiones, renegociaciones, etc.

A ellos se agrega el principio del informalismo a favor del administrado, tanto en su actuación individual como colectiva. El criterio del informalismo debe a su turno estar informado por el principio de contradicción de intereses contrapuestos y la indispensable imparcialidad que debe guiar el procedimiento. Estos últimos principios tienden no solo a proteger al particular contra la administración, sino también a la administración contra sus propios funcionarios; concurren aquí el interés público, los derechos de incidencia colectiva y el derecho individual del recurrente.

El principio de la legalidad objetiva

El principio de la legalidad objetiva es la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nivel constitucional y supraconstitucional.

Otros principios

Existen además otros principios importantes del procedimiento, de rango si se quiere menor, similares al proceso penal: destacan su carácter oficial e instructorio, donde priman la impulsión de oficio y la verdad material.

Aquí pueden también incluirse algunas características externas del procedimiento: ausencia de costas, carácter escrito, no obligatoriedad de contar con patrocinio letrado, gratuidad, etc. Procedimientos como el de audiencia pública tienen una dosis mixta de oralidad y escritoria.

El principio de debido proceso (garantía de la defensa)

El principio de la defensa en juicio, o debido proceso (razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, justicia natural, *fairness*, etc.), es un principio general del derecho, de carácter universal en los países que tienen Estado de derecho.

Es por lo tanto aplicable también, desde luego, en el procedimiento administrativo y con criterio amplio, no restrictivo. Así lo ha reconocido el Decreto-ley 19.549/72 en su art. 1 inc. *f*). Ese reconocimiento a nivel de Derecho subjetivo individual se torna Derecho colectivo con la introducción en el art. 43 de la Constitución de los derechos de incidencia colectiva.

El reconocimiento práctico en el procedimiento administrativo de la garantía del art. 18 de la Constitución surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema y ha sido ampliamente reconocido y aplicado uniformemente por la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir de un viejo dictamen: “En opinión del suscripto el párrafo 2 (...) se limita a consagrar para el caso particular al que esa norma se refiere, la aplicación del principio de que ‘nadie puede ser condenado sin ser oído’; debiendo entenderse en el sentido de que la Superintendencia, antes de dictar resolución alguna que afecte a las sociedades, debe hacerles conocer las conclusiones del sumario incoado, darles oportunidad para formular los pertinentes descargos y habiendo puntos de hecho controvertidos, abrir a prueba las actuaciones por el término indispensable. De este modo el orden de los procedimientos sería el siguiente: sumario, defensa, prueba, si hay hechos controvertidos, decisión y contra esa decisión, recurso de apelación o jerárquico ante el Ministerio de Hacienda”.

El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa

El principio cardinal del procedimiento administrativo, como de cualquier otro procedimiento a través del cual se haya de ejercer poder sobre un individuo, o grupo de individuos es el del debido proceso, o procedimiento leal y justo. Esto se aplica no solamente a la actuación de los órganos del Estado y a los que ejercen poder económico sino también en relaciones entre simples particulares.

Este principio es obvio en cualquier procedimiento ante un tribunal de justicia; debiera ser igualmente evidente en un procedimiento administrativo, pero de hecho no siempre lo es en realidad. Cualquier estudiante de derecho o de administración, estará de acuerdo en que el derecho al ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es tanto una regla de buena administración como de buena decisión judicial. “No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera. Podemos concebir –porque a veces lo hacemos– que las decisiones administrativas sean tomadas de otra manera. Sin embargo esto debiera ser imposible”.

El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia. Es también un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras. Y por qué no, un principio y un deber ético.

Además, asegura un mejor conocimiento de los hechos y ayuda a una mejor administración y a una más justa decisión.

El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo –también, por qué no decirlo, en el Judicial, donde hay jueces y salas que rechazan acciones *in limine litis*–, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no solo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios de oportunidad, conveniencia, interés público, etc. Si en el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe una decisión tomada sin oír a los interesados, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito y conformidad al interés público.

Elementos de la garantía de la defensa

La jurisprudencia y doctrina argentina y comparada han apuntado que este trámite es sustancial e inexcusable, que debe practicarse de oficio aunque el interesado no lo solicite o alegue. No ha de transformarse en una “mera ritualidad”, “rutinaria y externa”, o en “una apariencia formal de defensa”, ni en “la mera formalidad de la

citación de los litigantes”, sino que consiste “en la posibilidad de su efectiva participación útil” en el procedimiento.

Dicha garantía comprende varios aspectos, consagrados en el Decreto-ley 19.549/72, art. 1, inc. *f*) y art. 7, incs. *b*), *d*) y *e*). Dice la norma citada en primer lugar:

“f. derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: 1) de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente (...). 2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, (...) debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos (...) todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el periodo probatorio”.

A ello se agrega el apartado 3, con el derecho a una decisión fundada. Lo reafirma el inc. *i*) del art. 3 del decreto 229/00: “Derecho a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias”.

Derecho a ser oído y a una decisión fundada

Lo que a su vez presupone:

- Publicidad del procedimiento, en un primer aspecto manifestada en el leal conocimiento *de las* actuaciones administrativas, lo que se concreta en la llamada “vista” y fotocopia completa de las actuaciones en el caso individual.
- Oportunidad de expresar las razones del interesado antes de la emisión del acto administrativo y, desde luego, también después.
- Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso. Esa expresa consideración de sus argumentos se refiere al acto decisorio, el cual debe además cumplir otros requisitos, el conjunto de los cuales se resumen en el derecho a obtener una decisión fundada.
- Obligación de decidir expresamente las peticiones (inclusive denuncias).

Esto es una obligación básica de la administración, de la cual no se desliga ni siquiera por el transcurso de los plazos de denegación tácita. Estos plazos son optativos para el interesado, quien puede elegir, si lo quiere, hacer un amparo por mora de la administración y obtener una decisión expresa.

- Obligación de fundar las decisiones. La administración debe necesariamente analizar los puntos propuestos por las partes. Es el requisito de la adecuada motivación.

- Derecho a hacerse patrocinar por letrado, con su asistencia e intervención y necesario acceso al expediente en todo momento.
- Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo.
- Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida aunque deba producirla ella.
- Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.
- Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial, como otra manifestación del principio de la publicidad.

Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado

Uno de los rasgos distintivos del procedimiento administrativo es su carencia de formas estrictas, o sea, su informalismo.

En el Derecho argentino, por impulso de la Procuración del Tesoro de la Nación, se han fijado a través de los años las características esenciales de dicho informalismo.

El procedimiento es informal solo para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos, en especial los de menor condición económica.

Son ellos quienes pueden invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas les benefician. Ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las normas, ni para eludir el debido proceso; o sus deberes de control de los servicios que ha concedido o licenciado en monopolio.

En efecto, la práctica administrativa demuestra que los recurrentes y reclamantes en vía administrativa en aquellas calidades son en una gran proporción gente de modestos recursos y escasos conocimientos jurídicos –y ciertamente sin poder político– que actúan sin patrocinio letrado y sin posibilidad alguna de dominar los vericuetos del procedimiento, perdiendo frecuentemente los términos para recurrir y efectuando presentaciones que no reúnen sino raramente los caracteres de un escrito judicial. Es para ellos que está destinado principalmente el informalismo, una suerte de discriminación positiva. Establecer un procedimiento formal, a semejanza del judicial, implicaría hacer perder a esa gran mayoría de administrados y usuarios toda posibilidad seria de recurrir administrativamente, por cuanto pocas veces podrían presentar sus reclamaciones en un todo de acuerdo con las siempre cambiantes prescripciones positivas.

Formalizar el procedimiento ante la administración significa desproveer de medios de protección administrativa eficiente a la mayoría de los particulares, sean usuarios o administrados. Las normas del procedimiento y su aplicación e interpretación deben mantener siempre el principio del informalismo en favor del administrado. Así lo hace

el decreto-ley 19.549/72, que consagra en su art. 1, inc. *c*), la “excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente” y en el art. 5 de su reglamentación, inc. *d*), que el funcionario debe “señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca, ordenando que se subsanen de oficio o por el interesado dentro del plazo razonable que fije, disponiendo de la misma manera las diligencias que fueren necesarias para evitar nulidades”. Incluso, el Decreto 229/00 establece adicionalmente la obligación administrativa de ayudar a los presentantes en sus trámites y requisitos (art. 2 inc. *b*), lo cual sería totalmente autocontradictorio con una aplicación rigurosa e inflexible de los recaudos sobre los cuales debió informarle (inc. *a*) y asesorarlo (inc. *b*).

Si, por ejemplo, se quiere impugnar una decisión administrativa con la denominación de revocatoria o bien de reconsideración, pero se desprendiera la intención del recurrente de seguir la vía jerárquica, debe admitirse y tramitarse como recurso jerárquico cuando sustancialmente reúna las condiciones que para el mismo son exigidas reglamentariamente, aún cuando el escrito interpuesto no lo defina en forma correcta.

O sea que los escritos se deben interpretar “no de acuerdo a la letra sino a la intención del recurrente” y sus deficiencias formales pueden ser suplidas ulteriormente.

De todo ello se desprende la mecánica del informalismo. Es informalismo únicamente en favor del administrado y los usuarios, para facilitarles la defensa de sus derechos tanto frente a la administración como a los concesionarios o licenciarios de servicios. Nada tiene que ver este informalismo con la discrecionalidad de la administración. No se pueden fundar en él soluciones en contra de los intereses de los recurrentes, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general.

Principio de contradicción

A veces hay intereses contrapuestos de distintos administrados: concursos, licitaciones públicas o privadas, solicitudes de autorizaciones, permisos, franquicias, exenciones, grandes proyectos de inversión, reglamentaciones, tarifas de servicios públicos, audiencias públicas, etc. En tales casos el procedimiento adquiere un pleno carácter contradictorio y la administración está obligada a asegurar la participación igualitaria de los interesados, so pena de ilegitimidad de su decisión, por afectar la imparcialidad que ella debe guardar en el trámite.

Cuando se tiene que otorgar una autorización, permiso, exención, radicación industrial, etc., puede ocurrir que el funcionario que debe decidir acerca de la solicitud pertinente, no es proclive a favorecer su impugnación por los “contrainteresados” e incluso llega a tratar de impedir la eficaz tramitación de tales impugnaciones,

pensando que así resolverá más fácilmente a su arbitrio. En tales casos se da la contradicción en el propio interés público, pues la administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad. Si, en cambio, se resuelve el expediente solo en vista a las argumentaciones y documentaciones del propio solicitante, la decisión administrativa tiene un margen mayor de error y de inoportunidad. Será ilegítima, en todo caso, la determinación tomada en tales condiciones de parcialidad, más allá de que exista o no desviación de poder. Lo mismo ocurre si un particular impugna un acto que beneficia a otro; este debe participar en el trámite. Si no se lo ha citado y se decide sin haberlo oído, él puede impugnar el acto por indefensión.

La citación de los contrainterésados es fundamental para posibilitar su participación útil.

Es que, en verdad, sería cerrar los ojos a la realidad pretender que en el procedimiento administrativo hay una sola parte cuyos derechos serán discernidos, sin conflicto ni contienda alguna, por un órgano desinteresado del asunto. Por el contrario, los recursos, reclamos y denuncias administrativas suponen casi necesariamente un conflicto de intereses entre el recurrente, el contrainterésado por un lado y el órgano autor del acto por el otro. Esto desemboca muy concretamente en una impugnación que no es otra cosa que nueva contienda, en la cual la administración pasa a tomar el carácter de parte cuando se llega a la instancia judicial. De allí la indispensable discusión plena del asunto, con ataque y prueba, a través de un procedimiento imparcial, público, etc. Lo mismo cabe decir de los procedimientos en que la administración contempla la imposición de sanciones al individuo.

Principio de imparcialidad

No se concibe jurídicamente a un funcionario o magistrado judicial actuando de manera parcial, con conflicto de intereses contrarios al decoro público.

La imparcialidad es un principio cardinal del procedimiento; en este sentido, la parcialidad y el prejuicio demostrado por el funcionario interviniente son causales de recusación.

También la CSJN tiene sostenido que es requisito integrante de la garantía de la defensa que el caso sea considerado “por funcionarios imparciales”.

La imparcialidad en la práctica

Ahora bien, es obvio que el funcionario administrativo a veces se encuentra constreñido por la necesidad de adecuarse a criterios demasiado imperativos de los

funcionarios de jerarquía política; como también que “los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado”.

Resulta de ello que el grado real de imparcialidad tanto de un funcionario administrativo como judicial no puede postularse en términos genéricos. Ambos están sujetos al mismo deber, pero el cumplimiento efectivo que le den depende del funcionario o magistrado de que concretamente se trate. Los hay que son imparciales e independientes en el seno de la administración, como es generalmente el caso del Procurador del Tesoro de la Nación y los hay en el seno de la justicia que no tienen empacho en decir que suelen fallar a favor del Estado o del gobierno.

Deber de excusación

“El agente tiene la obligación de excusarse en los supuestos en que la recusación es procedente; también en los supuestos en que su actuación pueda ocasionar interpretaciones de parcialidad o cuando concurra violencia moral. Y puede asimismo excusarse alegando motivos graves de decoro o delicadeza. Si el funcionario no cumple con su deber de excusarse incurre en una falta administrativa que origina su responsabilidad disciplinaria y civil; sin perjuicio de que su actuación puede también invalidar el acto”. Dado que se trataría de una falta personal y no del servicio, no existe en la especie responsabilidad patrimonial del Estado.

Principio de la legalidad objetiva

Una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento administrativo mismo, es que son objetivos. Ello significa que ha de interpretarse que tienden no solamente a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la “defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo”. Por ello es que hay también interés público en que se proceda a su sustanciación y por ende en la amplia e integral tramitación y decisión de los recursos y reclamaciones administrativas de los particulares y usuarios. Ese interés público hace también nacer judicialmente un derecho a la vigencia del principio de legalidad en la administración. En virtud de este principio, se explica que el procedimiento tenga carácter instructorio y que la autoridad pueda proceder de oficio, que prive en él el principio de la verdad material, por oposición a la verdad formal, que exista amplitud para considerar bien interpuestos los recursos y reclamaciones, facilitando así en lo posible el control de los superiores jerárquicos sobre la buena

marcha y legalidad de la administración pública y sus servicios dependientes en forma monopólica.

De allí se desprende, también, que el desistimiento del recurrente no exima a la administración de la obligación de determinar si existe o no la ilegitimidad aducida y resolver el recurso y que incluso el fallecimiento del recurrente no varíe tal conclusión.

De ese mismo principio general surge la necesidad de conferir una amplia oportunidad de defensa al administrado y usuarios.

Esto es un requisito constitucional exigido en los sistemas liberales en atención a la persona humana misma, es decir, al individuo; pero incluso prescindiendo de esa consideración, en cualquier régimen estatal –liberal, autoritario o despótico– se hace técnicamente necesario conferir la máxima oportunidad de defensa para asegurar la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la “legalidad objetiva”.

En efecto, sea el régimen jurídico general respetuoso de los Derechos individuales o tiránico, el mismo solo será aplicado correctamente si es posible reclamar adecuadamente en vía administrativa contra cualquier desvío o exceso en su ejecución diaria.

“Finalmente, lo que tal vez sea más importante, la maquinaria para tramitar esas quejas no solo lleva a fiscalizar la administración sino también a suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir, que nace del antojo personal de cada funcionario. La fiscalización tiene por objeto promover y lograr la regularidad en la administración. Esta regularidad puede suponer tan solo una mayor precisión en la ejecución de los deseos del ‘amo’ y dista mucho de la noción de Estado de Derecho. Con todo, esta regularidad representa cierto progreso con respecto a la arbitrariedad enteramente difusa y generalizada y constituye un requisito para el logro futuro del régimen de Derecho: acaso no se peque de indebido optimismo al pensar que la existencia de un procedimiento regular es al fin de cuentas más propicio que el simple caos para que la justicia vea la luz”.

Principio de la oficialidad

El principio de la “oficialidad”, derivado del principio de la legalidad objetiva, tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento, que consagra el art. 1, inc. a) del Decreto-ley 19.549/72; “Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones”.

En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de este corresponde prácticamente en todos los casos a la administración. Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe

satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo y el propio interés administrativo. De allí que la inacción del administrado no puede determinar normalmente la paralización del procedimiento.

Por ello nos parece desaconsejable la creación legislativa de una caducidad o perención de instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, usualmente, su continuación no depende de la voluntad de este. Y, por supuesto, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresadas, la institución procesal de la perención de instancia; si la ley expresamente no lo determina, ella es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, criterio a nuestro juicio incompatible con el de la perención o caducidad de instancia.

Excepciones al principio de la impulsión de oficio

El principio de la impulsión de oficio, desde luego, no significa que toda impulsión procesal debe proceder de la administración. En todos aquellos casos en que la iniciación del procedimiento depende del particular (reclamaciones, recursos), es evidente que el impulso inicial lo provee el particular, aunque luego de este acto retoma su aplicación el principio general y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio. Por ello no consideramos que en el procedimiento administrativo “no puede afirmarse que domine el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el interesado”; a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es predominante y solo por excepción puede corresponder la impulsión al particular.

El Decreto-ley 19.549/72, art. 1, inc. e), apartado. 9, prevé la caducidad cuando la paralización se debiere a una “causa imputable al administrado” (lo que como ya vimos es excepcional), previa intimación por de treinta días para que active el expediente. De todos modos, la norma establece que “operada la caducidad, el interesado podrá (...) ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas”, de modo que la única consecuencia desfavorable para el interesado es el archivo de las actuaciones, va a poder reiniciar la cuestión posteriormente.

En el Derecho anglonorteamericano se otorga mayor injerencia a la impulsión de las partes; ello es congruente con el restringido concepto del derecho anglosajón respecto a la impulsión de oficio.

Comparación con el proceso civil

El impulso del procedimiento corresponde fundamentalmente a la administración (sistema inquisitivo o de oficio), a diferencia entonces del proceso judicial común (impulsión de las partes), en que “ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso”. En el procedimiento administrativo, pues, una denuncia o un recurso presentado por un particular contra un acto que reputa ilegítimo, inicia el procedimiento, pero no queda librado al particular detener o extinguir la actividad administrativa en ese procedimiento por el solo hecho de que desista de su recurso o denuncia. La administración tiene normalmente, no obstante ese desistimiento, la obligación de averiguar la verdad de la denuncia o recurso. Este principio lo consagra el reglamento del Decreto-ley 19.549/72 en su art. 4, en estos términos: “Todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie solo el interés privado del administrado, a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general”.

La última parte es tan confusa que pierde significación. Toda actuación en que un individuo es parte, afecta su “interés privado”, pues de otro modo no sería parte *legitimada*. A su vez, en toda actuación administrativa, en la medida en que se compromete el principio de la legalidad objetiva, está siempre en juego “de algún modo” el interés general.

Con mucha mayor razón es ello así cuando se defienden derechos de incidencia colectiva como es el usuario de un servicio público, el vecino, jubilado, afectado, discriminado, la tutela del medio ambiente, etc.

Principio de la instrucción

Al lado del principio de la impulsión de oficio, cabe mencionar el principio de la instrucción, en el sentido de que la obtención de las pruebas o certificación o averiguación de los hechos no corresponde exclusivamente a la parte, sino que también debe ser efectuada de oficio, es decir, la administración debe cooperar y es por ello responsable, en la reunión de los elementos de juicio necesarios para decidir.

Así lo establece también el reglamento del Decreto-ley 19.549/72, que en su art. 46 dice: “La administración de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión (...)”

Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios”. Esta norma reglamentaria complementa así el principio general contenido en el art. 1, inc. a) del Decreto-ley, el cual establece que el procedimiento se ajustará al requisito de la “impulsión e instrucción de oficio”.

Principio de la verdad material

En íntima unión con el principio de la instrucción cabe mencionar el principio de la verdad material por oposición al principio de la verdad formal. Mientras que en el proceso civil el juez en la práctica se constriñe a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material y debe ajustarse a los hechos. Debe prescindir incluso de que ellos hayan sido alegados y probados por el interesado, por ejemplo, hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias, que estén en otros expedientes, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos, etc. Su introducción, claro está, debe hacerse documentalmente al expediente, dando traslado al particular a los efectos de que pueda ejercer el necesario control sobre esa prueba. Si la administración no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado. En efecto, la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes. Un acuerdo de partes sobre los hechos en el proceso civil es obligatorio para el juez pero no resulta obligatorio para el administrador, que debe comprobarlos. A la inversa, tampoco puede la decisión administrativa depender de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso: aquella debe ajustarse al principio de la verdad material.

