

CAPÍTULO SEGUNDO

I. EL ESTADO Y LOS PROCESOS ESTATALES

BIBLIOGRAFÍA: Bidart Campos G., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires; Bielsa R., *Derecho constitucional*, págs. 160-184, Buenos Aires, 1959; Bosch J. T., *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Bs. Aires, 1944; Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, págs. 249-270, México, 1948; García Morente M., *Ensayos sobre el progreso*, Madrid, 1954; Kelsen H., *Teoría general del Estado*, págs. 299-340, Barcelona, 1954; Ibáñez Frocham M., *La jurisdicción*, págs. 59-104 y 135-146, Buenos Aires, 1972; Lascano D., *Jurisdicción y competencia*, págs. 51-130, Buenos Aires, 1941; Lowestein K., *Teoría de la Constitución*, págs. 32-55, Barcelona, 1965; Merkl, *Teoría general del derecho administrativo*, págs. 13-61 y 208-229, Madrid, s/f; Oliva Vélez H. A., *La doctrina de la separación de los poderes en el derecho constitucional de los EE.UU. de N.A.*, "La Ley", t. 58, págs. 910 y sigs., Villegas Basavilbaso B., *Derecho Administrativo*, t. II, págs. 121-65, Buenos Aires, 1950.

1. PERSONALIDAD DEL ESTADO Y ORDENAMIENTO JURIDICO

El problema de la personalidad del Estado se ha superado en nuestros días; no hay autor que sostenga que la subjetividad estatal no puede existir. El constitucionalismo de nuestros días sustenta, aunque con distintas ideologías, la presencia del Estado de derecho y su vigencia. Recibe críticas la concepción del pasado, que distinguía la existencia de la personalidad estatal como calco similar al del derecho privado que manifiesta la concepción sobre la persona física y similar a la persona jurídica. La letra ex-

presa de nuestra Constitución, superior a cualquier disquisición doctrinaria proveniente de autores que miran las normas de su país proyectándolas luego como doctrina universal, concurre para comprobar que esa afirmación es errónea.

La Constitución de los argentinos, en varios de sus artículos, utiliza en distinta forma la denominación sobre la personalidad jurídica estatal: a veces como Nación, otras como República y en otras como Estado, pero todas aceptan la concepción substancial sobre su personificación jurídica. El artículo 100, a diferencia de la Constitución de los EE. UU. de N. A., coloca a la Nación como parte en los juicios, es decir sujeto litigante ante la justicia. Todas estas denominaciones justifican que el legislador haya dispuesto en el artículo 33 del Código Civil que el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios, son personas de derecho público. El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, débese afirmar, no proviene del Código Civil sino de la Constitución. Esta ubicación del reconocimiento del Estado como sujeto de derecho público, en el Código Civil, es expresión de un concepto civilista sobre la concepción de la personalidad estatal.

La concepción privativista sobre la personalidad jurídica se ha desplazado en esta forma en el campo del derecho público, provocando engorros. El derecho público necesita la instrumentación de sujetos de derecho completamente distintos a los del derecho privado. El legislador ha debido establecer personas demandables sin que tengan patrimonio, legitimándolos como parte en los litigios, también ha acontecido con órganos de la Administración sin personalidad jurídica. Los tribunales federales permiten la demandabilidad de la Dirección General Impositiva en forma directa, sin tener ésta carácter de sujeto de derecho, pues es un órgano descentralizado de la Administración pública de la Nación.

También la jurisprudencia, con idéntica consideración, aceptó que la ex Dirección General de Ferrocarriles de la Nación actuara como parte actora en la ejecución de créditos ante los estrados judiciales. La falta de una personalidad expresa y la ausencia de patrimonio propio, que tanto resalta la concepción privativista como necesarios para la existencia de la persona jurídica

ca, declina al penetrar en ámbitos del derecho público y con prueba que se halla en crisis. La identificación normativa con hechos y objetos de la naturaleza que tanto caracteriza al derecho privado, pierde su seguridad cuando se vincula con el Estado. La concepción de la juridicidad concurre para ocupar los blancos que la crisis del concepto provoca.

Será bizantinismo inoperante dirimir si el Estado es persona jurídica o si la Administración puede ser equiparada como tal. El impacto que recibe la vieja doctrina de raíz privativista se supera con la acentuada subjetividad reconocida a los órganos y sus ordenamientos con normas instrumentales sustitutivas que puede establecer el legislador¹. Muchas normas sucedáneas concurren para resolver este problema. No es necesaria la ficticia creación de un sujeto como persona jurídica para imputarle relaciones y hasta responsabilidades; si el sujeto jurídico es producto de normas, éstas entonces también pueden reglar modalidades y regímenes distintos.