Otros principios

Carácter escrito y oral del procedimiento

El procedimiento administrativo es escrito en la generalidad de los países, aunque hay alguna tendencia a la oralidad en el procedimiento norteamericano, pero ello se debe a la preferencia general de dicho país por el procedimiento oral, sea él judicial o administrativo. En el Derecho argentino, el procedimiento administrativo es por regla general escrito, aunque excepcionalmente se encuentra la oralidad: así ocurrió durante algún tiempo en el procedimiento administrativo impositivo; esa es la regla en materia de audiencia pública, salvo la preaudiencia en que se reciben escritos de las partes. La conveniencia del procedimiento escrito reside *prima facie* en que hace más difícil ejercer indebidas presiones morales sobre los administrados, obliga a mejor fundar y decidir las peticiones y permite una mejor apreciación de

los hechos por parte de las instancias superiores, cuando se revisa la legitimidad del acto del inferior de que se trata, pues queda constancia expresa de lo actuado. Tiene en su contra en primer lugar que al no existir oralidad tampoco existe publicidad, ni posibilidad de audiencia pública, ni presencia siquiera de testigos: falta entonces el control social indispensable para que la democracia funcione. Tiene en su contra por ende que también favorece la tradicional tendencia administrativa a la reserva y a los entendimientos, es decir la corrupción; también favorece la lentitud del trámite. Por ello no puede mantenerse la escritoria plena que existe en la actualidad y debiera procurar introducirse tanto como se pueda la oralidad, por ejemplo exigiendo que el debate que precede a la decisión sea en audiencia pública.

La oralidad como regla

Son muchos los trámites que pueden efectuarse y de hecho se efectúan verbalmente.

La ley de Santiago del Estero dispone que “podrán hacerse o gestionarse verbalmente, mediante simple anotación en el expediente, bajo la firma del solicitante, la reiteración de oficio, desglose de poder o documento, entrega de edictos, corrección de un error material, pedido de diligencia e informe no proveído y otros análogos”. Lo mismo es de aplicación a los pedidos de producción de pruebas ya ofrecidas y en general notas, diligencias o informes no proveídos, al contralor de la producción de la prueba a efecto de hacer el interesado las observaciones que crea pertinentes, de las que se dejará constancia actuada, etc. La reglamentación nacional admite los desgloses en forma verbal, las vistas, etc. En la práctica las administraciones y la justicia misma prefieren la presentación de escritos, con su consiguiente dilación y demás perjuicios, pero ese perjuicio no debiera impedirles negar que la oralidad debe aparecer al menos como un importante complemento; sobre todo debe tenderse a través de ella a evitarle al particular la presentación de escritos innecesarios, resolviendo directamente ante sus solicitudes o reclamos verbales cuando no aparece como indispensable la constancia escrita.

Mediación o inmediación

En relativa relación con el principio de la oralidad o no del procedimiento, cabe considerar el de la inmediación. Cuando el procedimiento es oral, funciona naturalmente el principio de inmediación; o sea que la misma autoridad que debe decidir sea la que dirija el procedimiento y reciba o controle directamente la producción de las pruebas, declaración de los testigos, etc. En cambio, siendo el procedimiento escrito, el principio de la inmediación pierde vigencia en el ámbito administrativo y

judicial, al extremo de que los proyectos de decisión o sentencia son siempre hechos por personas de rango inferior a quien debe suscribirlos.

Ausencia de costas

En la práctica, en comparación con el proceso judicial, asume gran importancia la ausencia de costas en el procedimiento administrativo, que en muchos casos se identifica casi totalmente con un principio de gratuidad. En este aspecto se ha producido una evolución que va desde *a)* una originaria negación de la procedencia de la condena en costas a la administración que resuelve favorablemente el recurso, con la imposición al recurrente triunfante del pago del sellado de actuación, *b)* siguiendo con la supresión del sellado de actuación. Cabe preguntarse si podrá llegar la etapa final *c)* en que la administración pague al interesado los gastos en que haya incurrido, pero sin imponerle costas en caso de perder el recurso: esta sería la gratuidad integral.

Improcedencia de la condena en costas

Es clásico del procedimiento administrativo que no haya en él condena en costas, cualquiera sea el resultado del recurso. En consecuencia, si el recurrente pierde el recurso, solo abona los gastos de sellado, en caso que los haya.

Si triunfa en el recurso y se le reconoce que el acto impugnado era ilegítimo, la solución no varía. Se ha establecido en tal sentido que “respecto a la solicitud de reconocimiento de honorarios, intereses y sellados, estimo que siendo el recurso jerárquico un recurso administrativo (...) pero no contencioso (...) no puede hablarse en él de parte vencida. La reclamación del reconocimiento de los honorarios profesionales por el asesoramiento jurídico, como igualmente el de los intereses y sellados, importa una pretensión de aplicar costas a la Administración, lo que no cuadra ni cabe en el procedimiento administrativo”.

Celeridad, economía, sencillez y eficacia

Por último, es de indicar que otros principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal son, en el Decreto-ley 19.549/72, el de la rapidez, simplicidad y economía procedimentales. La eficiencia en el manejo de los fondos públicos viene también exigida por el Decreto 229/00, art. 4, inc. g) y art. 5, inc. a). Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente. Es fundamental destacar que estos principios son secundarios respecto del principio de la garantía del debido proceso y del principio del informalismo en favor del adminis-

trado y que deben ser interpretados en forma congruente con ellos: no podría, pues, disponerse una aceleración, simplificación o economía procesal que implique hacer riguroso el procedimiento, o perjudicar al administrado en su defensa. Lo mismo puede afirmarse respecto a los principios de publicidad y transparencia de la convención interamericana contra la corrupción. Solo cuando se ha satisfecho plenamente la defensa del interesado y la exigencia de conocimiento público cabe por fin a la autoridad resolver rápida y simplemente; pero si los hechos no han sido debidamente aclarados, o no ha habido suficiente oportunidad de defensa, entonces estos principios de “celeridad” y “eficiencia” no son todavía de aplicación, pues debe procederse a producir cuidadosamente la prueba necesaria, etc. Al particular, innecesario es decirlo, le conviene tener en todo momento su propia diligencia e iniciativa probatoria.

Transparencia, objetividad, justicia

Estos requisitos son exigidos por el art. 4 inc. b) del Decreto 229/00 (“objetividad, justicia e imparcialidad” y por el inc. g); además lo exige el art. 4 inc. a) del mismo cuerpo. Por supuesto vienen impuestos por la CICC y la Ley 25.188 de ética pública.

LAS PARTES

Todos los sujetos de derecho con capacidad civil pueden ser partes en el procedimiento administrativo, sean personas físicas o jurídicas: sociedades comerciales, asociaciones, cooperativas, federaciones, fundaciones, corporaciones, etc.

En cualquier caso, la capacidad administrativa es no ya solamente igual sino mayor que la capacidad civil, lo que se aprecia en diversas hipótesis referidas a los menores de edad y otros casos que veremos.

Incluso la capacidad para actuar en el procedimiento administrativo puede también nacer del derecho público, en el caso de las personas jurídicas públicas estatales o públicas no estatales.

En el caso de las personas físicas, a todo evento, no interesa su género, nacionalidad ni domicilio, aunque en este último caso puede requerirse la constitución de un domicilio legal al efecto del procedimiento.

La regla general es amplia y reconoce aptitud para ser parte a toda persona física o jurídica. En el caso de las asociaciones y de categorías amplias de personas (usuario actual o potencial; afectado actual o potencial; vecino, jubilado, potencial oferente, ciudadano, etc.) la cuestión se vincula también a la legitimación.

Nos referiremos a continuación a algunos casos especiales de aptitud para ser parte en el procedimiento.

El caso del menor adulto

Antiguamente las normas autorizaban a los menores adultos solo con limitaciones el carácter de parte en el procedimiento administrativo. Hoy el principio es categórico: “Los menores adultos tendrán plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos”. No se exige en ningún caso, pues, la autorización paterna o en su defecto la dispensa administrativa que antiguamente se requería. Por supuesto, ello no altera el derecho de fondo y si el menor no está emancipado no puede, por ejemplo, salir del país sin autorización de sus padres: ello es cuestión civil, no administrativa. Sin embargo, no todas las legislaciones provinciales, aun las posteriores a dicha norma nacional, contienen igual amplio mecanismo de reconocimiento de capacidad al menor adulto para actuar como parte en el procedimiento administrativo; ello obliga a distinguir algunos supuestos:

Menor adulto funcionario público

En el caso de un menor adulto que se desempeñe en una función pública, parece lógico reconocerle –para toda cuestión referente a su ejercicio– el derecho de intervenir por sí, sin autorización paterna, en todo el procedimiento respectivo. Cualquier situación referida a sus derechos y deberes como funcionario público, sean que se planteen en la propia dependencia donde revista o en otra, se rige por la misma regla. Dicha solución se halla reforzada por el art. 283 del Código Civil (modif. Ley 26.579): “Se presume que los menores adultos, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria, sin perjuicio a lo dispuesto en el artículo 131. Las obligaciones que de estos actos nacieren recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo, o solo el usufructo, no tuvieren los padres”. Si bien la Ley 23.264 suprimió la referencia al empleo público, no parece que pueda interpretársela restrictivamente: es una solución aplicable al empleo público. Por ello, el peticionar a sus superiores o cuestionar las disposiciones administrativas generales o particulares que lo afecten cae en el ámbito de la norma. El menor adulto puede actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna ni de explicación de por qué no la tiene, ya que ella se presume en virtud del art. 283 del Código Civil.

Igual solución estimamos aplicable, por extensión, a los menores adultos que están sometidos a cargas públicas personales, tales como el servicio militar obligatorio cuando existía. Si bien la distinción entre “función pública” y “carga pública” se suele establecer en el sentido de que en el primer caso el individuo ingresa volunta-

riamente a los cuadros de la administración y en el segundo su vínculo es obligatorio o legal, de todos modos en ambas hipótesis se trata de un órgano del Estado, con una doble situación jurídica: en cuanto órgano y en cuanto persona. Trátese de una persona ingresada a la administración por su voluntad o por disposición de la ley, la situación nos parece sustancialmente igual en cuanto a la necesaria capacidad de esa persona para todos los actos referentes a su empleo o función, tanto en lo que se refiere al procedimiento administrativo como al derecho sustantivo.

Menor adulto que ejerce “profesión o industria”

Por lo demás, en otra hipótesis contemplada por el art. 283 del Código Civil, la solución debería en principio ser la misma. En efecto, si se presume que el menor adulto que tiene una profesión o industria (por ejemplo un taller) está autorizado “para todos los actos y contratos”, concernientes a esta, resulta lógico considerar que si un acto administrativo lo afecta en esa profesión o industria (por ejemplo, una orden de clausura del taller, o una multa por malas instalaciones) y el menor desea impugnarlo en sede administrativa, ese acto de impugnación estará comprendido dentro de “todos los actos” concernientes al ejercicio de su industria y por lo tanto él estará autorizado a efectuarlo sin necesidad de especial y expresa autorización paterna. En los tiempos sociales que nos toca crecientemente atravesar, cabe preguntarse si un menor que ejerce una actividad callejera destinada a su sustento, sea o no industria o profesión en sentido estricto, puede también considerarse con capacidad administrativa para cuestionar todo lo que la administración pueda resolver a su respecto, por ejemplo, ante la justicia contravencional si la administración cuestiona su falta de título habilitante o autorización administrativa. Creemos que la solución afirmativa se impone, máxime que ya existen pronunciamientos señalando que para ejercer actividades de subsistencia, en tanto no estén expresamente prohibidas por la ley local, no se requiere autorización administrativa.

Menor adulto con título profesional habilitante

De acuerdo con la reforma al art. 128 del Código Civil (según la Ley 26.579), “El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello”. Esta norma consagra, para el menor profesional, capacidad legal para el ejercicio de su profesión, separándolo así del menor industrial, al cual el art. 283 le presume autorización paterna, pero no le confiere legalmente capacidad propia. La capacidad legal del menor puede emerger tanto de un título profesional

estatal como no estatal. En consecuencia, los menores con título profesional habilitante, con las distinciones efectuadas, tienen plena capacidad para el ejercicio de su profesión y pueden por tanto actuar ante la administración a esos efectos sin necesidad de autorización paterna o ministerial. La expresión “título habilitante para el ejercicio de una profesión” tiene una clara connotación en el sentido de título obtenido después de cursos o estudios superiores de cierto nivel terciario; esto significa a nuestro juicio que debe tratarse de una carrera como mínimo de cuatro años, por el momento.

En las demás profesiones para carreras de menor duración, por ello, resultaría nuevamente de aplicación el art. 283, que solamente los presume autorizados para el ejercicio de su profesión o industria y admite por ende prueba en contrario. En el caso de los profesionales *stricto sensu*, la habilitación es legal.

Menor adulto que ingresa a la función pública

Los menores adultos de más de catorce años tienen capacidad civil para “celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante” lo que sin duda comprende el ingreso a la función pública, pasantías, etc.

En consecuencia, el individuo de más de catorce años que se presenta a un concurso para ingresar a la función pública está ejerciendo el acto de oferta de contrato de trabajo, encontrándose plenamente capacitado para ello. Se sigue de allí que también tiene capacidad civil para impugnar todos los actos que sean parte del referido concurso. Pero como mínimo y por extensión del art. 283 del Código Civil, si se ha presentado al concurso sin dicha autorización y sin serle ella recabada previamente, podría tenerse por presuntamente autorizado para seguir interviniendo en el trámite administrativo como parte, sin perjuicio de que la perfección del vínculo requiriera dicha autorización.

Destacamos, no obstante, que la incapacidad de los menores está limitada al derecho privado y no se extiende al Derecho público. Por lo tanto, no es terminante la solución de entender que el menor de menos de dieciocho años requiere autorización de sus padres para celebrar el contrato de empleo público, salvo norma expresa en sentido contrario en los regímenes de ingreso a la función pública.

Menor emancipado por matrimonio

Según el art. 131 del Código Civil, los menores de ambos sexos adquieren la emancipación en caso de matrimonio, sin necesidad de formalidad adicional alguna y cualquiera fuese la edad en que se hubieren casado. Esta emancipación es irrevocable. Y, salvo algunas limitaciones especiales, confiere capacidad plena al menor. Lo habilita enteramente para actuar en el procedimiento administrativo, sin necesidad de autori-

zación de ninguna especie. Si bien es requisito de la emancipación válida que ella se haya producido con la necesaria autorización, con la modificación establecida por la Ley 26579 la invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. O sea, incluso en caso de nulidad del matrimonio, los actos del emancipado mantienen su validez. Por lo demás, en el caso del matrimonio aparente, subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe.

Menor adulto como usuario o administrado

Todo menor adulto que se encuentra como usuario de un servicio público tendrá también, en consecuencia, capacidad administrativa para discutir y defender sus derechos frente al concesionario o licenciatario frente a la administración prestadora del servicio. Incluso hoy la Ley 26.062 establece en su art. 19 que los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad, comprendiendo tal derecho el de “expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos”. Ello ya así para el menor impúber, como se explica más abajo, por lo que con mayor razón aun cabe reconocer su capacidad en tales situaciones siendo menor adulto.

Conclusiones

Aun en ausencia de normas, los menores adultos pueden actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna. Dado que “la incapacidad de los menores es limitada al Derecho privado y no se extiende al Derecho público”, no existe fundamento legal para crear incapacidades en el procedimiento administrativo y el criterio de interpretación de la capacidad debe entonces ser amplio. Todo menor adulto debe ser considerado con capacidad para intervenir en el procedimiento administrativo. El Derecho público a la ciudadanía, en efecto, que permite al individuo interesarse y decidir en los asuntos públicos, comprende a nuestro juicio necesariamente el derecho y la capacidad para intervenir en los asuntos y procedimientos administrativos, que no son sino parte de aquellos.

Lo mismo cabe decir del derecho a la participación política que les corresponde a todos los habitantes, sean o no ciudadanos. Es también aplicable analógicamente la regla de los dieciocho años, por la mayor capacidad civil que actualmente confiere el Código de la materia y lo dicho en la nota al art. 128.

En los ordenamientos particulares para un grupo de individuos entre los cuales hay o puede haber menores, tales como los establecimientos educativos medios y superiores, debe admitirse la capacidad administrativa de tales menores, a todos los

efectos propios del régimen de que se trata (especialmente en cuanto a la interposición de recursos contra los actos que puedan afectar sus derechos o intereses).

La misma regla se aplica en lo que algunos autores denominan regímenes “de sujeción especial”, como los internados en Institutos de Menores. Solo en los casos restantes, cuando no hay un ordenamiento especial del cual puede resultar una capacidad *ad hoc* y tratándose no ya de un menor adulto sino de un menor impúber, reaparece la excepción de la incapacidad administrativa salvo autorización paterna o dispensa administrativa.

En suma:

a) tomando las reglas civiles de la capacidad (no de la incapacidad), resulta la plena capacidad administrativa de los menores en los supuestos ya enumerados.

b) Cuando el menor adulto no tiene capacidad de acuerdo con la legislación civil, a nuestro entender corresponde, por analogía, aplicar las disposiciones sobre la capacidad para votar y debe reconocérsele de pleno derecho capacidad administrativa en todos los casos, inclusive sin norma expresa que lo disponga en el derecho procedimental local. Lo mismo para tener otro tipo de participación política como habitantes (delegados estudiantiles a los Consejos Universitarios o cualquier otro órgano colegiado de la Universidad o Facultad a que pertenecen, etc.).

c) Existiendo regímenes especiales de derechos y deberes para personas entre las que se encuentran menores, cabe reconocerles una capacidad *ad hoc*, igualmente sin autorización paterna o administrativa.

Menor impúber

Existe en el mundo una tendencia a aumentar la capacidad jurídica de los menores y reducir la edad para adquirir una u otra capacidad civil, tendencia a la que nos estamos aproximando. En el Derecho alemán, en el caso de los niños de siete años cumplidos, no se habla de incapacidad civil, sino de capacidad limitada.

Los niños impúberes de más de siete años tienen capacidad para actuar en el plano del Derecho privado y del Derecho público, dentro de determinados límites. Así es como se construyen, para el menor impúber, supuestos similares a los ya analizados para el menor adulto en ordenamientos más tradicionales, por ejemplo, el menor impúber está autorizado expresa o tácitamente por sus padres y el ordenamiento jurídico para actuar en determinadas circunstancias: utilización y contratación de servicios públicos en carácter de usuario (transporte público y privado, teléfonos, correo, ahorro, etc.), regímenes integrales tales como escolaridad, algunos supuestos de relaciones de trabajo cuando ellas pueden ser admisibles, etc. En estos casos ya va siendo regla la admisión de capacidad administrativa para los supuestos derivados

de la relación jurídica para la cual se le reconoce, limitadamente, capacidad jurídica civil. Por lo demás, el juicio de valor que emerge de la Convención Interamericana de Derechos del Niño es proclive a ese reconocimiento, y el art. 2 de la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes establece que dicha convención es “de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”.

Creemos que cabe admitir, en el menor impúber, la capacidad (que obviamente tienen y practican habitualmente) de solicitar el uso de los servicios indicados, u otras prestaciones normales de la administración, o gozar y utilizar los bienes del dominio público. Como ya señalamos, en los tiempos que corren cabe también reconocerles aptitud para realizar labores en la vía pública que hagan a su subsistencia, aunque no se nos escapa que es una materia altamente opinable, en la que además existen normas legales locales e iniciativas tendientes a limitar aún más ciertas actividades en la vía pública, sean por parte de menores o mayores de edad.

En supuestos que excedan la normalidad de la relación administrativa puede ser admisible que mediando autorización paterna, o en su defecto dispensa administrativa cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, el menor pueda actuar con el señalado alcance en el procedimiento administrativo.

El inmigrante irregular

La Ley 25.871 de migraciones establece una plena capacidad, limitada solo por el objeto, a los inmigrantes irregulares, o sea aquellos que no han satisfecho las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia. Ellos tienen plena capacidad en todos aquellos procedimientos administrativos y judiciales relativos a su situación migratoria, pero también para el “acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria”. Igualmente son capaces para su admisión como alumnos, y por ende los demás derechos inherentes a la calidad de tales, en cualquier establecimiento educativo, “público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario” (lo cual incluye entonces doctorado, especialización, postdoctorado, etc.). Ello implica que, a diferencia de otros países en los que ciertos derechos del ordenamiento interno se adquieren recién satisfechos los requisitos migratorios, en el nuestro quien no cumplió la admisión regular o excedió el plazo y condición de permanencia (típicamente, el que ingresa con visa de turista por tiempo determinado y no egresa del país ni pide prórroga o permanencia al cumplirse el término otorgado) tiene, no obstante, el ejercicio de los derechos enunciados pre-

cedentemente. Puede concedérseles residencia precaria por hasta 180 días corridos, renovables hasta la resolución de la admisión, con pleno ejercicio de derechos, entre ellos a la reunificación familiar con sus “padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”; a la no discriminación en el empleo. Por todo ello, su capacidad para ser parte frente a la administración pública puede decirse que existe con total independencia del trámite que lleve su proceso de admisión o inadmisión definitiva al país. Más aún, la demora en el trámite administrativo no autoriza a que “tengan inconvenientes derivados de tal demora”, lo cual implica, de hecho, un reconocimiento de capacidad plena para todos los trámites administrativos.

La asistencia jurídica y lingüística gratuita al inmigrante irregular

Además de la Ley 25.871, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, requiere que las autoridades del Estado receptor informen sin dilación, a todo detenido extranjero, acerca de los derechos que este instrumento le brinda (art. 36.1.b). Como la notificación atiende a que el inmigrante disponga de una defensa eficaz, ella debe ser oportuna, en el momento procesal adecuado para el objetivo, *v.gr.* en materia penal, debe ser previa al momento de privar de la libertad al inculgado y en todo caso antes de que este rinda su primera declaración ante la autoridad. El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todas las personas (inmigrantes o no, regulares o indocumentados) son iguales ante los tribunales, teniendo el derecho de información, de defensa legal y a ser asistidas gratuitamente por un intérprete, si no comprenden o no hablan el idioma empleado por el tribunal. Así también los derechos mencionados en el art. 8.2 de la CADH, aplicables a todos los procedimientos administrativos.

Adultos con capacidad limitada

Sordomudos

El sordomudo tiene plena capacidad civil en tanto pueda darse a entender por escrito; si no pudiera darse a entender por escrito puede ser declarado incapaz “para los actos de la vida civil”. Darse a entender por escrito comprende cualquier otra manera equivalente de expresión. Incluye por ende todos los procedimientos técnicos existentes: manuscritos, con máquina de escribir, computadora u ordenador, etc. Por extensión, abarca igualmente a los más modernos medios de comunicación: traductoras electrónicas de bolsillo en las cuales con un pequeño teclado se puede mostrar en el *display* o ventanilla cualquier palabra del lenguaje y en consecuencia también poner de manifiesto por escrito, cualquier comunicación que la persona quiera efectuar. Lo mismo ocurre con

las máquinas sintetizadoras de voz a partir de información digital que la persona carga en la máquina. Tratándose de una limitación a su capacidad de comunicación y no a sus aptitudes mentales, la administración debe admitirle con plena capacidad en tanto exista medio apto para su comunicación. Por ello, un sordomudo puede dar poder para que otra persona lo represente en sede administrativa y el representante, que no tendrá dificultades de comunicación, actuará en nombre de una persona administrativamente capaz. Sería este un caso en que podría distinguirse, a semejanza del derecho alemán, entre capacidad para ser parte y capacidad para obrar como parte en el procedimiento: el sordomudo puede ser parte, pero si no se puede comunicar no tiene capacidad para actuar él mismo en el procedimiento, sino que debe hacerlo por medio de un mandatario.

Enfermedades mentales

Conforme al art. 143 del Código Civil, corresponde distinguir entre demencia, como carencia de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 141) y manía, que podrá ser total o parcial, art. 143. La reforma de 1968 modifica el art. 141 referente a la demencia, que antes no admitía gradaciones y hoy en día sí, a través de la declaración de capacidad limitada que prevé el art. 152 *bis* inc. 2). Se sigue de allí que puede declararse la incapacidad de una persona solamente para algunos aspectos de su vida de relación, pero no necesariamente para todos: sería el caso de la llamada por el codificador “manía parcial”. En tales casos corresponderá estar a los alcances de la sentencia. La incapacidad administrativa no se presume sino que debe surgir del auto declarativo. De cualquier modo, en tanto el demente o maniaco no deba estar internado, entra en las mismas relaciones con la administración que los menores impúberes, en particular en lo referente a la utilización de los servicios asistenciales, hospitalarios, de transporte, teléfonos, correos, etc., todo lo cual reafirma su capacidad limitada, pero existente, por ejemplo para reclamar ante las autoridades administrativas de contralor de los servicios respectivos. Va también de suyo que si quien se presenta como parte en el procedimiento administrativo no ha sido judicialmente declarado demente, sería absurdo que la administración pretendiera cuestionarle su capacidad administrativa con dicha argumentación, ni siquiera pidiendo ella misma la declaración judicial de demencia. Puesto que la capacidad se presume, el particular supuestamente enfermo debe ser tenido como parte, en tanto aquella calificación judicial no se produzca.

DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO

Así como existen diferencias en lo que respecta a las atribuciones para extinguir un acto administrativo según que lo haga la administración o la Justicia, así también hay

un distinto régimen en lo que se refiere a quiénes pueden acudir a la administración o a la justicia a pedir la extinción de un acto que los afecta. Ello se deriva de las nociones de “Derecho subjetivo” y de “Interés legítimo” (también llamado “Derecho reflejo”, “Derecho objetivo”, etc.), a las que cabe agregar luego de la Constitución de 1994 en su art. 43, el concepto de “interés difuso” o “derecho de incidencia colectiva”.

El primero es una protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado y el segundo como una protección algo más debilitada que la anterior, otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos, en concurrencia.

En el primer caso se protege a un individuo determinado en forma exclusiva; en el otro, a un número de individuos en forma conjunta.

El interés difuso o derecho de incidencia colectiva tiene un campo de aplicación mayor, pues comprende a todos los que se hallan directa o indirectamente, material o moralmente, afectados por un acto, hecho u omisión producido por el ejercicio de funciones administrativas públicas o por conductas de particulares. Su más clara materia de aplicación es la tutela del medio ambiente y de la legitimidad del obrar administrativo en cuanto importa erogación de fondos públicos eventualmente incausada o irregular, en detrimento del patrimonio de los habitantes que deben sostener con sus impuestos esa acción y sufrir sus consecuencias. Quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la Justicia; si la administración no le reconoce su derecho, él puede demandarla judicialmente al efecto. Además el individuo puede pedir no solo la extinción del acto que lo afecta en su derecho subjetivo, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones que sean pertinentes por los daños que tal acto le haya ocasionado.

Quien tiene un interés difuso o derecho de incidencia colectiva puede, a tenor del art. 43 de la Constitución, iniciar una acción de amparo y pedir como mínimo la intervención voluntaria del Defensor del Pueblo a los efectos que este estime corresponder; también puede citarlo como colegitimado activo de la parte actora. A mayor abundamiento, si el titular de un derecho de incidencia colectiva puede interponer una acción de amparo, se sigue inevitablemente, a fortiori y con mayor razón aun, que puede también intentar la vía ordinaria, pues ella otorga mayor amplitud de debate y prueba tanto a la administración como en su caso al concesionario o particular demandado (en el caso del concesionario, por tarifas irrazonables, ganancias excesivas, abuso de poder monopólico, etc; en el caso de otros particulares, por daño al medio ambiente).

En el caso del medio ambiente, que antiguamente se prestaba a discusiones acerca de si afectaba Derechos subjetivos o intereses difusos de los afectados por él, la

solución constitucional reconoce a los individuos tanto un derecho de incidencia colectiva para pedir el cese del perjuicio y su reparación integral, como un derecho subjetivo a un ambiente sano y la reparación pecuniaria de los daños ocasionados a la persona por la degradación del medio ambiente.

Quien tiene tan solo un interés legítimo que no pueda equipararse a las situaciones que venimos de exponer, únicamente puede en la actualidad reclamarlo ante la propia administración, en el orden nacional y solo puede pedirlo ante la justicia en algunos casos limitados en aquellas provincias que han instituido un recurso especial al efecto, el llamado “recurso de ilegitimidad”, de “anulación” o “por exceso de poder”.

Por lo demás, quien solo tiene un interés legítimo, si bien puede pedir la revocación o la anulación del acto según sea el caso, no puede pedir que se le indemnizen daños y perjuicios; por fin, cuando existe protección judicial del interés legítimo, el procedimiento es generalmente diverso del que se sigue para la protección del Derecho subjetivo. Esta es la forma clásica de ver la cuestión y tiene precedentes legislativos y jurisprudenciales. Con todo, una orientación más moderna, que poco a poco se va imponiendo y la Constitución apoya en materia de medio ambiente y derechos de incidencia colectiva, es igualar dichas situaciones jurídicas y reconocerles a todas la misma protección que se otorga al Derecho subjetivo. Existe, por fin, una cuarta noción: el interés simple. Se dice que este es el mero interés que le corresponde a todo ciudadano o habitante en que la ley sea cumplida; no existe aquí ni el derecho exclusivo que era típico del Derecho subjetivo, ni el interés legítimo de un número determinado de personas, ni el derecho de un habitante a que su medio ambiente sea sano, sino el interés de toda la comunidad en que no haya actos administrativos ilegítimos.

El interés simple, como regla, no da derecho a interponer acciones judiciales ni recursos administrativos; solo permite hacer denuncias ante la administración y el Defensor del Pueblo sobre aquello que se considera ilegítimo; a diferencia del interés legítimo, en que se puede interponer un recurso administrativo que la administración está obligada a resolver (y que permite ejercer el Derecho subjetivo a obtener una decisión expresa, recurriendo incluso al amparo judicial por mora de la administración en resolver), en el interés simple la administración no está necesariamente obligada, en principio, a resolver la denuncia interpuesta.

EL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO

La pérdida de todo derecho en quince días

Los intentos de morigeración de los plazos administrativos, chocan contra un muro de roca frente a la reciente jurisprudencia que ejemplifican los fallos “Romero y Gorordo”. Pues a resultas de ello, parece ser opinión difundida, hoy en día, que vencido el plazo para interponer el recurso administrativo, “el administrado pierde el derecho de recurrir y, además, también pierde su derecho de fondo. Pues, si uno relaciona este requisito con el del agotamiento de la vía administrativa, el derecho de fondo no se pierde vencidos los noventa días para iniciar la acción judicial, sino a partir del vencimiento de los diez o quince días previstos para plantear los recursos administrativos”.

Prorrogabilidad de los términos de los particulares

Los términos establecidos para los particulares son prorrogables por la administración, con la señalada e inexplicable excepción de los términos para recurrir, que son fatales no solo en sede administrativa sino por arrastre también para la acción judicial, lo que conlleva una notoria denegación de justicia. En los demás casos, incluso ha de considerarse limitada la facultad de negar la prórroga solicitada por el particular.

La administración puede disponer la prórroga tanto antes de operarse el vencimiento como también después: o sea que la prórroga puede disponerse con efecto retroactivo.

No perentoriedad

Cabe evaluar la perentoriedad de los plazos en el procedimiento administrativo. Dando al vocablo *perentorio* el alcance de plazo que una vez transcurrido implica haber perdido irremisiblemente el derecho dejado de usar en término, entendemos que no existe casi ningún plazo perentorio en el procedimiento administrativo. Resulta evidente a nuestro entender, que la supuesta perentoriedad de los plazos es no solamente irrazonable sino también plenamente injusta y disvaliosa. La débil argumentación de que lo contrario atenta contra la seguridad jurídica no pasa de ser un aserto meramente dogmático. La mera existencia textual de un término no es un dato suficiente que permita establecer su perentoriedad. Por ello no es ilegítima la decisión adoptada tardíamente ni se pierde la potestad administrativa por el mero transcurso del tiempo.

Plazo para acudir a la instancia judicial

El DL 19.549/72, en efecto, solo utiliza esta expresión en el art. 25 para referirse al plazo para acudir a la justicia, o sea que se trata de un plazo procesal ajeno al trámite ante la administración. Dado que este plazo puede ser suspendido por la in-

terposición en término de recursos administrativos procedentes, o por el pedido de vista de las actuaciones, pensamos que no es un plazo de caducidad. Y sabemos que es inconstitucional reducir localmente los plazos de prescripción del CC.

El caso del recurso fuera de término

En lo que hace al plazo para interponer recursos administrativos, a estar a los textos positivos, lamentablemente predomina el criterio de que pareciera ser perentorio pero prorrogable, según surge del ap. 5 del inc. e); con todo, es un término que se suspende de pleno derecho ante el pedido de vista de las actuaciones.

Incluso, si ha transcurrido el plazo con su prórroga (por suspensión automática o dispuesta por la administración), todavía puede el particular interponer la denuncia de ilegitimidad que si bien no lleva la calificación formal de recurso sustancialmente se le identifica. Por ello pensamos que ni siquiera en este supuesto existe realmente perentoriedad en sentido estricto: compartimos la observación de Fiorini de que la admisión de la denuncia de ilegitimidad es una forma de sanear el recurso presentado fuera de plazo, puesto que la administración, también aquí, puede perfectamente dar curso a la presentación no obstante el transcurso del plazo. Este había sido uno de los grandes avances del procedimiento administrativo anterior al Decreto-ley 19.549/72 que esta normativa y sus cultores destruyeron.

Caducidad de instancia administrativa

La administración tiene la facultad pero no el deber de declarar la caducidad ante la inactividad del particular. A su vez dicha inactividad puede hacer procedente la caducidad siempre que ella sea exclusivamente determinante de que se paralice por su culpa el procedimiento, pues de lo contrario debería hacer lo necesario para proseguir con la instrucción de oficio del expediente. Por lo demás el particular no pierde ninguno de sus derechos y pruebas en las actuaciones producidas y el plazo que hubiere existido antes empieza a contarse de nuevo a partir de la declaración de caducidad en caso de llegar a declarársela. No es tampoco, entonces, un supuesto de perentoriedad en el sentido procesal del vocablo.

Conclusiones

De lo expuesto surge que en el procedimiento administrativo y como regla, no necesariamente el transcurso de los términos implica la pérdida del derecho dejado de usar en tiempo. Es materia que permite soluciones razonables a quien quiera hallarlas.

Con ello concluimos que los plazos o términos no son perentorios en el sentido del derecho procesal, aunque dejamos siempre a salvo que la caducidad judicial de 90 días

sí es irremisible y en ella los tribunales pueden exigir, impropriamente, que el agotamiento de la vía administrativa se haya efectuado mediante la interposición en término del primer recurso administrativo, o sea escasísimos 10 o 15 días, lo que es insignificante para la administración y por ende carente totalmente de sustento fáctico a las lapidarias y hetéromas conclusiones que se le quieren desproporcionadamente afirmar.

Esta nueva modalidad judicial de los últimos años ha venido de tal modo a endurecer exageradamente y sin motivo alguno el procedimiento administrativo y a pretender, de hecho, transformar el plazo de 90 días hábiles judiciales en uno de 15 días hábiles administrativos.

Días corridos o hábiles

Según el art. 28 del CC “En los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así”. Esa regla ha mutado con el correr del tiempo. Fueron cada vez más los decretos o leyes que aclararon que tales o cuales plazos administrativos se computaban en días hábiles, con lo que la regla ha sido prácticamente invertida. 79 El art. 1 inc. e) apartado 2 del Decreto-ley 19.549/72 dispone que los plazos “se contarán por días hábiles administrativos salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de parte”. En forma similar resuelven las legislaciones provinciales. ¿Qué decir de aquellas situaciones, no infrecuentes, en que por cualquier causa la administración tiene asueto a partir de medio día o media tarde? El término, desde luego, ha de considerarse prorrogado y no por otras tantas horas como fue el asueto, sino por el día hábil entero, cuando se trata de términos de días.

Días hábiles en la administración y en la justicia

Es de destacar que se trata de días hábiles administrativos, es decir, días en que trabaja la administración pública: la aclaración es conveniente pues cabe recordar que ciertos días de feria judicial (enero, Semana Santa) son hábiles para la administración pública y por lo tanto los términos siguen corriendo durante ellos; a la inversa, puede haber días de asueto administrativo que no lo hayan sido al mismo tiempo de la justicia. No se aplica al procedimiento administrativo la suspensión estival de plazos judiciales de los abogados. A su vez, los plazos creados por las leyes para acudir a la justicia contra actos administrativos, pueden según los casos contarse en días hábiles judiciales o administrativos. Así, por ejemplo, el art. 25 del DL 19.549/72 (según DL 21.686/77) fija un plazo de 90 días hábiles judiciales. En cambio una ley

provincial computa similar plazo en días hábiles administrativos.

Dado que a través de los años suelen producirse modificaciones y también la jurisprudencia en el pasado ha deparado alguna que otra sorpresa, la única regla segura para el particular es contar el plazo de todas las formas posibles y atenerse, en tanto sea posible, al menor.

Cómputo de los términos

Los términos administrativos se deben contar a partir del primer día hábil siguiente a la notificación del acto. La solución tradicional, si el día de la notificación es inhábil, ha sido computar el plazo desde ese primer día hábil siguiente al inhábil.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN, EL RECURSO JERÁRQUICO, EL RECURSO DE ALZADA Y EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

Recursos administrativos, en sentido amplio, serían los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos *–lato sensu–* y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.

Pero la tendencia se inclina a desenfatar este medio y hablar, más en general, de una “petición”, remedio, etc. Es el mismo criterio que ya explicamos para el Derecho procesal administrativo: privilegiar la pretensión procesal y no la acción que la articula.

Por de pronto, cabe distinguir los recursos en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial. Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen pues en *a)* administrativos y *b)* judiciales (que a su vez cabe distinguir según sean acciones o “recursos directos” y que pueden ser más o menos amplios según los distintos códigos procesal administrativos o “contencioso administrativos”).

Los primeros se tramitan ante las autoridades administrativas (o autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa); los segundos son los que se tramitan ante un tribunal de justicia, imparcial e independiente según el sistema constitucional argentino.⁸ Existen desde luego muchas similitudes entre proceso y procedimiento y sus respectivos recursos.

Diferencias

Ambos recursos difieren entonces por los caracteres que explicaremos a continuación, aunque la tendencia es hacia la unificación.

Autoridad que los decide

En el caso del recurso jurisdiccional, la autoridad que resuelve es un juez unipersonal o un tribunal colegiado, pero siempre imparcial e independiente, un tercero desinteresado del proceso. En el recurso administrativo, quien resuelve es en principio un funcionario administrativo, aunque esto admite excepción en el caso de las actividades administrativas de la Justicia y del Congreso. Los procedimientos administrativos del Poder Judicial son resueltos dentro de su ámbito, discutiéndose si las potestades del control administrativo le corresponden en forma exclusiva al respectivo tribunal superior de cada jurisdicción, o si se trata de una facultad concurrente con otros órganos judiciales. Las actividades administrativas del Congreso son decididas por un legislador: El secretario o el presidente de cada Cámara. Lo mismo ocurre con los nuevos órganos constitucionales “extrapoderes”, como el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo de la Nación, la Auditoría General de la Nación y el Ministerio Público. Es obvio que contra sus actos no procede otro recurso administrativo que el interno dentro de ellos. También puede tratarse, según hemos explicado en su lugar, de un órgano de una persona no estatal, que no será por lo tanto agente público.

Función que ejerce el que los decide

En el recurso o acción jurisdiccional, el tribunal ejerce función jurisdiccional. En el administrativo, su resolución implica ejercicio de función administrativa, sea administrador, juez o legislador quien decide. Por supuesto, en la medida que el progreso vaya decidiendo en nuestro país la implementación efectiva de tribunales administrativos realmente independientes e imparciales, sujetos a revisión judicial plena, es posible que este enfoque deba cambiar. Existen algunos pronunciamientos judiciales que permiten actualmente abrigar alguna esperanza al respecto, aunque la administración es manifiestamente reticente a aceptarlos o permitir que funcionen, y el legislador por su parte ha sido siempre remiso en profundizar el sistema o siquiera esforzarse porque al menos los existentes funcionen de acuerdo a la Constitución nacional. La sociedad y la doctrina, desde luego, tienen que cumplir su rol en la materia.

Carácter en que actúa quien decide

En un caso es tercero imparcial, ajeno a la contienda; en el otro, sea funcionario, legislador o juez quien resuelve el recurso de su empleado, él actúa como parte. Una diferencia también fundamental, pero que no se da en todos los casos, hace al grado de autonomía que tiene quien decide. El órgano judicial actúa siempre por definición con independencia, no estando sujeto a órdenes o instrucciones. En cambio, en los recur-

sos administrativos, el órgano puede actuar con mayor o menor autonomía y en la mayoría de los casos poca independencia, puesto que está estructurado jerárquicamente. No es tampoco un tercero desinteresado del proceso, cualidad fundamental del juez.

Naturaleza del acto que decide el recurso

En un caso se trata de una sentencia cautelar o definitiva; en el otro de un acto administrativo.

Estabilidad de la decisión

En el primer caso la sentencia es vinculante para el juez y se torna inmutable; en el segundo la administración solo está parcialmente limitada y puede en ciertos casos pedir judicialmente su anulación en la acción de lesividad.

Onerosidad o gratuidad

En el orden judicial impera el principio de las costas al vencido, con pocas excepciones, mientras que el procedimiento administrativo es gratuito. No existe sellado, ni impuesto de actuación, ni condena administrativa en costas.

Hacer un recurso administrativo puede no costar nada; interponer una demanda generalmente no resultará gratuito. Si la cuestión tiene monto determinable el 3% de tasa de justicia es implacable; a lo que hay que agregarle las costas ajenas y las propias en caso de perder.

Intervención profesional requerida

En las acciones judiciales se exige el patrocinio letrado; en los recursos administrativos no es necesario, aunque se lo puede exigir a título expreso.

La tradición en la materia era adversa al patrocinio letrado en asuntos de poca significación económica. Es que existe una percepción generalizada de que la intervención letrada puede predisponer mal a los funcionarios; ello no excluye que el escrito tenga todo el desarrollo jurídico que desee.

Recurso, reclamación y denuncia

En un sentido más restringido puede distinguirse entre los distintos remedios administrativos para la defensa del administrado ante la administración, los “recursos” *stricto sensu* “impugnación de actos”, las “reclamaciones” y las “denuncias” (todos en la actualidad incluyen también los derechos de incidencia colectiva). No parece necesario suprimir el empleo genérico del término y por ello hablaremos indistintamente de “recurso” en el sentido de “remedio administrativo” o en el más

específico que la palabra tiene en doctrina, como medio de impugnación de actos o impugnación específica y concreta de alguno de ellos. No parece todavía posible utilizarlo semánticamente en el sentido de carga del particular o privilegio de la administración, sin perjuicio de que suelen serlo.