La emancipación de la concepción subjetivista del derecho privado en el derecho público perfeccionó la concepción del dato sobre la imputación. Toda presunta persona creada normativamente —por eso se la denomina persona jurídica— es manifestación parcial de un ámbito imputativo dentro de un ordenamiento jurídico. Así como pueden existir varias personas jurídicas en un ordenamiento jurídico, también pueden instituirse ámbitos de imputación. No es ya un sujeto lo que debe destacarse sino la conducta debida impuesta, que puede serlo tanto sobre la voluntad de un sujeto como a una creación normativa de organización y unidad, sin necesidad de destacarse la presencia de una persona jurídica².

1 Forsthoff E., ob. cit.: "Dentro de su competencia las instituciones oficiales ejercen derechos estatales y cumplen deberes que incumben al Estado. Para esto no es necesario recurrir a la hipótesis de una subjetividad jurídica de los organismos, sino que el concepto institución es suficiente para hacer comprensible tal ejercicio de derechos y la vinculación de los deberes", pág. 572.

2 Kelsen H., ob. cit.: "Este sujeto, este objeto substancial, es un símbolo de relaciones de unidad de los predicados y de las cualidades inherentes, se lo convierte en cosa distinta de sus predicados, en un algo



Desplazada la concepción de la necesaria existencia de una persona jurídica excluyente y delimitada se comprende entonces la presencia de ordenamientos jurídicos sin estos caracteres. También así se comprueba la presencia de ordenamientos estatales separados y distintos, como son los tres llamados poderes, dentro de una unidad como es el Estado, sin ninguna necesidad de exhibirse como personas jurídicas. No habrá sujetos, pero es indudable la presencia de tres ordenamientos jurídicos distintos y subjetivos. El Estado, en cuanto persona, aparece como un conjunto sistematizado de ordenamientos que rigen por distintas formas y normas la conducta de los individuos y de sus órganos, creados y regidos por sistemas normativos.

El Estado, como instrumento realizador de derecho, la nación jurídicada, exhibe el dato que le es privativo frente a todos los sujetos y a los otros Estados, representa una voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra. En nuestro régimen federal el Estado nacional representa esa superioridad sin perjuicio de reconocer la personalidad de Estados provinciales, empero, éstos no tienen la primacía de aquél. Nuestra Constitución los supedita al orden jurídico creado para el Estado Nacional, el que deberá ser acatado (arts. 5º y 31 de la C. N.) He aquí cómo el problema de la personalidad jurídica estatal de la Nación y las provincias se desplaza, para el derecho administrativo, hacia un campo que hasta hace poco permanecía como capítulo desconocido: la organización y los procesos realizados de las funciones jurídicas estatales.

En ese ámbito y con esos ingredientes, se instituye el ordenamiento jurídico. No se sostiene que desaparece la concepción del sujeto de derecho público, sino que éste no tiene carácter de exclusivo y único. Para el derecho privado el problema de la organización y el desarrollo de los procesos reduce a una sola cuestión: la voluntad del individuo y, cuando se refiere a las personas jurídicas privadas, a la voluntad de sus titulares. También estos datos del derecho privado penetraron en los ámbitos del derecho público y en especial en el derecho administrativo, como

autónomo que coexiste con aquéllos a pesar de constituir una expresión de su unidad", pág. 81.

lo comprueba la promiscua denominación de la palabra "voluntad". Esta, como también la de persona jurídica, se hallan privadas actualmente de su predicamento por la disciplina del derecho administrativo moderno, que las sustituye por las de organización y procesos, que alcanzan la jerarquía de capítulos fundamentales³.

La doctrina, al dedicarse a investigar la existencia de la organización y el concepto de persona jurídica, deja de tener su importancia excluyente para ser considerados como parte de un capítulo sobre la organización. La persona de derecho público se la considera como un órgano jurídicamente calificado, que se manifiesta como una forma de la organización. El Estado aparece como la unidad organizada dentro de la cual se realizan los procesos que son necesarios al Estado de derecho.