En la doctrina

La distinción conceptual doctrinaria entre recurso, reclamación y denuncia estriba en que: en primer lugar, con el recurso se atacan solo actos administrativos, mientras que con la reclamación y la denuncia pueden impugnarse tanto actos como hechos u omisiones administrativas; en segundo lugar, con el recurso y la reclamación pueden defenderse derechos subjetivos o intereses legítimos, mientras que con la denuncia pueden defenderse intereses simples y por último, si bien hay obligación de tramitar y resolver los recursos, no la hay –al menos en principio– para la simple denuncia.

Cabe recordar como una nota diferencial entre los recursos y las reclamaciones que mientras los primeros tienen plazos de interposición –salvo la denuncia de ilegitimidad–, las segundas carecen de plazos y pueden ser deducidas en cualquier momento, con la única salvedad de la prescripción.

Requisitos mínimos exigibles

Se puede concluir que los recaudos formales son: 1) que el recurso esté por escrito y firmado; 2) que indique el nombre, apellido y domicilio del recurrente; 3) que esté presentado en término, para poder acceder luego a la vía judicial.

EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Recurso de reconsideración es el que se presenta ante el mismo órgano que dictó un acto, para que lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio.

Precisamente por dirigirse el recurso a la misma autoridad que dictó el acto impugnado, la cual normalmente habrá de ratificar su postura, cabe dudar de que pueda funcionar realmente como medio de impugnación o de defensa del particular. Para algunos autores “reconsiderar” es no solo “reexaminar”, sino específicamente “reexaminar atentamente”, por el origen etimológico de la palabra. Sin embargo, el uso vulgar del vocablo lo aproxima más a un ruego de que el funcionario “reexamine con benevolencia”; en suma, un recurso graciable. Es que en rigor hay un consejo medieval español que parecería estar inscripto en piedra en nuestras mentes y que cumplimos como mandato ancestral. Antes de dictar el acto, pensarlo; luego de dictarlo, mantenerlo.

Fuente

Se encuentra reglado en los arts. 8425 y ss. del decreto 1.759/72. Es un sistema normativo bastante generalizado, antiguo y que se halla en diversos ordenamientos.

Dada su tradicional e invariable inutilidad práctica a través de los siglos en todos los países y en todos los ordenamientos, su continuada existencia parece deberse más bien a un tributo antropológico a la perseverancia humana en el error no obstante la constante experiencia en contrario, que a la supervivencia de un supuesto instituto jurídico útil que se resiste a caer en desuetudo.

Término para interponerlo

El término para interponer este recurso es de diez días hábiles, conforme el art. 84 del reglamento.

Legitimación

El criterio general es: “Los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo”. No es suficiente el interés simple, pero sí el derecho de incidencia colectiva.

Ante quién se presenta

Se presenta ante el mismo órgano que lo dictó.

Carácter optativo u obligatorio

Es optativo y el particular puede o no utilizarlo antes de la vía jerárquica.

Tampoco es requisito previo a la acción procesal administrativa. Tiene mayor utilidad para la administración que para el administrado, si se considera que constituye una oportunidad para que aquella produzca más prueba en contra de sus alegaciones, refute sus argumentos y mejore su propia posición jurídica. Procede tanto contra los actos definitivos como interlocutorios.

Actos **definitivos**, o sea, que resuelven sobre el fondo de la cuestión planteada. También son impugnables, desde luego, los reglamentos y los contratos administrativos. La regla es, por lo tanto, absolutamente amplia.

Actos **equiparables a definitivos**, a saber, aquellos que sin resolver expresamente el fondo de la cuestión debatida, sin embargo directa o indirectamente impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado.

Actos **interlocutorios** o **de mero trámite**, o sea los que producen efectos jurídicos directos solo sobre el trámite, no sobre el fondo. Este tipo de actos son impugnables administrativamente como regla, pero judicialmente solo por excepción.

Se trata de los actos que importan una paralización del procedimiento.

Órgano competente para resolverlo

Es la misma autoridad u órgano que produjo el acto recurrido. Sin embargo, si el órgano que ha dictado el acto impugnado por la reconsideración ejerció en dicho acto una potestad delegada a él por un superior jerárquico, este último puede resolver el recurso de reconsideración interpuesto ante el inferior. A su vez, si la delegación ha cesado al momento de deducirse el recurso administrativo, o cesa luego de interpuesto, la competencia es exclusiva y obligatoria del delegante.

Término para resolverlo

El término es de treinta días hábiles administrativos.

Denegación tácita

La administración debe resolver el recurso en treinta días; si no lo hace en ese lapso, el particular “podrá reputarlo denegado tácitamente sin necesidad de requerir pronto despacho”.

EL RECURSO JERÁRQUICO

Conceptualmente, recurso jerárquico sería todo medio jurídico para impugnar un acto ante un superior jerárquico del órgano que dictó el acto.

Recurso de reconsideración y recurso jerárquico

Conforme al art. 89 de la reglamentación, para interponer el recurso jerárquico “No será necesario haber deducido previamente recurso de reconsideración”; pero si se hubiese interpuesto el recurso de reconsideración, este lleva implícito de pleno derecho el recurso jerárquico en subsidio. El interesado puede entonces utilizar primero el recurso de reconsideración, –si reacciona a tiempo en diez días hábiles– y con ello no pierde el recurso jerárquico sino que, al contrario, lo interpone de pleno derecho y puede también interponer directamente el jerárquico –en sus quince fatales días, si se despierta a tiempo del letargo en que lo sume deliberadamente la administración–, sin previa reconsideración. Dada la escasa utilidad que a veces tiene la reconsideración, puede ser preferible emplear el jerárquico prescindiendo de aquella; o acudir a la justicia si la instancia judicial se encuentra abierta.

Si bien el recurso jerárquico está dirigido al ministro o secretario de la presidencia, jefe de Gabinete o al Poder Ejecutivo nacional, según el caso, su presentación no se efectúa ante dicha autoridad sino ante el órgano autor del acto impugnado. Este

deberá elevarlo “dentro del término de 5 días y de oficio” al órgano competente para resolverlo. Le son aplicables, por supuesto, las reglas generales acerca de las formas de presentación de los recursos administrativos.

El recurso jerárquico procede contra actos emanados de órganos de la administración central, incluso órganos desconcentrados pero no por lo tanto entes Descentralizados.

Actos excluidos del recurso

Surge de lo expuesto, a *contrario sensu*, que están excluidos del recurso jerárquico los siguientes supuestos de actos de contenido particular o concreto: *a)* Actos no productores de efectos jurídicos directos, tales como dictámenes, proyectos, informes, etc. Respecto de los meros pronunciamientos administrativos, cabe incluirlos en esta categoría toda vez que no son hábiles para alterar la esfera jurídica del particular, limitándose a fijar la posición del Estado a su respecto; *b)* actos interlocutorios, o sea actos administrativos productores de efectos jurídicos directos, pero que se refieran solamente a cuestiones de procedimiento, siempre y cuando no sean equiparables a definitivos por impedir totalmente la pretensión del interesado, caso en el cual el recurso es procedente; *c)* actos emanados de un ministro o de un secretario de la presidencia que resuelven un recurso jerárquico. El recurso jerárquico no puede reiterarse por ante el Poder Ejecutivo contra la denegación producida de un anterior recurso jerárquico. Solamente si el acto lesivo proviene de un ministro o de un secretario de la presidencia puede impugnárselo por recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo.

El decreto o la decisión del jefe de Gabinete resolviendo un recurso jerárquico solo puede ser impugnado ante el propio órgano por recurso de reconsideración, revisión, etc., quedando abierta la vía judicial. Al no existir autoridad administrativa alguna superior al Poder Ejecutivo ni haber propiamente jerarquía entre el presidente y el Jefe de Gabinete, mal puede interponerse recurso jerárquico contra sus actos.

Actos de Gobernadores e interventores federales. La alzada no procede contra los actos de los interventores federales. Tampoco el recurso jerárquico.

Actos de entes descentralizados. No procede el jerárquico sino a veces la alzada, que es potestativa. Pero debe recordarse que, al no ser siempre procedente, puede hacer perder la vía judicial.

Por qué motivos se puede recurrir

Motivos de legitimidad

El recurso puede fundarse en primer lugar en motivos de legitimidad, de derecho público o privado, nacional o internacional. Quedan comprendidos los límites a la

discrecionalidad administrativa, tales como razonabilidad, buena fe, desviación de poder, etc. también que también puede impugnarse el desacierto.

Legitimación

Derecho subjetivo

Puede interponer recurso jerárquico en primer lugar el titular de un derecho subjetivo, esto es, una situación tutelada en forma exclusiva y excluyente por el orden jurídico.

Interés legítimo

También puede interponer recurso jerárquico el titular de un interés legítimo, o sea quien tiene una situación jurídica tutelada en forma concurrente, como parte de un círculo definido y delimitado de personas. Pueden interponer el recurso los diversos titulares de un mismo interés legítimo tanto en forma conjunta, como individualmente. En todos los casos, lo que se resuelva respecto de uno afectará naturalmente a los demás y será por ello necesario en su caso citarlos como cointeresados.

En el empleo público hay normas prohibitivas de la presentación conjunta, inaplicable cuando no sean funcionarios de la repartición autora del acto.

Derechos de incidencia colectiva

El concepto de interés legítimo se interpretaba restrictivamente en la práctica administrativa argentina y no se admitía por lo general la presentación de recursos por parte de asociaciones por cuestiones atinentes a todo o parte de sus asociados, salvo en el caso de las asociaciones gremiales. Con tal criterio tampoco quedaría abierta la vía del recurso administrativo para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, lo que resultaría en una clara y ostensible violación constitucional. El problema no se presenta a nivel jurídico formal, sino práctico. Solo cabe reafirmar enfáticamente que procede la legitimación en sede administrativa sobre la base de derechos de incidencia colectiva.

Interés simple

No se admite el interés simple como legitimación para interponer recurso jerárquico.

Sigue vigente el criterio clásico de que en tales casos solo pueden presentarse meras peticiones o denuncias, aunque ya hemos visto que el art. 3 inc. i) del Decreto 229/00 establece la auto-obligación de resolver las denuncias.

Término para interponer el recurso

La regla

El término para interponer el recurso jerárquico es de quince días hábiles administrativos, contados a partir del primer día siguiente a la notificación.

Ese término se suspende o remite por el pedido de vista de las actuaciones y se interrumpe por la clara manifestación de voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración, aunque no guarde todas las formas del recurso, pero no por una mera reserva de derechos y acciones.

EL RECURSO DE ALZADA

El recurso de alzada, conforme la denominación actual, antes se llamaba recurso jerárquico impropio. En el Derecho comparado a veces se usa la expresión “recurso de alzada” como sinónimo de “recurso jerárquico” y entonces el “recurso de alzada impropio” corresponde a lo que aquí ahora se llama recurso de alzada a secas. Dado que en nuestro derecho no hay lugar a confusiones por el empleo de una u otra denominación, su uso nos resulta indistinto.

Competencia

No existe jerarquía

La doctrina es uniforme en señalar que no existe relación jerárquica entre la administración central y los entes descentralizados, lo que implica diversas consecuencias jurídicas. Así, la administración central no tiene potestad de avocación o de emitir órdenes concretas o instrucciones. Además, aun procediendo la alzada, las normas y la doctrina la limitan clásicamente a solo cuestiones de legitimidad y ponen en tela de juicio la facultad de reforma o sustitución del acto impugnado. La doctrina comparada considera anormal esta forma de tutela de la administración central sobre los actos de los entes descentralizados. Es en ese marco restrictivo del sistema clásico que cabe apreciar su posterior evolución, estado actual y prospectiva. Sin embargo, cabe reparar en que ciertas medidas gubernamentales parecerían adoptar una interpretación francamente contraria a lo dicho, centralizadora del control, incluso con agravio a la jerarquía de normas.

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

Antes de 1900 era necesario para poder demandar a la Nación, obtener la “venia legislativa”, esto es, una ley del Congreso autorizando la acción judicial contra el Estado. En ese año se dictó la ley 3.952, que suprimió tal requisito sustituyéndolo

por la exigencia de un previo reclamo administrativo de aquello por lo que se quería demandar. Esta ley fue interpretada en forma restrictiva, entendiéndose poco después que ella no era aplicable cuando el Estado actuaba como “poder público”; por lo que fue necesario dictar otra ley, la 11.634, para aclarar definitivamente que toda vez que se demandara al Estado, por cualquier causa que fuera, no haría falta la venia legislativa sino únicamente “la previa reclamación administrativa”.

Una copiosa jurisprudencia y algunas normas expresas, fueron progresivamente limitando a través del tiempo la exigibilidad de la reclamación administrativa como requisito previo a la interposición de una demanda judicial, hasta el punto de cuestionarse al presente tanto su conveniencia o necesidad como su misma existencia; aunque, como es bien sabido, “los muertos que vos matáis gozan de buena salud”.

El Decreto-ley 19.549/72

Este cuerpo normativo recogió y amplió la experiencia de la aplicación de las Leyes 3.9523 y 11.634, consagrando como excepciones expresas al reclamo los casos que la jurisprudencia había elaborado y que decretos o leyes particulares también habían colaborado a instituir.

Además, al crear todo un sistema orgánico de recursos y también dedicar algunas disposiciones a la forma de acceder a la revisión judicial, legisló sobre el modo de computar el plazo que a este efecto creó, a partir de los actos impugnados.

En esa medida también excluyó el reclamo administrativo previo como medio específico para preparar la vía judicial: ese lugar pasó a ser ocupado, en la mayoría de los casos, por los recursos del procedimiento administrativo que el reglamento también establece.

El sistema actual

En noviembre de 2000 entra en vigencia la Ley 25.344/10 que modificó los arts. 30, 31 y 32 del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, la jurisprudencia ha correctamente revertido esta situación a partir de los casos Castillo, Gilardone y Ramos, donde ha dejado sentado que “el ritualismo inútil traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma de la Ley 25.344 (artículo 12)”.

Actualmente el régimen se ha modificado en perjuicio de la tutela judicial efectiva. En 1999 la CSJN *in re Gorordo* se aparta de lo antes resuelto en *Cohen y Construcciones Taddía S. A.*, estableciendo la posibilidad de verificar de oficio los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda. La ley 25.344

consagrar esa inconstitucional postura: “los jueces no podrán dar curso a la demanda mencionada en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente”. Por lo tanto, en la hipótesis que actualmente se maneja se supone que los jueces deberían de oficio verificar los requisitos de admisibilidad de la acción, previo a ordenar traslado de la demanda. No obstante ello, debemos tener en cuenta que no tratándose de una exigencia de orden público, el Poder Ejecutivo puede renunciarla expresamente con carácter general o particular, por ejemplo, en un convenio con la otra parte, de modo tal que la exigencia de la ley es excesiva.

Finalmente nuestra CSJN, luego de la sanción de la Ley 25.344, ha señalado que “los jueces no están facultados para denegar de oficio la habilitación de la instancia judicial ni declarar por esa vía la caducidad de la acción deducida ante ellos”, *in re Resch, Héctor*, año 2004.

LA LEY 19.549 Y LA LEY DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES 7.647

Ambas normas regulan el procedimiento administrativo de las jurisdicciones nacional y provincial respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista *Bases y Puntos de partida para la Reorganización Política de la República Argentina*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1980.
- Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Cassagne Juan Carlos, *Tratados Administrativos* .
- Cueto Rua, Julio, *Las fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1978.
- Diez , Manuel María, *Tratados Administrativos*, Buenos Aires, 1972.
- Fiorini Bartolomé, *Tratados Administrativos*, Buenos Aires, 1976.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, Ediciones La ley, 2007.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1974.
- Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho, Fundación de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1993
- Marienhoff Miguel, *Tratados Administrativos*, Buenos Aires, 1978
- Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, 2000.

ANEXO 1: *Constitucion Nacional (1994)*

SANCIONADA POR EL CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE EL 1º DE MAYO DE 1853, REFORMADA Y CONCORDADA POR LA CONVENCION NACIONAL AD HOC EL 25 DE SEPTIEMBRE DE 1860 Y CON LAS REFORMAS DE LAS CONVENCIONES DE 1866, 1898, 1957 Y 1994.

Preámbulo

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

Primera Parte

Capítulo Primero

Declaraciones, derechos y garantías

Art. 1º.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Art. 2º.- El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

Art. 3º.- Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse.

Art. 4°.- El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

Art. 5°.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Art. 6°.- El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.

Art. 7°.- Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán.

Art. 8°.- Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias.

Art. 9°.- En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso.

Art. 10.- En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores.

Art. 11.- Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.

Art. 12.- Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.

Art. 13.- Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso.

Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Art. 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Art. 15.- En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Art. 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Art. 19.- 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. 20.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Art. 21.- Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.

Art. 22.- El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

Art. 23.- En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Art. 24.- El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

Art. 25.- El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar

ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

Art. 26.- La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.

Art. 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Art. 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Art. 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Art. 30.- La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Art. 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Art. 32.- El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Art. 34.- Los jueces de las cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia, ni el servicio federal, tanto en lo civil como en lo militar da residencia en la provincia en que se ejerza, y que no sea la del domicilio habitual del empleado, entendiéndose esto para los efectos de optar a empleos en la provincia en que accidentalmente se encuentren.

Art. 35.- Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata; República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras “Nación Argentina” en la formación y sanción de las leyes.

Primera Parte

Capítulo Segundo

Nuevos derechos y garantías

Art. 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

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.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Art. 37.- Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Art. 38.- Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Art. 39.- Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Art. 40.- El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

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.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los

derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Segundo

Del Senado

Art. 54.- El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto.

Art. 55.- Son requisitos para ser elegidos senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

Art. 56.- Los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años.

Art. 57.- El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación.

Art. 58.- El Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de presidente de la Nación.

Art. 59.- Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto.

Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

Art. 60.- Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Art. 61.- Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior.

Art. 62.- Cuando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el Gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Tercero

Disposiciones comunes a ambas Cámaras

Art. 63.- Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones.

Art. 64.- Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.

Art. 65.- Ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra.

Art. 66.- Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos.

Art. 67.- Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución.

Art. 68.- Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.

Art. 69.- Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Art. 70.- Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Art. 71.- Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes.

Art. 72.- Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala.

Art. 73.- Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso, ni los gobernadores de provincia por la de su mando.

Art. 74.- Los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Cuarto Atribuciones del Congreso

Art. 75.- Corresponde al Congreso:

1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

6. Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.

7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

9. Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios.

10. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas.

11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

14. Arreglar y establecer los correos generales de la Nación.

15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

16. Proveer a la seguridad de las fronteras

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.

21. Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección.

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.

26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

31. Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

Art. 76.- Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Quinto De la formación y sanción de las leyes

Art. 77.- Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

(*) Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras.

(*) Texto dispuesto por ley 24.430.

Art. 78.- Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.

Art. 79.- Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.

Art. 80.- Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Art. 81.- Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria,

a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

Art. 82.- La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

Art. 83.- Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen: ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.

Art. 84.- En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ... decretan o sancionan con fuerza de ley.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Sexto

De la Auditoría General de la Nación

Art. 85.- El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue.

Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Séptimo

Del defensor del pueblo

Art. 86.- El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

SECCIÓN SEGUNDA

Del Poder Ejecutivo

Capítulo Primero

De su naturaleza y duración

Art. 87.- El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina”.

Art. 88.- En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.

Art. 89.- Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador.

Art. 90.- El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.

Art. 91.- El presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde.

Art. 92.- El presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna.

Art. 93.- Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de: “desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina”.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Segundo

De la forma y tiempo de la elección del presidente y vicepresidente de la Nación

Art. 94.- El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Art. 95.- La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

Art. 96.- La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Art. 97.- Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Art. 98.- Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Tercero

Atribuciones del Poder Ejecutivo

Art. 99.- El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

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.

4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.

5. Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

6. Concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación.

7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.

8. Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.

9. Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.

10. Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la

recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.

11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

12. Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación.

13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas; y por sí solo en el campo de batalla.

14. Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.

15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

16. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23.

17. Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos.

18. Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público.

19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura.

20. Decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Cuarto

Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo

Art. 100.- El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:

1. Ejercer la administración general del país.

2. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera.

3. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.

4. Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación y, en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión, en aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia.

5. Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente.

6. Enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.

7. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional.

8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa.

9. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.

10. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.

11. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. El jefe de gabinete de ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio.

Art. 101.- El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71. 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.

Art. 102.- Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.

Art. 103.- Los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.

Art. 104.- Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos.

Art. 105.- No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros.

Art. 106.- Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar.

Art. 107.- Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

SECCION TERCERA

Del Poder Judicial

Capítulo Primero

De su naturaleza y duración

Art. 108.- El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

Art. 109.- En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

Art. 110.- Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

Art. 111.- Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador.

Art. 112.- En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

Art. 113.- La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados.

Art. 114.- El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

6. Dictar 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. 115.- Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causas expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Capítulo Segundo

Atribuciones del Poder Judicial

Art. 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Art. 117.- En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Art. 118.- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación con-

cedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Art. 119.- La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

SECCIÓN CUARTA

Del Ministerio Público

Art. 120.- El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

TITULO SEGUNDO

Gobiernos de provincia

Art. 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Art. 122.- Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

Art. 123.- 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. 124.- Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Art. 125.- Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

Art. 126.- Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

Art. 127.- Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.

Art. 128.- Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.

Art. 129.- La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones.

ANEXO II: *Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994)*

PREÁMBULO

Nos, los representantes de la provincia de Buenos Aires, reunidos por su voluntad y elección, con el objeto de constituir el mejor gobierno de todos y para todos, afianzar la justicia, consolidar la paz interna, proveer la seguridad común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para el pueblo y para los demás hombres que quieran habitar su suelo, invocando a Dios, fuente de toda razón y justicia, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución.

SECCIÓN I

Declaraciones, Derechos y Garantías

Artículo 1.- La provincia de Buenos Aires, como parte integrante de la República Argentina, constituida bajo la forma representativa republicana federal, tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que por la Constitución Nacional no hayan sido delegados al Gobierno de la Nación.

Artículo 2.- Todo poder público emana del pueblo; y así éste puede alterar o reformar la presente Constitución, siempre que el bien común lo exija y en la forma que por ella se establece.

Artículo 3.- En ningún caso y bajo ninguna circunstancia las autoridades provinciales pueden impedir la vigencia de esta Constitución.

Toda alteración, modificación, supresión o reforma de la presente Constitución dispuesta por un poder no constituido o realizada sin respetar los procedimientos en ella previstos, como así también la arrogación ilegítima de funciones de un poder en desmedro de otro, será nula de nulidad absoluta y los actos que de ellos se deriven quedarán sujetos a revisión ulterior.

Quienes ordenaren, ejecutaren o consintieren actos o hechos para desplazar inconstitucionalmente a las autoridades constituidas regularmente, y aquéllos que ejercieren funciones de responsabilidad o asesoramiento político en cualquiera de los poderes públicos, ya sean na-

cionales, provinciales o municipales, quedarán inhabilitados a perpetuidad para ejercer cargos o empleos públicos, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que fueren aplicables. También agravan y lesionan la sustancia del orden constitucional los actos de corrupción. La ley creará el Tribunal Social de Responsabilidad Política que tendrá a su cargo examinar los actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios de los poderes públicos, provinciales y municipales.

A los habitantes de la Provincia les asiste el derecho de no acatar las órdenes o disposiciones provenientes de los usurpadores de los poderes públicos.

Artículo 4.- Los límites territoriales de la Provincia son los que por derecho le corresponden, con arreglo a lo que la Constitución Nacional establece y sin perjuicio de las cesiones o tratados interprovinciales que puedan hacerse autorizados por la Legislatura, por ley sancionada por dos tercios de votos del número total de los miembros de cada Cámara.

Artículo 5.- La Capital de la provincia de Buenos Aires es la ciudad de La Plata, las Cámaras Legislativas, el Poder Ejecutivo y la Suprema Corte de Justicia, funcionarán permanentemente en esta ciudad, salvo los casos en que, por causas extraordinarias, la ley dispusiese transitoriamente otra cosa.

Artículo 6.- Se llevará un registro del estado civil de las personas, con carácter uniforme y sin distinción de nacionalidades o creencias religiosas y en la forma que lo establezca la ley.

Artículo 7.- Es inviolable en el territorio de la Provincia el derecho que todo hombre tiene para rendir culto a Dios Todopoderoso, libre y públicamente, según los dictados de su conciencia.

Artículo 8.- El uso de la libertad religiosa, reconocido en el artículo anterior, queda sujeto a lo que prescriben la moral y el orden público.

Artículo 9.- El Gobierno de la Provincia coopera a sostener el culto Católico Apostólico Romano, con arreglo a las prescripciones de la Constitución Nacional.

Artículo 10.- Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente.

Artículo 11.- Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución.

La Provincia no admite distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales.

Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social.

Artículo 12.- Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos:

- 1-. A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.
- 2-. A conocer la identidad de origen.
- 3-. Al respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral.
- 4-. A la información y a la comunicación.

5-. A la inviolabilidad de los documentos privados y cualquier otra forma de comunicación personal. La ley establecerá los casos de excepción en que por resolución judicial fundada podrá procederse al examen, interferencia o interceptación de los mismos o de la correspondencia epistolar.

Artículo 13.- La libertad de expresar pensamientos y opiniones por cualquier medio, es un derecho asegurado a los habitantes de la Provincia.

La Legislatura no dictará medidas preventivas, ni leyes o reglamentos que coarten, restrinjan o limiten el uso de la libertad de prensa.

Solamente podrán calificarse de abusos de la libertad de prensa los hechos constitutivos de delitos comunes. La determinación de sus penas incumbirá a la Legislatura y su juzgamiento, a los jueces y tribunales ordinarios. Mientras no se dicte la ley correspondiente, se aplicarán las sanciones determinadas por el Código Penal de la Nación.

Los delitos cometidos por medio de la prensa nunca se reputarán flagrantes. No se podrá secuestrar las imprentas y sus accesorios como instrumentos del delito durante los procesos. Se admitirá siempre la prueba como descargo, cuando se trate de la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos.

Artículo 14.- Queda asegurado a todos los habitantes de la Provincia el derecho de reunión pacífica para tratar asuntos públicos o privados, con tal que no turben el orden público, así como el de petición individual o colectiva, ante todas y cada una de sus autoridades, sea para solicitar gracia o justicia, instruir a sus representantes o para pedir la reparación de agravios. En ningún caso una reunión de personas podrá atribuirse la representación ni los derechos del pueblo, ni peticionar en su nombre, y los que lo hicieren cometen delito de sedición.

Artículo 15.- La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

Artículo 16.- Nadie podrá ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semi-plena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo en caso flagrante, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquiera persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez; ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente.

Artículo 17.- Toda orden de pesquisa, detención de una o más personas o embargo de propiedades, deberá especificar las personas u objetos de pesquisa o embargo, describiendo particularmente el lugar que debe ser registrado, y no se expedirá mandato de esta clase sino por hecho punible

apoyado en juramento o afirmación, sin cuyos requisitos la orden o mandato no será exequible.

Artículo 18.- No podrá juzgarse por comisiones ni tribunales especiales, cualquiera que sea la denominación que se les dé.

Artículo 19.- Todo aprehendido será notificado de la causa de su detención dentro de las veinticuatro horas.

Artículo 20.- Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales:

1.- Toda persona que de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal, podrá ejercer la garantía de Habeas Corpus recurriendo ante cualquier juez.

Igualmente se procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de su detención legal o en el de desaparición forzada de personas.

La presentación no requerirá formalidad alguna y podrá realizarse por sí mismo o a través de terceros, aún sin mandato.

El juez con conocimiento de los hechos y de resultar procedente, hará cesar inmediatamente y dentro de las veinticuatro horas, la restricción, amenaza o agravamiento, aún durante la vigencia del estado de sitio. Incurrirá en falta grave el juez o funcionario que no cumpliera con las disposiciones precedentes.

2.- La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos. El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Habeas Corpus.

No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial.

La ley regulará el Amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada.

En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos.

3.- A través de la garantía de Habeas Data que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como la finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística. Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.

Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces

resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar.

Artículo 21.- Podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente.

La ley determinará las condiciones y efectos de la fianza, atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, peligrosidad del agente y demás circunstancias, y la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional.

Artículo 22.- Todo habitante de la Provincia, tiene el derecho de entrar y salir del país, de ir y venir, llevando consigo sus bienes, salvo el derecho de tercero.

Artículo 23.- La correspondencia epistolar es inviolable.

Artículo 24.- El domicilio de una persona no podrá ser allanado sino por orden escrita de juez o de las autoridades municipales encargadas de vigilar la ejecución de los reglamentos de salubridad pública y a este solo objeto.

Artículo 25.- Ningún habitante de la Provincia estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni será privado de hacer lo que ella no prohíbe.

Artículo 26.- Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden público ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Artículo 27.- La libertad de trabajo, industria y comercio, es un derecho asegurado a todo habitante de la Provincia, siempre que no ofenda o perjudique a la moral o a la salubridad pública, ni sea contrario a las leyes del país o a los derechos de tercero.

Artículo 28.- Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras.

La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada.

En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales. Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna.

Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.

Artículo 29.- A ningún acusado se le obligará a prestar juramento, ni a declarar contra sí mismo en materia criminal, ni será encausado dos veces por un mismo delito.

Artículo 30.- Las prisiones son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos. Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centro de trabajo y moralización. Todo rigor innecesario hace responsable a las autoridades que lo ejerzan.

Artículo 31.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Provincia puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

Artículo 32.- Se ratifican para siempre las leyes de libertad de vientres y las que prohíben el tráfico de esclavos, la confiscación de bienes, el tormento, las penas crueles, infamia trascendental, mayorazgos y vinculaciones de toda especie, debiendo ser enajenable toda propiedad.

Artículo 33.- Ninguna persona será encarcelada por deudas en causa civil, salvo los casos de fraude o culpa especificados por ley.

Artículo 34.- Los extranjeros gozarán en el territorio de la Provincia de todos los derechos civiles del ciudadano y de los demás que esta Constitución les acuerda.

Artículo 35.- La libertad de enseñar y aprender no podrá ser coartada por medidas preventivas.

Artículo 36.- La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:

1-. De la Familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material.

2-. De la Niñez. Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos.

3-. De la Juventud. Los jóvenes tienen derecho al desarrollo de sus aptitudes y a la plena participación e inserción laboral, cultural y comunitaria.

4-. De la Mujer. Toda mujer tiene derecho a no ser discriminada por su sexo, a la igualdad de oportunidades, a una protección especial durante los estados de embarazo y lactancia, y las condiciones laborales deben permitir el cumplimiento de su esencial función familiar. La Provincia promoverá políticas de asistencia a la madre sola sostén de hogar.

5-. De la Discapacidad. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados.

6-. De la Tercera Edad. Todas las personas de la Tercera Edad tienen derecho a la protección integral por parte de su familia. La Provincia promoverá políticas asistenciales y de revalorización de su rol activo.

7-. A la Vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos.

Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma.

8-. A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxicodependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización.

9-. De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan.

10-. De los Veteranos de Guerra. La Provincia adoptará políticas orientadas a la asistencia y protección de los veteranos de guerra facilitando el acceso a la salud, al trabajo y a una vivienda digna.

Artículo 37.- Todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho a recibir, a través de políticas efectivas de acción social y salud, las utilidades producidas por los juegos de azar, debidamente creados y reglamentados por ley.

La Provincia se reserva, como derecho no delegado al Estado Federal, la administración y explotación de todos los casinos y salas de juegos relativas a los mismos, existentes o a crearse; en tal sentido esta Constitución no admite la privatización o concesión de la banca estatal a través de ninguna forma jurídica.

La ley que reglamente lo anteriormente consagrado podrá permitir la participación del capital privado en emprendimientos de desarrollo turístico, en tanto no implique la modificación del apartado anterior.

Artículo 38.- Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz.

La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.

Artículo 39.- El trabajo es un derecho y un deber social.

1-. En especial se establece: derecho al trabajo, a una retribución justa, a condiciones dignas de trabajo, al bienestar, a la jornada limitada, al descanso semanal, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil.

A tal fin, la Provincia deberá: fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador y ejercer en forma indelegable el poder de policía en materia laboral; propiciar el pleno empleo, estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo; promover la capacitación y formación de los trabajadores, impulsar la colaboración entre empresarios y trabajadores, y la solución de los conflictos mediante la conciliación, y establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo.

2- La Provincia reconoce los derechos de asociación y libertad sindical, los convenios colectivos, el derecho de huelga y las garantías al fuero sindical de los representantes gremiales.

3- En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador.

4- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 inciso 12 de esta Constitución, la Provincia garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la substanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquellos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo.

Artículo 40.- La Provincia ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público provincial.

El sistema de seguridad social para los agentes públicos estará a cargo de entidades con autonomía económica y financiera administradas por la Provincia con participación en las mismas de representantes de los afiliados conforme lo establezca la ley.

La Provincia reconoce la existencia de cajas y sistemas de seguridad social de profesionales.

Artículo 41.- La Provincia reconoce a las entidades intermedias expresivas de las actividades culturales, gremiales, sociales y económicas, y garantiza el derecho a la constitución y desenvolvimiento de colegios o consejos profesionales.

Asimismo fomenta la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales, otorgándoles un tratamiento tributario y financiamiento acorde con su naturaleza.

Artículo 42.- Las Universidades y Facultades científicas erigidas legalmente, expedirán los títulos y grados de su competencia, sin más condición que la de exigir exámenes suficientes en el tiempo en que el candidato lo solicite, de acuerdo con los reglamentos de las Facultades respectivas, quedando a la Legislatura la facultad de determinar lo concerniente al ejercicio de las profesiones liberales.

Artículo 43.- La Provincia fomenta la investigación científica y tecnológica, la transferencia de sus resultados a los habitantes cuando se efectúe con recursos del Estado y la difusión de los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de sistemas adecuados de información, a fin de lograr un sostenido desarrollo económico y social que atienda a una mejor calidad de vida de la población.

Artículo 44.- La Provincia preserva, enriquece y difunde su patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico, y protege sus instituciones.

La Provincia desarrollará políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifes-

taciones culturales, individuales o colectivas, y las realizaciones del pueblo que afirmen su identidad regional, provincial y nacional, generando ámbitos de participación comunitaria.

Artículo 45.- Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ella.

Artículo 46.- No podrá acordarse remuneración extraordinaria a ninguno de los miembros de los poderes públicos y ministros secretarios, por servicios hechos o que se les encargaren en el ejercicio de sus funciones, o por comisiones especiales o extraordinarias.

Artículo 47.- No podrá autorizarse empréstito alguno sobre el crédito general de la Provincia, ni emisión de fondos públicos, sino por ley sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes de cada Cámara.

Artículo 48.- Toda ley que sancione empréstito deberá especificar los recursos especiales con que deba hacerse el servicio de la deuda y su amortización.

Artículo 49.- No podrán aplicarse los recursos que se obtengan por empréstito sino a los objetos determinados, que debe especificar la ley que lo autorice, bajo responsabilidad de la autoridad que los invierta o destine a otros objetos.

Artículo 50.- La Legislatura no podrá disponer de suma alguna del capital del Banco de la Provincia.

Artículo 51.- Ningún impuesto establecido o aumentado para sufragar la construcción de obras especiales, podrá ser aplicado interina o definitivamente a objetos distintos de los determinados en la ley de su creación, ni durará por más tiempo que el que se emplee en redimir la deuda que se contraiga.

Artículo 52.- Los empleados públicos a cuya elección o nombramiento no provea esta Constitución, serán nombrados por el Poder Ejecutivo.

Artículo 53.- No podrá acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional, con excepción de los del magisterio en ejercicio. En cuanto a los empleos gratuitos y comisiones eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles.

Artículo 54.- Todo funcionario y empleado de la Provincia, cuya residencia no esté regida por esta Constitución, deberá tener su domicilio real en el partido donde ejerza sus funciones. La ley determinará las penas que deban aplicarse a los infractores y los casos en que pueda acordarse, licencias temporales.

Artículo 55.- El defensor del pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la Administración pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser

designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. Una ley especial regulará su organización y funcionamiento.

Artículo 56.- Las declaraciones, derechos y garantías enumerados en esta Constitución, no serán interpretados como negación o mengua de otros derechos y garantías no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo, que nacen del principio de la soberanía popular y que corresponden al hombre en su calidad de tal.

Artículo 57.- Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado.

SECCIÓN II

Régimen Electoral

Capítulo Único

Disposiciones generales

Artículo 58.- La representación política tiene por base la población y con arreglo a ella se ejercerá el derecho electoral.

Artículo 59.-

1-. Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y las leyes que se dicten en consecuencia.

La atribución del sufragio popular es un derecho inherente a la condición de ciudadano argentino y del extranjero en las condiciones que determine la ley, y un deber que se desempeña con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a la ley de la materia.

El sufragio será universal, igual, secreto y obligatorio.

2-. Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a la Constitución Nacional, a esta Constitución y a la ley que en su consecuencia se dicte, garantizándose su organización y funcionamiento democrático, la representación de las minorías, la competencia exclusiva para la postulación de los candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas.

La Provincia contribuye al sostenimiento económico de los partidos políticos, los que deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonios.

Artículo 60.- La proporcionalidad de la representación será la regla en todas las elecciones

populares para integrar cuerpos colegiados, a fin de dar a cada opinión un número de representantes proporcional al número de sus adherentes, según el sistema que para la aplicación de este principio determine la ley.

A los efectos de mantener la regla establecida en este artículo, la Legislatura determinará la forma y oportunidad del reemplazo por suplentes, de legisladores, municipales y consejeros escolares, en los casos de vacante. Con el mismo objeto, no se convocará a elecciones por menos de tres vacantes.

Artículo 61.- La Legislatura dictará la ley electoral; ésta será uniforme para toda la Provincia y se sujetará a las disposiciones precedentes y a las que se expresan a continuación:

1-. Cada uno de los partidos en que se divida la Provincia, constituirá un distrito electoral; los distritos electorales serán agrupados en secciones electorales. No se formará ninguna sección electoral a la que le corresponda elegir menos de tres senadores y seis diputados. La capital de la Provincia formará una sección electoral.

2-. Se votará personalmente y por boletas en que consten los nombres de los candidatos.

3-. Los electores votarán en el distrito electoral de su residencia.

4-. Los electores estarán obligados a desempeñar las funciones electorales que les encomienden las autoridades creadas por esta Constitución y la ley electoral; se determinarán sanciones para los infractores.

Artículo 62.- Habrá una Junta Electoral permanente, integrada por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres Cámaras de Apelación del Departamento de la Capital, que funcionará en el local de la Legislatura, bajo la presidencia del primero. En caso de impedimento serán reemplazados por sus sustitutos legales.

Artículo 63.- Corresponderá a la Junta Electoral:

1-. Formar y depurar el registro de electores;

2-. Designar y remover los electores encargados de recibir los sufragios;

3-. Realizar los escrutinios, sin perjuicio de lo que disponga la Legislatura en el caso de resolver la simultaneidad de las elecciones nacionales y provinciales;

4-. Juzgar de la validez de las elecciones;

5-. Diplomar a los legisladores, municipales y consejeros escolares, quienes con esa credencial, quedarán habilitados para ejercer sus respectivos mandatos.

Estas atribuciones y las demás que le acuerde la Legislatura, serán ejercidas con sujeción al procedimiento que determine la ley.

Artículo 64.- A los efectos del escrutinio, los miembros del Ministerio Público y los secretarios de la Suprema Corte de Justicia y de las Cámaras de Apelación, serán auxiliares de la Junta Electoral.

Artículo 65.- Toda elección deberá terminarse en un solo día, sin que las autoridades puedan suspenderla por ningún motivo.

Artículo 66.- Los electores encargados de recibir los sufragios, tendrán a su cargo el orden inmediato en el comicio durante el ejercicio de sus funciones y para conservarlo o restablecerlo, podrán requerir el auxilio de la fuerza pública.

SECCIÓN III

Capítulo Único

Artículo 67.-

1-. Los electores tienen el derecho de iniciativa para la presentación de proyectos de ley, con excepción de los referidos a reforma constitucional, aprobación de tratados y convenios, presupuesto, recursos, creación de municipios y de órganos jurisdiccionales, debiendo la Legislatura darle expreso tratamiento dentro del término de doce meses. La ley determinará las condiciones, requisitos y porcentaje de electores que deberán suscribir la iniciativa.

2-. Todo asunto de especial trascendencia para la Provincia, podrá ser sometido a consulta popular por la Legislatura o por el Poder Ejecutivo, dentro de las respectivas competencias. La consulta podrá ser obligatoria y vinculante por el voto de la mayoría absoluta del total de los miembros de cada Cámara.

3-. Todo proyecto de ley podrá ser sometido a consulta popular, para su ratificación o rechazo, por el voto de la mayoría absoluta del total de los miembros de cada Cámara. Ratificado el proyecto se promulgará como ley en forma automática.

4-. La ley reglamentaria establecerá las condiciones, requisitos, materias y procedimientos que regirán para las diferentes formas de consulta popular.

5-. La Legislatura por dos tercios de votos del total de los miembros de cada Cámara, podrá establecer otras formas de participación popular.

SECCIÓN IV

Poder Legislativo

Capítulo I

De la Legislatura

Artículo 68.- El Poder Legislativo de la Provincia será ejercido por dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores, elegidos directamente por los electores, con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a la ley de la materia.

Capítulo II

De la Cámara de Diputados

Artículo 69.- Esta Cámara se compondrá de ochenta y cuatro diputados. La Legislatura, por dos tercios de votos del total de los miembros de cada Cámara, podrá elevar esta cantidad hasta cien como máximo. Se determinará con arreglo a cada censo nacional o provincial, debidamente aprobado, el número de habitantes que ha de representar cada diputado.

Artículo 70.- El cargo de diputado durará cuatro años, pero la Cámara se renovará por mitad cada dos años.

Artículo 71.- Para ser diputado se requieren las cualidades siguientes:

1-. Ciudadanía natural en ejercicio, o legal después de cinco años de obtenida, y residencia inmediata de un año para los que no sean hijos de la Provincia.

2-. Veintidós años de edad.

Artículo 72.- Es incompatible el cargo de diputado con el de empleado a sueldo de la Provincia o de la Nación, y de miembro de los directorios de los establecimientos públicos de la Provincia. Exceptúanse los del magisterio en ejercicio y las comisiones eventuales.

Todo ciudadano que siendo diputado aceptase cualquier empleo de los expresados en el primer párrafo de este artículo, cesará por ese hecho de ser miembro de la Cámara.

Artículo 73.- Es de competencia exclusiva de la Cámara de Diputados:

1-. Prestar su acuerdo al Poder Ejecutivo para el nombramiento de los miembros del Consejo General de Cultura y Educación;

2-. Acusar ante el Senado al gobernador de la Provincia y sus ministros, al vicegobernador, a los miembros de la Suprema Corte de Justicia, al procurador y subprocurador general de la misma, y al fiscal de Estado por delitos en el desempeño de sus funciones o falta de cumplimiento a los deberes de su cargo.

Para usar de esta atribución, deberá proceder una sanción de la Cámara por dos tercios de votos de sus miembros presentes, que declare que hay lugar a formación de causa.

Cualquier habitante de la Provincia tiene acción para denunciar ante la Cámara de Diputados el delito o falta, a efectos de que se promueva la acusación. La ley determinará el procedimiento de estos juicios.

Artículo 74.- Cuando se deduzca acusación por delitos comunes contra los funcionarios acusables por la Cámara de Diputados, no podrá procederse contra sus personas, sin que previamente el tribunal competente solicite el juicio político y la Legislatura haga lugar a la acusación y al allanamiento de la inmunidad del acusado.

Capítulo III

Del Senado

Artículo 75.- Esta Cámara se compondrá de cuarenta y dos senadores. La Legislatura, por dos tercios de votos del total de los miembros de cada Cámara, podrá elevar esta cantidad hasta cincuenta, como máximo, estableciendo el número de habitantes que ha de representar cada senador, de acuerdo con lo prescripto en el artículo 69.

Artículo 76.- Son requisitos para ser senador:

1-. Ciudadanía natural en ejercicio, o legal después de cinco años de obtenida y residencia inmediata de un año para los que no sean hijos de la Provincia.

2-. Tener treinta años de edad.

Artículo 77.- Son también aplicables al cargo de senador las incompatibilidades establecidas en el artículo 72 para los diputados, en los términos allí prescriptos.

Artículo 78.- El cargo de senador durará cuatro años, pero la Cámara se renovará por mitad cada dos años.

Artículo 79.- Es atribución exclusiva del Senado juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, constituyéndose al efecto en tribunal y prestando sus miembros juramento o afirmación para estos casos.

Cuando el acusado fuese el gobernador o el vicegobernador de la Provincia, deberá presidir el Senado el presidente de la Suprema Corte de Justicia, pero no tendrá voto.

Artículo 80.- El fallo del Senado en estos casos no tendrá más efecto que destituir al acusado y aún declararlo incapaz de ocupar ningún puesto de honor o a sueldo de la Provincia.

Ningún acusado podrá ser declarado culpable, sin una mayoría de dos tercios de votos de los miembros presentes. Deberá votarse en estos casos nominalmente y registrarse en el “Diario de Sesiones” el voto de cada senador.

Artículo 81.- El que fuese condenado en esta forma queda, sin embargo, sujeto a acusación y juicio ante los tribunales ordinarios.

Artículo 82.- Presta su acuerdo a los nombramientos que debe hacer el Poder Ejecutivo con este requisito y le presenta una terna alternativa para el nombramiento de tesorero y subtesorero, contador y subcontador de la Provincia.

Capítulo IV

Disposiciones comunes a ambas Cámaras

Artículo 83.- Las elecciones para diputados y senadores tendrán lugar cada dos años, en la fecha que la ley establezca.

Artículo 84.- Las Cámaras abrirán automáticamente sus sesiones ordinarias, el primer día hábil del mes de marzo de cada año y las cerrarán el treinta de noviembre. Funcionarán en la Capital de la Provincia pero podrán hacerlo por causas extraordinarias en otro punto, precediendo una disposición de ambas Cámaras que así lo autorice.

Artículo 85.- Los senadores y diputados residirán en la Provincia mientras dure el ejercicio de sus funciones.

Artículo 86.- Las Cámaras podrán ser convocadas por el Poder Ejecutivo a sesiones extraordinarias, siempre que un asunto de interés público y urgente lo exija o convocarse por sí mismas cuando, por la misma razón, lo soliciten doce senadores y veinticuatro diputados. En estos casos, sólo se ocuparán del asunto o asuntos de la convocatoria, empezando por declarar si ha llegado el caso de urgencia e interés público para hacer lugar al requerimiento.

Artículo 87.- Para funcionar necesitan mayoría absoluta del total de sus miembros, pero en número menor podrán reunirse al solo efecto de acordar las medidas que estimen convenientes para compeler a los inasistentes.

Artículo 88.- Ninguna de las Cámaras podrá suspender sus sesiones más de tres días sin acuerdo de la otra.

Artículo 89.- Ningún miembro del Poder Legislativo, durante su mandato, ni aún renunciando su cargo, podrá ser nombrado para desempeñar empleo alguno rentado que haya sido creado o cuyos emolumentos se hayan aumentado durante el período legal de la Legislatura en que haya actuado, ni ser parte en contrato alguno que resulte de una ley sancionada durante su período.

Artículo 90.- Cada Cámara podrá nombrar comisiones de su seno para examinar el estado del Tesoro y para el mejor desempeño de las atribuciones que le conciernan, y podrá pedir a los jefes de departamento de la Administración y por su conducto a sus subalternos, los informes que crea convenientes.

Artículo 91.- Podrán también expresar la opinión de su mayoría por medio de resoluciones o declaraciones sin fuerza de ley, sobre cualquier asunto político o administrativo que afecte los intereses generales de la Provincia o de la Nación.

Artículo 92.- Cada Cámara podrá hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo, para pedirles los informes que estime convenientes.

Artículo 93.- Cada Cámara se regirá por un reglamento especial y nombrará su presidente y vicepresidentes, a excepción del presidente del Senado, que lo será el vicegobernador, quien no tendrá voto sino en caso de empate.

Los funcionarios y empleados de ambas Cámaras, serán designados en la forma que determinen sus respectivos reglamentos.

Artículo 94.- La Legislatura sancionará su presupuesto, acordando el número de empleados que necesite, su dotación y la forma en que deben proveerse. Esta ley no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo.

Artículo 95.- Las sesiones de ambas Cámaras serán públicas, y sólo podrán ser secretas por acuerdo de la mayoría.

Artículo 96.- Los miembros de ambas Cámaras son inviolables por las opiniones que manifiesten y votos que emitan en el desempeño de su cargo.

No hay autoridad alguna que pueda procesarlos y reconvenirlos en ningún tiempo por tales causas.

Artículo 97.- Los senadores y diputados gozarán de completa inmunidad en su persona desde el día de su elección hasta el día en que cese su mandato, y no podrán ser detenidos por ninguna autoridad sino en caso de ser sorprendidos en la ejecución flagrante de algún crimen, dándose inmediatamente cuenta a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho, para que resuelva lo que corresponda, según el caso, sobre la inmunidad personal.

Artículo 98.- Cuando se deduzca acusación ante la justicia contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario, de la acusación o información traída, podrá la Cámara respectiva, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, dejándolo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Artículo 99.- Cada Cámara podrá corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, por dos tercios de votos; y en caso de reincidencia, podrá expulsarlo por el mismo número de votos.

Por inasistencia notable podrá también declararlo cesante en la misma forma.

Artículo 100.- Cada Cámara tendrá jurisdicción para corregir los actos que atenten contra su autoridad, dignidad e independencia y contra las inmunidades de sus miembros. La ley definirá los casos y las penas para la aplicación de este artículo.

Artículo 101.- Al aceptar el cargo los diputados y senadores, jurarán por Dios y por la Patria, o por la Patria, desempeñarlo fielmente.

Artículo 102.- Los senadores y diputados gozarán de una remuneración determinada por la Legislatura.

Capítulo V

Atribuciones del Poder Legislativo

Artículo 103.- Corresponde al Poder Legislativo:

1-. Establecer los impuestos y contribuciones necesarios para los gastos de servicio público, debiendo estas cargas ser uniformes en toda la Provincia.

2-. Fijar anualmente el cálculo de recursos y el presupuesto de gastos. Con relación a nuevos gastos, dentro de la ley de presupuesto, la iniciativa corresponderá exclusivamente al Poder Ejecutivo; pero la Legislatura podrá disminuir o suprimir los que le fuesen propuestos. La ley de presupuesto será la base a que debe sujetarse todo gasto en la Administración general de la Provincia.

Si el Poder Ejecutivo no remitiera los proyectos de presupuesto y leyes de recursos para el ejercicio siguiente antes del 31 de agosto, la Legislatura podrá iniciar su estudio y sancionarlos, tomando por base las leyes vigentes.

Vencido el ejercicio administrativo sin que la Legislatura hubiese sancionado una nueva ley de gastos y recursos, se tendrán por prorrogadas las que hasta ese momento se encontraban en vigor.

3-. Crear y suprimir empleos para la mejor administración de la Provincia, determinando sus atribuciones, responsabilidades y dotación, con la limitación a que se refiere el primer párrafo del inciso anterior.

4-. Fijar las divisiones territoriales para la mejor administración.

5-. Conceder indultos y acordar amnistías por delitos de sedición en la Provincia.

6-. Conceder privilegios por un tiempo limitado a los autores o inventores, perfeccionadores y primeros introductores de nuevas industrias para explotarse sólo en la Provincia, sin perjuicio de las atribuciones del Gobierno General.

7-. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades de todos los recaudadores de rentas y tesoreros de la Provincia y sus municipios.

8-. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos.

9-. Aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebre con otras provincias.

10-. Discernir honores y recompensas pecuniarias por una sola vez, y con dos tercios de votos del número total de miembros de cada Cámara, por servicios distinguidos prestados a la Provincia.

11-. Dictar la Ley Orgánica del Montepío Civil.

12-. Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades.

13-. Dictar todas aquellas leyes necesarias para el mejor desempeño de las anteriores atribuciones y para todo asunto de interés público y general de la Provincia, cuya naturaleza y objeto no corresponda privativamente a los poderes nacionales.

Capítulo VI

Procedimiento para la formación de las leyes

Artículo 104.- Toda ley puede tener principio en cualquiera de las Cámaras y se propondrá en forma de proyecto por cualquiera de los miembros de cada Cámara y también por el Poder Ejecutivo. Toda ley especial que autorice gastos, necesitará para su aprobación, el voto de los dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara.

Artículo 105.- Aprobado un proyecto por la Cámara de su origen, pasará para su revisión a la otra y si ésta también lo aprobase, se comunicará al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Artículo 106.- Si la Cámara revisora modifica el proyecto que se le ha remitido, volverá a la iniciadora y si ésta aprueba las modificaciones pasará al Poder Ejecutivo.

Si las modificaciones fuesen rechazadas, volverá por segunda vez el proyecto a la Cámara revisora y si ella no tuviese dos tercios para insistir, prevalecerá la sanción de la iniciadora. Pero si concurriesen dos tercios de votos para sostener las modificaciones, el proyecto pasará de nuevo a la Cámara de su origen, la que necesitará igualmente el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, para que su sanción se comunique al Poder Ejecutivo.

Artículo 107.- Ningún proyecto de ley rechazado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año.

Un proyecto sancionado por una de las Cámaras y no votado por la otra en ese año o en el siguiente, se considerará rechazado.

Artículo 108.- El Poder Ejecutivo deberá promulgar los proyectos de ley sancionados dentro de diez días de haberle sido remitidos por la Legislatura; pero podrá devolverlos con observaciones durante dicho plazo, y si una vez transcurrido no ha hecho la promulgación, ni los ha devuelto con sus objeciones, serán ley de la Provincia y deberán promulgarse y publicarse en el día inmediato por el Poder Ejecutivo, o en su defecto, se publicarán por el presidente de la Cámara que hubiese prestado la sanción definitiva.

En cuanto a la ley general de presupuesto, que fuese observada por el Poder Ejecutivo, sólo será reconsiderada en la parte objetada, quedando en vigencia lo demás de ella.

Artículo 109.- Si antes del vencimiento de los diez días, hubiese tenido lugar la clausura de las Cámaras, el Poder Ejecutivo deberá, dentro de dicho término, remitir el proyecto vetado a la Secretaría de la Cámara de su origen, sin cuyo requisito no tendrá efecto el veto.

Artículo 110.- Devuelto un proyecto por el Poder Ejecutivo, será reconsiderado primero en la Cámara de su origen, pasando luego a la revisora; y si ambas insisten en su sanción por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, el proyecto será ley y el Poder Ejecutivo se hallará obligado a promulgarlo. En caso contrario no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.

Artículo 111.- Si un proyecto de ley observado volviere a ser sancionado en uno de los dos periodos legislativos subsiguientes, el Poder Ejecutivo no podrá observarlo de nuevo, estando obligado a promulgarlo como ley.

Artículo 112.- En la sanción de las leyes se usará la siguiente fórmula:
“El Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, sancionan con fuerza de ley, etcétera.”

Capítulo VII

De la Asamblea Legislativa

Artículo 113.- Ambas Cámaras sólo se reunirán para el desempeño de las funciones siguientes:

- 1-. Apertura y clausura de las sesiones;
- 2-. Para recibir el juramento de ley al gobernador y vicegobernador de la Provincia;
- 3-. Para tomar en consideración y admitir o desechar las renunciaciones que hicieren de su cargo los mismos funcionarios;
- 4-. Para verificar la elección de senadores al Congreso Nacional;
- 5-. Para tomar conocimiento del resultado del escrutinio de la elección de gobernador y vicegobernador y proclamar a los electos;
- 6-. Para considerar la renuncia de los senadores electos al Congreso de la Nación, antes de que el Senado tome conocimiento de su elección.

Artículo 114.- Todos los nombramientos que se defieren a la Asamblea General deberán hacerse a mayoría absoluta de los miembros presentes.

Artículo 115.- Si hecho el escrutinio no resultare candidato con mayoría absoluta, deberá repetirse la votación, contrayéndose a los dos candidatos que hubiesen obtenido más votos en la anterior; y en caso de empate, decidirá el presidente.

Artículo 116.- De las excusaciones que se presenten de nombramientos hechos por la Asamblea, conocerá ella misma, procediendo según fuese su resultado.

Artículo 117.- Las reuniones de la Asamblea General serán presididas por el vicegobernador,

en su defecto, por el vicepresidente del Senado, y a falta de éste, por el presidente de la Cámara de Diputados.

Artículo 118.- No podrá funcionar la Asamblea sin la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

SECCIÓN V

Poder Ejecutivo

Capítulo I

De su naturaleza y duración

Artículo 119.- El Poder Ejecutivo de la Provincia será desempeñado por un ciudadano con el título de gobernador de la provincia de Buenos Aires.

Artículo 120.- Al mismo tiempo y por el mismo período que se elija gobernador, será elegido un vicegobernador.

Artículo 121.- Para ser elegido gobernador o vicegobernador, se requiere:

1-. Haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, si hubiese nacido en país extranjero.

2-. Tener treinta años de edad.

3-. Cinco años de domicilio en la Provincia con ejercicio de ciudadanía no interrumpida, si no hubiese nacido en ella.

Artículo 122.- El gobernador y el vicegobernador durarán cuatro años en el ejercicio de sus funciones, y cesarán en ellas en el mismo día en que expire el período legal, sin que evento alguno pueda motivar su prorrogación por un día más, ni tampoco que se les complete más tarde.

Artículo 123.- El gobernador y el vicegobernador pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período.

Artículo 124.- En caso de muerte, destitución, renuncia, enfermedad, suspensión o ausencia del gobernador, las funciones de Poder Ejecutivo serán desempeñadas por el vicegobernador, por todo el resto del período legal, en los tres primeros casos, o hasta que haya cesado la inhabilidad temporaria, en los tres últimos.

Artículo 125.- Si la inhabilidad temporaria afectase simultáneamente al gobernador y al vicegobernador, el vicepresidente primero del Senado se hará cargo del Poder Ejecutivo, hasta que aquélla cese en uno de ellos. Dicho funcionario también se hará cargo del Poder Ejecutivo, cuando en el momento de producirse la enfermedad, suspensión o ausencia del gobernador, no exista vicegobernador, o cuando al producirse la muerte, destitución o renuncia del goberna-

dor, el vicegobernador estuviera afectado de inhabilidad temporaria, o cuando la inhabilidad temporaria, afectase al vicegobernador en ejercicio definitivo de las funciones de gobernador.

Artículo 126.- En el caso de muerte, destitución o renuncia del gobernador, cuando no exista vicegobernador o del vicegobernador que hubiese asumido definitivamente las funciones de gobernador, el Poder Ejecutivo, será desempeñado por el vicepresidente primero del Senado, pero dentro de los treinta días de producida la vacante se reunirá la Asamblea Legislativa y designará de su seno un gobernador interino, que se hará cargo inmediatamente del Poder Ejecutivo.

El gobernador interino deberá reunir las condiciones establecidas en el artículo 121 y durará en sus funciones hasta que asuma el nuevo gobernador.

Si la vacante tuviere lugar en la primera mitad del período en ejercicio se procederá a elegir gobernador y vicegobernador en la primera elección de renovación de la Legislatura que se realice, quienes completarán el período Constitucional correspondiente a los mandatarios reemplazados.

El gobernador y el vicegobernador electos tomarán posesión de sus cargos el primer día hábil posterior a la integración de las Cámaras con la incorporación de los legisladores electos en la misma elección.

Artículo 127.- Si la acefalía se produjese por muerte, destitución o renuncia del gobernador interino, se procederá como ha sido previsto en el artículo anterior.

Artículo 128.- En los mismos casos en que el vicegobernador reemplaza al gobernador, el vicepresidente del Senado reemplaza al vicegobernador.

Artículo 129.- La Legislatura dictará una ley que determine el funcionario que deberá desempeñar el cargo provisoriamente para los casos en que el gobernador, vicegobernador y vicepresidente del Senado no pudiesen desempeñar las funciones del Poder Ejecutivo.

Artículo 130.- El gobernador y el vicegobernador en ejercicio de sus funciones, residirán en la Capital de la Provincia y no podrán ausentarse del territorio provincial por más de treinta días sin autorización legislativa.

Artículo 131.- En el receso de las Cámaras sólo podrán ausentarse por un motivo urgente de interés público y por el tiempo indispensable, dando cuenta a aquéllas oportunamente.

Artículo 132 - Al tomar posesión del cargo, el gobernador y el vicegobernador prestarán juramento ante el presidente de la Asamblea Legislativa en los términos siguientes:

“Juro por Dios y por la Patria y sobre estos Santos Evangelios, observar y hacer observar la Constitución de la Provincia, desempeñando con lealtad y honradez el cargo de gobernador (o vicegobernador). Si así no lo hiciere, Dios y la Patria me lo demanden.”

Artículo 133.- El gobernador y el vicegobernador gozan del sueldo que la ley determine, no pudiendo ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante éste no podrán ejercer otro empleo ni recibir otro emolumento de la Nación o de la Provincia.

Capítulo II

Elección de gobernador y vicegobernador

Artículo 134.- La elección de gobernador y vicegobernador será hecha directamente por el pueblo, por simple mayoría de votos; cada elector votará el nombre de un ciudadano para gobernador y el de otro ciudadano para vicegobernador.

Artículo 135.- La elección tendrá lugar conjuntamente con la de senadores y diputados del año que corresponda.

Artículo 136.- La Junta Electoral practicará el escrutinio y remitirá constancia del mismo al gobernador de la Provincia y al presidente de la Asamblea Legislativa.

Artículo 137.- Una vez que el presidente de la Asamblea Legislativa haya recibido comunicación del escrutinio, convocará a la Asamblea con tres días de anticipación, a fin de que este Cuerpo tome conocimiento del resultado y proclame y diplome a los ciudadanos que hayan sido elegidos gobernador y vicegobernador.

En caso de empate, la Asamblea resolverá por mayoría absoluta de votos cual de los ciudadanos que hayan empatado debe desempeñar el cargo. Esta sesión de Asamblea no podrá levantarse hasta no haber terminado su cometido.

Artículo 138.- El presidente de la Asamblea Legislativa comunicará el resultado de la sesión a que se refiere el artículo anterior, a los ciudadanos electos y al gobernador de la Provincia.

Artículo 139.- Los ciudadanos que resulten electos gobernador y vicegobernador, deberán comunicar al presidente de la Asamblea Legislativa y al gobernador de la Provincia, la aceptación del cargo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que les fue comunicado su nombramiento.

Artículo 140.- Aceptado que sea el cargo de gobernador y vicegobernador por los ciudadanos que hayan resultado electos, el presidente de la Asamblea Legislativa fijará y les comunicará la hora en que habrán de presentarse a prestar juramento el primer día hábil posterior a la integración de las Cámaras. Igual comunicación se hará al gobernador de la Provincia.

Artículo 141.- Corresponde a la Asamblea Legislativa conocer en las renunciaciones del gobernador y vicegobernador electos.

Artículo 142.- Aceptadas que sean las renunciaciones del gobernador y vicegobernador electos, se reunirá la Asamblea Legislativa y designará gobernador interino en las condiciones y por el tiempo establecido en el artículo 126. Pero si sólo hubiese sido aceptada la renuncia del gobernador electo o del vicegobernador electo, aquél de los dos que no hubiese renunciado, o cuya renuncia no hubiese sido aceptada, prestará juramento y se hará cargo del Poder Ejecutivo, sin que se proceda a realizar una nueva elección.

Artículo 143.- Una vez aceptado el cargo, el gobernador y vicegobernador electos gozarán de las mismas inmunidades personales de los senadores y diputados.

Capítulo III

Atribuciones del Poder Ejecutivo

Artículo 144.- El gobernador es el jefe de la Administración de la Provincia, y tiene las siguientes atribuciones:

1-. Nombrar y remover los ministros secretarios del despacho.

2-. Promulgar y hacer ejecutar las leyes de la Provincia, facilitando su ejecución por reglamentos y disposiciones especiales que no alteren su espíritu.

3-. Concurrir a la formación de las leyes, con arreglo a la Constitución, teniendo el derecho de iniciarlas por proyectos presentados a las Cámaras, y de tomar parte en su discusión por medio de los ministros.

4-. El gobernador podrá conmutar las penas impuestas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial, previo informe motivado de la Suprema Corte de Justicia, sobre la oportunidad y conveniencia de la conmutación y con arreglo a la ley reglamentaria que determinará los casos y la forma en que pueda solicitarse, debiendo ponerse en conocimiento de la Asamblea Legislativa, las razones que hayan motivado en cada caso la conmutación de la pena.

El gobernador no podrá ejercer esta atribución cuando se trate de delitos en que el Senado conoce como juez, y de aquéllos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

5-. Ejercerá los derechos de patronato como vicepatrono, hasta que el Congreso Nacional, en uso de la atribución que le confiere el artículo 67, inciso 19 de la Constitución de la República, dicte la ley de la materia.

6-. A la apertura de la Legislatura la informará del estado general de la Administración.

7-. Convocar al pueblo de la Provincia a todas la elecciones en la oportunidad debida, sin que por ningún motivo pueda diferirlas.

8-. Convocar a sesiones extraordinarias a la Legislatura o a cualquiera de las Cámaras, cuando lo exija un grande interés público, salvo el derecho del Cuerpo convocado para apreciar y decidir después de reunido, sobre los fundamentos de la convocatoria.

9-. Hacer recaudar las rentas de la Provincia y decretar su inversión con arreglo a las leyes, debiendo hacer publicar mensualmente el estado de la Tesorería.

10-. Celebrar y firmar tratados parciales con otras provincias para fines de la Administración de Justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con aprobación de la Legislatura y dando conocimiento al Congreso Nacional.

11-. Es el comandante en jefe de las fuerzas militares de la Provincia, con excepción de aquellas que hayan sido movilizadas para objetos nacionales.

12-. Movilizar la milicia provincial en caso de conmoción interior que ponga en peligro la seguridad de la Provincia, con autorización de la Legislatura, y por sí solo durante el receso, dando cuenta en las próximas sesiones, sin perjuicio de hacerlo inmediatamente a la autoridad nacional.

13-. Decretar también la movilización de las milicias, en los casos previstos por el inciso vigésimo cuarto, artículo sesenta y siete de la Constitución Nacional.

14-. Expedir despachos a los oficiales que nombre para organizar la milicia de la Provincia

y para poner en ejercicio las facultades acordadas en los dos incisos que preceden. En cuanto a los jefes, expide también despachos hasta teniente coronel. Para dar el de coronel se requiere el acuerdo del Senado.

15-. Es agente inmediato y directo del Gobierno Nacional para hacer cumplir en la Provincia la Constitución y las leyes de la Nación.

16-. Da cuenta a las Cámaras Legislativas del estado de la hacienda y de la inversión de los fondos votados para el ejercicio precedente y remite antes del 31 de agosto los proyectos de presupuesto de la Administración y las leyes de recursos.

17-. No podrá acordar goce de sueldo o pensión sino por alguno de los títulos que las leyes expresamente determinan.

18-. Nombra, con acuerdo del Senado:

1.- El fiscal de Estado.

2.- El director general de Cultura y Educación.

3.- El presidente y los vocales del Tribunal de Cuentas.

4.- El presidente y los directores del Banco de la Provincia que le corresponda designar.

Y con acuerdo de la Cámara de Diputados, los miembros del Consejo General de Cultura y Educación.

La ley determinará en los casos no previstos por esta Constitución, la duración de estos funcionarios, debiendo empezar el 1° de junio sus respectivos períodos.

Artículo 145.- No puede expedir órdenes y decretos sin la firma del ministro respectivo.

Podrá, no obstante, expedirlos en caso de acefalía de ministros y mientras se provea a su nombramiento, autorizando a los oficiales mayores de los ministerios por un decreto especial. Los oficiales mayores en estos casos, quedan sujetos a las responsabilidades de los ministros.

Artículo 146.- Estando las Cámaras reunidas, la propuesta de funcionarios que requieren para su nombramiento el acuerdo del Senado o de la Cámara de Diputados, se hará dentro de los quince días de ocurrida la vacante, no pudiendo el Poder Ejecutivo insistir sobre un candidato rechazado por el Senado o la Cámara de Diputados en su caso, durante ese año. En el receso, la propuesta se hará dentro del mismo término, convocándose extraordinariamente, al efecto, a la Cámara respectiva.

Ninguno de los funcionarios para cuyo nombramiento se requiere el acuerdo o propuesta por terna de alguna de las Cámaras, podrá ser removido sin el mismo requisito. Exceptúanse los funcionarios para cuya remoción esta Constitución establece un procedimiento especial.

Capítulo IV

De los ministros secretarios del despacho general

Artículo 147.- El despacho de los negocios administrativos de la Provincia estará a cargo de dos o más ministros secretarios, y una ley especial deslindará los ramos y las funciones adscriptas al despacho de cada uno de los ministerios.

Artículo 148.- Para ser nombrado ministro se requieren las mismas condiciones que esta Constitución determina para ser elegido diputado.

Artículo 149.- Los ministros secretarios despacharán de acuerdo con el gobernador y refrendarán con su firma las resoluciones de éste, sin cuyo requisito no tendrán efecto ni se les dará cumplimiento. Podrán, no obstante, expedirse por sí solos en todo lo referente al régimen económico de sus respectivos departamentos y dictar resoluciones de trámite.

Artículo 150.- Serán responsables de todas las órdenes y resoluciones que autoricen, sin que puedan pretender eximirse de responsabilidad por haber procedido en virtud de orden del gobernador.

Artículo 151.- En los treinta días posteriores a la apertura del período legislativo, los ministros presentarán a la Asamblea la memoria detallada del estado de la Administración correspondiente a cada uno de los ministerios, indicando en ellas las reformas que más aconsejen la experiencia y el estudio.

Artículo 152.- Los ministros pueden concurrir a las sesiones de las Cámaras y tomar parte en las discusiones, pero no tendrán voto.

Artículo 153.- Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o en perjuicio de los que se hallen en ejercicio.

Capítulo V

Responsabilidad del gobernador y de los ministros

Artículo 154.- El gobernador y los ministros son responsables y pueden ser acusados ante el Senado, en la forma establecida en la sección del “Poder Legislativo”, por las causas que determina el inciso 2 del artículo 73 de esta Constitución y por abuso de su posición oficial para realizar especulaciones de comercio.

Capítulo VI

Del fiscal de Estado, contador y tesorero de la Provincia

Artículo 155.- Habrá un fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso administrativos y en todos aquéllos en que se controvertan intereses del Estado.

La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones.

Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 156.- El contador y subcontador, el tesorero y subtesorero serán nombrados en la forma prescripta en el artículo 82 y durarán cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Artículo 157.- El contador y subcontador no podrán autorizar pago alguno que no sea arreglado a la ley general de presupuesto o a leyes especiales, o en los casos del artículo 163.

Artículo 158.- El tesorero no podrá ejecutar pagos que no hayan sido previamente autorizados por el contador.

Capítulo VII

Del Tribunal de Cuentas

Artículo 159.- La Legislatura dictará la ley orgánica del Tribunal de Cuentas. Éste se compondrá de un presidente abogado y cuatro vocales contadores públicos, todos inamovibles, nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Podrán ser enjuiciados y removidos en la misma forma y en los mismos casos que los jueces de las Cámaras de Apelación. Dicho tribunal tendrá las siguientes atribuciones:

1-. Examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales, aprobarlas o desapropiarlas y en este último caso, indicar el funcionario o funcionarios responsables, como también el monto y la causa de los alcances respectivos.

2-. Inspeccionar las oficinas provinciales o municipales que administren fondos públicos y tomar las medidas necesarias para prevenir cualquier irregularidad en la forma y con arreglo al procedimiento que determine la ley.

Las acciones para la ejecución de las resoluciones del tribunal corresponderán al fiscal de Estado.

SECCIÓN VI

Poder Judicial

Capítulo I

Artículo 160.- El Poder Judicial será desempeñado por una Suprema Corte de Justicia, Cámaras de Apelación, jueces y demás tribunales que la ley establezca.

Capítulo II

Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia

Artículo 161.- La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones:

1-. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada.

2-. Conoce y resuelve originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia y en las que se susciten entre los tribunales de justicia con motivo de su jurisdicción respectiva.

3-. Conoce y resuelve en grado de apelación:

a-. De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos;

b-. De la nulidad argüida contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia, cuando se alegue violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de esta Constitución.

4-. Nombra y remueve directamente los secretarios y empleados del tribunal, y a propuesta de los jueces de primera instancia, funcionarios del Ministerio Público y jueces de Paz, el personal de sus respectivas dependencias.

Artículo 162.- La presidencia de la Suprema Corte de Justicia, se turnará anualmente entre sus miembros, principiando por el mayor de edad.

Artículo 163.- La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contencioso administrativas, aquélla, y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes si el obligado no lo hiciera en el plazo de sesenta días de notificadas.

Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales.

Artículo 164.- La Suprema Corte de Justicia hará su reglamento y podrá establecer las medidas disciplinarias que considere conveniente a la mejor Administración de Justicia.

Artículo 165.- Debe pasar anualmente a la Legislatura una memoria o informe sobre el estado en que se halla dicha administración, a cuyo efecto puede pedir a los demás tribunales de la Provincia los datos que crea convenientes y proponer en forma de proyecto las reformas de procedimiento y organización que sean compatibles con lo estatuido en esta Constitución y tiendan a mejorarla.

Capítulo III

Administración de Justicia

Artículo 166.- La Legislatura establecerá tribunales de justicia determinando los límites de su competencia territorial, los fueros, las materias y, en su caso, la cuantía. Organizará la Policía Judicial.

Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales.

Podrá disponer la supresión o transformación de tribunales, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 176 y la creación de un cuerpo de magistrados suplentes, designados conforme al artículo 175 de esta Constitución, del que dispondrá la Suprema Corte de Justicia para cubrir vacantes transitorias.

La ley establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia.

Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que deter-

mine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.

Artículo 167.- Corresponde a las Cámaras de Apelación el nombramiento y remoción de los secretarios y empleados de su dependencia.

Artículo 168.- Los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales. Los jueces que integran los tribunales colegiados, deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas.

Artículo 169.- Los procedimientos ante los tribunales son públicos; sus acuerdos y sentencias se redactarán en los libros que deben llevar y custodiar; y en los autos de las causas en que conocen, y publicarse en sus salas respectivas de audiencia, a menos que a juicio del tribunal ante quien penden, la publicidad sea peligrosa para las buenas costumbres, en cuyo caso debe declararlo así por medio de un auto.

Artículo 170.- Queda establecida ante todos los tribunales de la Provincia la libre defensa en causa civil propia y la libre representación con las restricciones que establezca la ley de la materia.

Artículo 171.- Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Capítulo IV

Justicia de Paz

Artículo 172.- La Legislatura establecerá juzgados de Paz en todos los partidos de la Provincia que no sean cabecera de departamento judicial, pudiendo incrementar su número conforme al grado de litigiosidad, la extensión territorial y la población respectiva. Serán competentes, además de las materias que les fije la ley, en faltas provinciales, en causas de menor cuantía y vecinales.

Asimismo podrá crear, donde no existan juzgados de Paz, otros órganos jurisdiccionales letrados para entender en cuestiones de menor cuantía, vecinales y faltas provinciales.

Artículo 173.- Los jueces a que alude el artículo anterior serán nombrados en la forma y bajo los requisitos establecidos para los de primera instancia. Se les exigirá una residencia inmediata previa de dos años en el lugar en que deban cumplir sus funciones.

Conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta y su responsabilidad se hará efectiva de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo V de la presente sección.

Artículo 174.- La ley establecerá, para las causas de menor cuantía y vecinales, un procedimiento predominantemente oral que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal. Se procurará, con preferencia, la conciliación.

Capítulo V

Elección, duración y responsabilidad de los miembros del Poder Judicial

Artículo 175.- Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el procurador y el subprocurador general, serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros.

Los demás jueces e integrantes del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública.

Será función indelegable del Consejo de la Magistratura seleccionar los postulantes mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación. Se privilegiará la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.

El Consejo de la Magistratura se compondrá, equilibradamente, con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia. El Consejo de la Magistratura se conformará con un mínimo de quince miembros. Con carácter consultivo, y por departamento judicial, lo integrarán jueces y abogados; así como personalidades académicas especializadas. La ley determinará sus demás atribuciones, regulará su funcionamiento y la periodicidad de los mandatos.

Artículo 176.- Los jueces letrados, el procurador y subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta.

Artículo 177.- Para ser juez de la Suprema Corte de Justicia, procurador y subprocurador general de ella, se requiere:

Haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, título o diploma que acredite suficiencia en la ciencia del derecho reconocido por autoridad competente en la forma que determine la ley; treinta años de edad y menos de setenta y diez a lo menos de ejercicio en la profesión de abogado o en el desempeño de alguna magistratura. Para serlo de las Cámaras de Apelación, bastarán seis años.

Artículo 178.- Para ser juez de primera instancia se requiere: tres años de práctica en la profesión de abogado, seis años de ciudadanía en ejercicio y veinticinco años de edad.

Artículo 179.- Los jueces de la Suprema Corte de Justicia prestarán juramento ante su presidente de desempeñar fielmente el cargo. El presidente lo prestará ante la Suprema Corte de Justicia, y los demás jueces ante quien determine el mismo tribunal.

Artículo 180.- Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, Cámara de Apelación y de primera instancia, no pueden ser suspendidos en el ejercicio de sus cargos, sino en el caso de acusación y con sujeción a lo que se dispone en esta Constitución.

Artículo 181.- Para ingresar al Poder Judicial debe justificarse dos años de residencia inmediata en la Provincia.

Artículo 182.- Los jueces de las Cámaras de Apelación y de primera instancia y los miembros del Ministerio Público pueden ser denunciados o acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, ante un jurado de once miembros que podrá funcionar con número no inferior a seis, integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá, cinco abogados inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembro de dicho tribunal, y hasta cinco legisladores abogados.

Los legisladores y abogados que deban integrar el jurado se designarán por sorteo, en acto público, en cada caso; los legisladores por el presidente del Senado y los abogados por la Suprema Corte de Justicia, a cuyo cargo estará la confección de la lista de todos los abogados que reúnan las condiciones para ser conjuces.

La ley determinará la forma de reemplazar a los abogados no legisladores en caso de vacante.

Artículo 183.- El juez acusado quedará suspendido en el ejercicio de su cargo desde el día en que el jurado admita la acusación.

Artículo 184.- El jurado dará su veredicto con arreglo a derecho, declarando al juez acusado culpable o no culpable del hecho o hechos que se le imputen.

Artículo 185.- Pronunciado el veredicto de culpabilidad, la causa se remitirá al juez competente para que aplique la ley penal cuando corresponda.

Artículo 186.- La ley determinará los delitos y faltas de los jueces acusables ante el jurado y reglamentará el procedimiento que ante él debe observarse.

Artículo 187.- Los jueces acusados de delitos ajenos a sus funciones serán juzgados en la misma forma que los demás habitantes de la Provincia, quedando suspendidos desde el día en que se haga lugar a la acusación.

Artículo 188.- La ley determinará el modo y forma como deben ser nombrados y removidos y la duración del período de los demás funcionarios que intervengan en los juicios.

Artículo 189.- El Ministerio Público será desempeñado por el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia; por los fiscales de Cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las Cámaras de Apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El procurador general ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público.

SECCIÓN VII

Del Régimen Municipal

Capítulo Único

Artículo 190.- La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una Municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo, cuyos miembros, que

no podrán ser menos de seis ni más de veinticuatro, durarán cuatro años en sus funciones, renovándose cada dos años por mitad y serán elegidos en el mismo acto que se elijan los senadores y diputados, en la forma que determine la ley.

Artículo 191.- La Legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases:

1. El número de miembros del departamento deliberativo se fijará con relación a la población de cada distrito.

2. Serán electores los ciudadanos inscriptos en el registro electoral del distrito y además los extranjeros mayores de edad que sepan leer y escribir en idioma nacional, con dos años de residencia inmediata en el municipio, que estén inscriptos en un registro especial y paguen anualmente impuestos fiscales o municipales que en conjunto no bajen de doscientos pesos.

3. Serán elegibles todos los ciudadanos mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir, vecinos del distrito, con un año de domicilio anterior a la elección y si son extranjeros, tengan además cinco años de residencia y estén inscriptos en el registro especial.

4. Las funciones municipales serán carga pública, de la que nadie podrá excusarse sino por excepción fundada en la ley de la materia.

5. El ciudadano a cargo del departamento ejecutivo durará cuatro años en sus funciones. Para desempeñar este cargo se requiere ciudadanía en ejercicio y las condiciones necesarias para ser concejal.

6. Los concejales extranjeros no podrán exceder de la tercera parte del número total de los miembros del Concejo Deliberante.

Artículo 192.- Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes:

1. Convocar a los electores del distrito para elegir municipales y consejeros escolares, con quince días de anticipación por lo menos, cuando el Poder Ejecutivo dejare transcurrir los términos legales sin hacerlo.

2. Proponer al Poder Ejecutivo, en la época que corresponda, las ternas para nombramientos de jueces de Paz y suplentes.

3. Nombrar los funcionarios municipales.

4. Tener a su cargo el ornato y salubridad, los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares, asilos de inmigrantes que sostenga la Provincia, las cárceles locales de detenidos y la vialidad pública.

5. Votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo; administrar los bienes raíces municipales, con facultad de enajenar tanto éstos como los diversos ramos de las rentas del año corriente; examinar y resolver sobre cuentas del año vencido, remitiéndolas enseguida al Tribunal de Cuentas.

Vencido el ejercicio administrativo sin que el Concejo Deliberante sancione el presupuesto de gastos, el intendente deberá regirse por el sancionado para el año anterior. Las ordenanzas impositivas mantendrán su vigencia hasta que sean modificadas o derogadas por otras. El

presupuesto será proyectado por el departamento ejecutivo y el deliberativo no está facultado para aumentar su monto total. Si aquél no lo remitiera antes del 31 de octubre, el Concejo Deliberante podrá proyectarlo y sancionarlo, pero su monto no podrá exceder del total de la recaudación habida en el año inmediato anterior. En caso de veto total o parcial, si el Concejo Deliberante insistiera por dos tercios de votos, el intendente estará obligado a promulgarlo. Toda ordenanza especial que autorice gastos no previstos en el presupuesto, deberá establecer los recursos con que han de ser cubiertos.

6. Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones.

7. Recaudar, distribuir y oblar en la Tesorería del Estado las contribuciones que la Legislatura imponga al distrito para las necesidades generales, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo nombre funcionarios especiales para este objeto, si lo cree más conveniente.

8. Constituir consorcios de municipalidades y cooperativas de vecinos a los fines de la creación de superusinas generadoras de energía eléctrica.

Artículo 193.- Las atribuciones expresadas tienen las siguientes limitaciones:

1. Dar publicidad por la prensa a todos sus actos, reseñándolos en una memoria anual, en la que se hará constar detalladamente la percepción e inversión de sus rentas.

2. Todo aumento o creación de impuestos o contribución de mejoras, necesita ser sancionado por mayoría absoluta de votos de una asamblea compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y un número igual de mayores contribuyentes de impuestos municipales.

3. No podrá autorizarse empréstito alguno sobre el crédito general de la Municipalidad, sino por ordenanza sancionada en la forma que determina el inciso anterior; pero en ningún caso podrá sancionarse ordenanza de esta clase cuando el total de los servicios de amortización e intereses, afecte en más del 25 por ciento los recursos ordinarios de la Municipalidad. Cuando se trate de contratar empréstitos en el extranjero o enajenar o grabar los edificios municipales, se requerirá, además, autorización legislativa.

4. Siempre que se haga uso del crédito será para obras señaladas de mejoramiento o para casos eventuales, y se votará una suma anual para el servicio de la deuda, no pudiendo aplicarse los fondos a otro objeto que el indicado.

5. Las enajenaciones sólo podrán hacerse en remate público.

6. Siempre que hubiere de construirse una obra municipal, de cualquier género que fuere, en la que hubieren de invertirse fondos del común, la Municipalidad nombrará una comisión de propietarios electores del distrito, para que la fiscalice.

7. Las obras públicas cuyo importe exceda de mil pesos nacionales, deberán sacarse siempre a licitación.

Artículo 194.- Los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables, no sólo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes.

La ley determinará las causas, forma y oportunidad de destitución de los municipales, funcionarios y empleados, que, por deficiencias de conducta o incapacidad, sean inconvenientes o perjudiciales en el desempeño de sus cargos.

Artículo 195.- Todos los actos y contratos emanados de autoridades municipales que no estén constituidas en la forma que prescribe esta Constitución, serán de ningún valor.

Artículo 196.- Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia, serán dirimidos por la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 197.- En caso de acefalía de una municipalidad, el Poder Ejecutivo convocará inmediatamente a elecciones para constituirarla.

SECCIÓN VIII

Capítulo I

Cultura y Educación

Artículo 198.- La cultura y la educación constituyen derechos humanos fundamentales. Toda persona tiene derecho a la educación y a tomar parte, libremente, en la vida cultural de la comunidad. La Provincia reconoce a la familia como agente educador y socializador primario. La educación es responsabilidad indelegable de la Provincia, la cual coordinará institucionalmente el sistema educativo y proveerá los servicios correspondientes, asegurando el libre acceso, permanencia y egreso a la educación en igualdad de oportunidades y posibilidades.

Capítulo II

Educación

Artículo 199.- La educación tendrá por objeto la formación integral de la persona con dimensión trascendente y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, formando el carácter de los niños en el culto de las instituciones patrias, en el respeto a los símbolos nacionales y en los principios de la moral cristiana, respetando la libertad de conciencia.

Artículo 200.- La prestación del servicio educativo, se realizará a través del sistema educativo provincial, constituido por las unidades funcionales creadas al efecto y que abarcarán los distintos niveles y modalidades de la educación.

La legislación de base del sistema educativo provincial se ajustará a los principios siguientes:

- 1-. La educación pública de gestión oficial es gratuita en todos los niveles.
- 2-. La educación es obligatoria en el nivel general básico.
- 3-. El sistema educativo garantizará una calidad educativa equitativa que enfatice el acervo cultural y la protección y preservación del medio ambiente, reafirmando la identidad bonaerense.
- 4-. El servicio educativo podrá ser prestado por otros sujetos, privados o públicos no estatales, dentro del sistema educativo provincial y bajo control estatal.

Capítulo III

Gobierno y Administración

Artículo 201.- El gobierno y la administración del sistema cultural y educativo provincial, estarán a cargo de una Dirección General de Cultura y Educación, autárquica y con idéntico rango al establecido en el artículo 147.

La titularidad del mencionado organismo será ejercida por un director general de Cultura y Educación, designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Durará cuatro años en su mandato pudiendo ser reelecto, deberá ser idóneo para la gestión educativa y cumplir con los mismos requisitos que para ser senador.

El director general de Cultura y Educación priorizará el control de la calidad en la prestación del servicio educativo.

Corresponde al director general de Cultura y Educación el nombramiento y remoción de todo el personal técnico, administrativo y docente.

Artículo 202.- El titular de la Dirección General de Cultura y Educación contará con el asesoramiento de un Consejo General de Cultura y Educación en los términos que establezca la legislación respectiva. El Consejo General de Cultura y Educación estará integrado -además del director general, quien lo presidirá- por diez miembros, designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados: seis de ellos, por propia iniciativa, y los otros cuatro, a propuesta de los docentes en ejercicio. Los consejeros generales durarán en sus funciones un año, pudiendo ser reelectos.

Artículo 203.- La administración de los servicios educativos, en el ámbito de competencia territorial distrital, con exclusión de los aspectos técnicos pedagógicos estará a cargo de órganos desconcentrados de la Dirección General de Cultura y Educación denominados Consejos Escolares.

Estos órganos serán colegiados, integrados por ciudadanos elegidos por el voto popular, en número que se fijará con relación a la cantidad de servicios educativos existentes en cada distrito, y que no será menor a cuatro ni mayor a diez miembros. Los consejeros escolares durarán en sus funciones cuatro años, renovándose cada dos años por mitades, pudiendo ser reelectos.

Serán electores los ciudadanos argentinos y los extranjeros en las condiciones que determine la ley inscriptos en el registro electoral del distrito, y serán condiciones para ser elegidos: ser mayor de edad, y vecino del distrito con no menos de dos años de domicilio inmediato anterior a la elección.

Artículo 204.- El presupuesto de gastos dispondrá los recursos necesarios para la prestación adecuada de los servicios educativos, constituyendo además en forma simultánea y específica, un fondo provincial de educación.

Los recursos que conformen dicho fondo, ingresarán directamente al mismo y serán administrados por la Dirección General de Cultura y Educación.

Capítulo IV

Educación Universitaria

Artículo 205.- Las leyes orgánicas y reglamentarias de la educación universitaria, se ajustarán a las reglas siguientes:

1-. La educación universitaria estará a cargo de las Universidades que se fundaren en adelante.

2-. La enseñanza será accesible para todos los habitantes de la Provincia, y gratuita, con las limitaciones que la ley establezca.

3-. Las Universidades se compondrán de un Consejo Superior, presidido por el rector y de las diversas Facultades establecidas en aquéllas por las leyes de su creación.

4-. El Consejo Universitario será formado por los decanos y delegados de las diversas Facultades; y éstas serán integradas por miembros ad honorem, cuyas condiciones y nombramiento determinará la ley.

5-. Corresponderá al Consejo Universitario: dictar los reglamentos que exijan el orden y disciplina de los establecimientos de su dependencia; la aprobación de los presupuestos anuales que deben ser sometidos a la sanción legislativa; la jurisdicción superior policial y disciplinaria que las leyes y reglamentos le acuerden, y la decisión en última instancia de todas las cuestiones contenciosas decididas en primera instancia por una de las Facultades; promover el perfeccionamiento de la enseñanza; proponer la creación de nuevas Facultades y cátedras; reglamentar la expedición de matrículas y diplomas y fijar los derechos que puedan cobrarse por ellos.

6-. Corresponderá a las Facultades: la elección de su decano y secretario; el nombramiento de profesores titulares o interinos; la dirección de la enseñanza, formación de los programas y la recepción de exámenes y pruebas en sus respectivos ramos científicos; fijar las condiciones de admisibilidad de los alumnos; administrar los fondos que les corresponden, rindiendo cuenta al Consejo; proponer a éste los presupuestos anuales, y toda medida conducente a la mejora de los estudios o régimen interno de las Facultades.

SECCIÓN IX

De la reforma de la Constitución

Capítulo Único

Artículo 206.- Esta Constitución sólo podrá ser reformada por el siguiente procedimiento:

a). El proyecto de reforma será tramitado en la forma establecida para la sanción de las leyes, debiendo contar con el voto afirmativo de dos tercios del total de los miembros de ambas Cámaras para ser aprobado. La ley indicará si la reforma será total o parcial y, en este último caso, las partes o los artículos que serán reformados;

b). La misma ley establecerá si ha de convocarse o no, a una convención reformadora. En este último caso la ley contendrá la enmienda proyectada y ésta será sometida a plebiscito en la primera elección que se realice. El voto será expresado en pro o en contra de la enmienda y su resultado será comunicado por la Junta Electoral al Poder Ejecutivo y a la Legislatura, para su cumplimiento.

Artículo 207.- En caso de convocarse a una convención reformatora, la ley expresará la forma de su funcionamiento y el plazo dentro del cual deberá dar término a su cometido.

Artículo 208.- La convención será formada por ciudadanos que reúnan las condiciones necesarias para ser diputados y se compondrá del mismo número de miembros que la Asamblea Legislativa. La elección se llevará a cabo en la misma forma y por los mismos medios que la de diputados y senadores. La ley determinará las incompatibilidades para ser diputado convencional.

Artículo 209.- Las enmiendas aprobadas en plebiscito y las sanciones de la convención reformatora, serán promulgadas y publicadas como parte integrante de la Constitución.

SECCIÓN X

Disposiciones Transitorias

Artículo 210.- Los institutos de forma de democracia semidirecta establecidos en esta Constitución serán reglamentados en un plazo que no exceda el próximo período legislativo. (Corresponde al artículo 67).

Artículo 211.- La Ley Orgánica de las Municipalidades deberá contemplar la posibilidad que los municipios accedan a los institutos de democracia semidirecta.

Artículo 212.- En el próximo período legislativo se determinará que las construcciones con acceso al público preverán el desplazamiento normal de las personas discapacitadas. Buscará rectificar las normas de construcción vigentes y establecerá los plazos para adecuar las existentes (Corresponde al artículo 36 inciso 5).

Artículo 213.- La ley que regule el voto de los extranjeros deberá determinar el plazo a partir del cual se hará efectivo su ejercicio, el que no podrá ser superior a dos años contados desde la sanción de la presente reforma constitucional (Corresponde al artículo 59).

Artículo 214.- El artículo 123 de la presente Constitución regirá a partir del período de gobierno iniciado por las autoridades ejecutivas electas en el año 1995; pero su aplicación inmediata podrá ponerse a consideración popular a través de un plebiscito a realizarse hasta sesenta días después de sancionada la presente, de voto obligatorio y vinculante, en el cual la reelección deberá obtener, como mínimo, la mitad más uno de los votos válidamente emitidos. A este efecto se computarán únicamente los votos positivos y negativos. Dicho plebiscito podrá ser convocado al efecto por el Poder Ejecutivo en los términos de la Ley Electoral vigente, a cuyo efecto podrá adecuar y modificar todos los plazos previstos en la misma. La Provincia será considerada como un distrito único y se utilizará el mismo padrón electoral del comicio del 10 de abril de 1994, dejando sin efecto lo que contempla el artículo 3 inciso 2 del apartado b) de la ley 5.109.

En caso de ser aprobada por plebiscito la aplicación inmediata del artículo 123 de la presente Constitución, el período actual de gobierno del Ejecutivo provincial será considerado primer período de gobierno (Corresponde al artículo 123).

Artículo 215.- La Legislatura establecerá el fuero contencioso administrativo antes del 1 de octubre de 1997 y sancionará el Código Procesal respectivo, para su entrada en vigencia conjunta. Hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo, la Suprema Corte de Justicia decidirá, en única instancia y juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubieren iniciado, hasta su finalización. (Corresponde al artículo 166).

Artículo 216.- En los partidos donde no existieren juzgados de Paz, y hasta tanto entren en funciones los órganos previstos en el artículo 172 entenderán en materia de faltas provinciales o contravencionales los juzgados Criminales y Correccionales en la forma que determine la ley. (Corresponde al artículo 172).

Artículo 217.- Se mantiene la vigencia del anterior sistema de designación de magistrados y funcionarios del Poder Judicial, por el plazo máximo de dos años.

La presente cláusula no regirá para la designación de los jueces que integren el nuevo fuero contencioso administrativo. (Corresponde al artículo 175).

Artículo 218.- Esta reforma entra en vigencia el día 15 de septiembre de 1994.

Artículo 219.- Los miembros de la Convención Reformadora de esta Constitución, el gobernador de la Provincia, los presidentes de ambas Cámaras Legislativas y el presidente de la Suprema Corte de Justicia, prestarán juramento en un mismo acto el día 19 de septiembre de 1994.

Cada poder del Estado dispondrá lo necesario, para que los funcionarios que lo integren juren esta Constitución.

Artículo 220.- El texto constitucional ordenado, sancionado por la Convención reformadora de la Constitución, reemplaza al hasta ahora vigente.

Artículo 221.- Sancionado el texto ordenado de la Constitución se remitirá un ejemplar auténtico al Archivo Histórico de la Provincia, al Registro de Leyes de la Provincia y al Archivo General de la Nación.

Artículo 222.- Téngase por sancionado y promulgado el texto constitucional ordenado, comuníquese, publíquese y cúmplase en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires.

En la Sala de la Honorable Convención Constituyente,
en la ciudad de La Plata, a los trece días
del mes de septiembre de 1994.

LOS AUTORES

Graciela Giannettasio de Saiegh: *Abogada. Cursó estudios de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Licenciatura de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, en la Especialización de Derecho Administrativo y Administración Pública y en la Maestría de Derecho Administrativo. Posgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca y primer año del Doctorado de la misma Universidad. Se desempeñó como Auxiliar Docente y Jefa de Trabajo Prácticos en la Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue Directora General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires y Ministra de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación Argentina. Vicegobernadora de la provincia de Buenos Aires. Hoy se desempeña como Diputada Nacional.*

Luis Ratto: *Abogado-Procurador. Cursó Estudios de posgrado en la Universidad de Buenos Aires. Régimen Jurídico en las Universidades. Becado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana ante la Universidad Politécnica de Madrid. Consejero Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata.*

Karina Prieto: *Abogada cursó de postgrado en la Universidad de Buenos Aires. Especialidad en Derecho Administrativo y Administración Pública y Maestría en derecho Administrativo y Administración Pública y Financiera. En la Universidad de San Andrés cursó estudios de posgrado en Gobernabilidad y Gerencia Política. Se desempeña en la Secretaría de Coordinación Institucional del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.*

Nicolás Carlos Sommaruga: Abogado. Especialista en Abogacía Pública. Posgrado en Abogacía del Estado. Docente de la Cátedra de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Ciudad de La Plata. Se desempeña en el área del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

Bustos Rivas: Abogado. Fiscal Titular de la Unidad Descentralizada N° 5 de Florencia Varela, Departamento Judicial Quilmes.

Beatriz Domingorena: Abogada. Posgrado de Mediación. Se desempeña en la actualidad en la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación.

Fernando Carlos Fux: Abogado. Especialista en Técnica Legislativa Municipal, como procedimiento Administrativo Municipal y temas Ambientales a nivel Municipal. Es coordinador General del SAT (servicio de asesoramiento técnico a municipios). Gestionado por la Universidad Nacional de San Martín. Docente de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal y de la Cátedra de derecho constitucional de la Universidad Católica de La Plata.

María Lía da Costa Fontao: Abogada. Especialista en Abogacía del Estado por la Procuración del Tesoro de la Nación, Ayudante en la Cátedra de Derecho Administrativo II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar Letrada del Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de Quilmes.

Javier Krentz Miller: Abogado. Cursa la Licenciatura en Ciencias Políticas en la Universidad de Buenos Aires y la carrera de Docente en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, auxiliar docente de la Cátedra de Teoría del estado de la Universidad de Buenos Aires.

Marisa Spina: Especialista en Políticas Públicas. Master en Sociología. Especialista en Criminología y Abogada, actualmente se desempeña en la Coordinación Legal de la Unidad de Programas y Proyectos con Financiamiento Externo del Ministerio de Planificación Nacional.

Ingrid Jorgensen: Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos y es Doctora en Derecho. Actualmente se desempeña como Secretaria Letrada del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Se desempeña en la docencia como ayudante en la Cátedra de Teoría y Derecho Constitucional de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y como jefe de Trabajos Prácticos en la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Plata.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

CAPÍTULO I:

El concepto del Derecho: qué es el Derecho,

Dra. Beatriz Domingorena 9

 Introducción 9

 El aporte de Hans Kelsen 14

 Hacia una enseñanza del Derecho sin normas 23

 El aporte de Carlos Nino 24

CAPÍTULO II:

La norma jurídica. Teoría de la norma jurídica de Kelsen,

Dra. Karina Prieto 29

 La norma jurídica. Concepto 29

 Teoría de la norma jurídica de Kelsen: saber y deber 30

 Causalidad e imputación 31

 Elementos de las normas jurídicas 32

 Norma jurídica y proposición normativa 33

 Algunos conceptos jurídicos y sus definiciones normativas: sanción,
 acto ilícito, deber jurídico, Derecho subjetivo, competencia 34

 El concepto de competencia 44

CAPÍTULO III:

Teoría de las fuentes del Derecho: materiales y formales,

Dra. Marisa Spina, Dr. Javier Krentz Miller, Dr. Hernán Bustos

<i>Rivas y Dr. Nicolás C. Sommaruga</i>	47
Fuentes del Derecho	47
Fuentes formales y materiales.....	48
Fuentes formales.....	50
Fuentes materiales.....	51
¿Cómo se conoce el Derecho aplicable a un caso concreto?	51
El Derecho internacional como fuente	53
Tratado internacional.....	55
Recepción del régimen de fuentes en el Derecho Continental Europeo y en el <i>Common Law</i>	58

CAPÍTULO IV:

Teoría general del derecho constitucional. Constitución Nacional,

Dr. Hernán Bustos Rivas

Reformas	61
Doctrina jurisprudencial novedosa.....	67
El bloque de constitucionalidad	67
Declaraciones, Derechos y Garantías.....	69
Principio de inviolabilidad, principio de autonomía y principio de dignidad de la persona humana.....	70
Valor de los informes, recomendaciones y opiniones consultivas de los tribunales internacionales y sus efectos en las garantías de la libertad.....	73
La doble instancia en el proceso penal	73
Privación de libertad y derecho a una duración razonable del proceso	74
Derecho a ser juzgado en un plazo razonable.....	74
Artículo 19 de la Constitución Nacional.....	77
Protección estatal de la vida humana y la autonomía personal tenencia de estupefacientes para uso personal	79
Las lagunas normativas. El artículo 16 del Código Civil Argentino. La clausura del sistema. El principio nullum crimen	84

CAPÍTULO V:

Algunas nociones sobre Derecho administrativo.

Fuentes Supranacionales, Dra. Graciela Giannettasio de Saiegh.....	87
La función administrativa	87
Los límites al ejercicio de la función administrativa.....	88
La función administrativa en el ámbito de los tres poderes.....	88
Fuentes Supranacionales del Derecho administrativo	90
Fuentes nacionales del Derecho administrativo.....	93
Relaciones del Derecho administrativo con otras ramas del Derecho.....	98

CAPÍTULO VI:

Organización administrativa del Estado Nacional: la teoría

del órgano, Dr. Nicolás Carlos Sommaruga.....	105
Introducción.....	105
Organización administrativa del Estado Nacional.....	108
Teorías de la representación, del mandato y del órgano.....	110
Principios jurídicos de la organización administrativa.....	112
Centralización, descentralización y desconcentración administrativa.....	115
Formas de gobierno presidencial, parlamentario y semipresidencial.....	117
Distintas etapas del constitucionalismo.....	120

CAPÍTULO VII:

Los órganos del Estado: el Congreso, Dra. María Lía

da Costa Fontao	125
El Congreso.....	125
Atribuciones.....	126
Formación y sanción de leyes	132
Presupuesto.....	134
La función de control.....	135
El Poder Ejecutivo.....	137
Jefe de Gabinete.....	140
Ministros	141
Decretos de necesidad y urgencia.....	142

CAPÍTULO VIII:

El Poder Judicial: control de la constitucionalidad,

<i>Dr. Luis Ratto</i>	143
El Poder Judicial: la función jurisdiccional.....	143
La jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino. El control de constitucionalidad	145
El control de constitucionalidad: su significado	147
La Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	151
El doble orden judicial	152
Funciones del Poder Judicial en general	153
El Consejo de la Magistratura.....	154
Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados	160
El ministerio público	162
Agentes público	163
Naturaleza jurídica	164
¿Relación de Derecho público o de Derecho privado?.....	165
El personal regido parcialmente por el Derecho privado	166
El personal contratado de la administración pública	166
El personal <i>ad honorem</i> y honorario	168
Los casos de funciones administrativas sin representación política formal	170
Clasificación de los entes públicos.....	170
Distintos tipos de personas jurídicas estatales, públicas y privadas	175
Los entes reguladores	183

CAPÍTULO IX:0

**El acto administrativo: el acto administrativo como parte de
la función, *Dr. Luis Ratto*.....**

Actos de la Administración Pública.....	187
El acto administrativo. Introducción.....	188
El acto administrativo como parte de la función administrativa.....	188
Alcances para una definición del acto administrativo	189
Definición de acto administrativo	195
La distinción entre acto y hecho administrativo	196

Actos, reglamentos y contratos administrativos	200
Los actos administrativos como instrumentos públicos	211
Elementos del acto administrativo.....	213
Caracteres del acto administrativo	217
Sistema de nulidades del acto administrativo	219
Vicios en los elementos esenciales del acto administrativo.....	223
Vicios en las cláusulas accesorias. Término, condición y modo	225

CAPÍTULO X:

El procedimiento administrativo: las partes,

<i>Dra. Karina Prieto</i>	227
El procedimiento administrativo.....	227
El procedimiento administrativo y la función administrativa	227
Principios generales del procedimiento administrativo	228
Las partes	242
Derecho subjetivo e Interés legítimo.....	250
El tiempo en el Procedimiento	253
Recursos Administrativos: el recurso de reconstrucción, el recurso jerárquico, el recurso de alzada y el reclamo administrativo previo.....	256
El recurso de reconsideración	259
El recurso jerárquico	261
El recurso de alzada	264
El Reclamo Administrativo Previo	264
La Ley 19.549 y la Ley de la Provincia de Buenos Aires 7.647.....	266

BIBLIOGRAFÍA	267
---------------------------	-----

ANEXO I: CONSTITUCIÓN NACIONAL (1994)	269
--	-----

ANEXO II: CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1994)	293
--	-----

LOS AUTORES	329
--------------------------	-----

Esta edición
de 500 ejemplares
se terminó de imprimir en
Al Sur Producciones Gráficas S. R. L.,
Wenceslao Villafañe 468,
Buenos Aires, Argentina,
en agosto de 2012.