La crisis que sufre el concepto sobre persona jurídica propugna la jerarquización de lo que antes aparecía subestimado: la organización y los derechos que lo integran y que les son inherentes. La vieja concepción de la doble personalidad del Estado deja, en esta forma, de ser tema para destacarse en su lugar un régimen de organizaciones sistematizadas y ordenadas que realizan actividades a través de procesos estatales. Este recondicionamiento entre organización y procesos presenta actividades que se rigen por normas similares a las del derecho privado, pero que no exige la presencia de sujetos distintos, pues es siempre el mismo Estado, su organización, sus procesos, sus agentes, su patrimonio, quien rige. En este proceso jurídico puede presentarse el objeto, y nada más que el objeto, de actividades regidas con normas similares al derecho privado. Cualquiera que fuere este objeto regido por normas que se aplican en el derecho privado, en forma alguna dejan de pertenecer e imputarse al Estado. No hay en estos casos, ni puede haber, una doble personalidad esta-

3 Forsthoff, E., ob. cit.: "Las normas de organización deben ser cuidadosamente distinguidas de las normas jurídicas generales. Estas se dirigen a todos, por consiguiente se hallan en oposición con las normas de organización, cuyo objeto es la estructura de los cargos y organismos del Estado", pág. 548.

tal sino un régimen distinto que rige sobre lo que es objeto de la actividad estatal y nada más⁴.

En estos casos son normas de derecho público las que han dispuesto aplicar normas similares a las del derecho privado — explíquese bien, un acto estatal que ha resuelto aplicar derecho privado— y no promover la división de lo imposible como es la unidad jurídica del Estado. El concepto unitario del Estado, y el reconocimiento de la presencia de la organización, imponen investigar cómo se realizan las actividades estatales, *en qué forma y por qué medios*. En suma: considerar a los procesos y a la organización como parte de la existencia y la substancia de la actividad administrativa del Estado⁵.

2. PROCESO Y PROCESOS ESTATALES

El término proceso tiene significado lógico tanto sea para los fenómenos de la naturaleza como para los culturales, pues lleva insito el reflejo del acaecer dentro de las categorías absolutas e indestructibles como son el tiempo y el espacio; los procesos, cualquiera que fueren, representan siempre desenvolvimiento. El proceso es la acción desenvuelta dentro de esas dos categorías absolutas; pues sin tiempo y sin espacio no hay ni la nada. El proceso, como manifestación genérica de un desarrollo, se encuentra en todas partes en todo el tiempo y en todo conocimiento de experiencia humana. El proceso se manifiesta en forma inexorable en la naturaleza, y en las ciencias culturales— como es el derecho—, tiene un dato de esencia que lo diferencia de aquél. El proceso de la naturaleza no es creado ni producto de la inteligencia humana, pues impulsa su desenvolvimiento una fuerza

4 Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, "Así como el hombre que tiene dos trajes no tiene dos figuras; así como el hombre que se presenta públicamente como ciudadano no es un duplicado del hombre que toma parte en el comercio como propietario y deudor; así el Estado que obra *iuri imperii* no es el *sosías* del Estado que obra *iuri gestionis*", pág. 685, Madrid, 1929.

5 Jellinek, G., *Teoría general del Estado*: "El Estado sólo puede existir mediante sus órganos. Si se eliminan éstos, no nos queda el Estado como titular de ellos, sino que sólo nos resta, jurídicamente, la nada", pág. 424, Buenos Aires, 1954.

fatal sin ningún gobierno humano, mientras que en los procesos culturales, y en especial en la ciencia jurídica, es la inteligencia del hombre la que regla sus manifestaciones y fija su finalidad o cometido. Todo y cualquier proceso cultural tiene un fin fijado previamente y esto lo fija la inteligencia de los hombres.

Estos dos elementos, manifestación exterior y finalidad, existen también como esencia en toda clase de actividad jurídica. Marran y expresan un juicio parcial quienes lo destacan como imputable exclusivamente para una de sus disciplinas. Los procesos jurídicos no son patrimonio exclusivo, como se consideró hasta hace poco, de la función judicial; por el contrario, forman un capítulo fundamental de la ciencia del derecho⁶. Toda actividad jurídica que tiene fijado un desenvolvimiento y un cometido se debe manifestar por medio del proceso.

Todas las actividades jurídicas del Estado de Derecho son expresiones de procesos jurídicos estatales y la teoría de la división de poderes se sustenta en principios procesales. Cada uno de los tres poderes que destaca esta teoría, que tiene carácter de aceptación universal, representa tres formas distintas de proceso: el legislativo, el administrativo, y el judicial⁷. Las tres funciones jurídicas estatales, que confusamente se denominan los tres poderes del Estado, reflejan tres procesos estatales distintos. Bajo la distintas formas de manifestarse dichas funciones jurídicas estatales, en cada una de ellas subyace un proceso distinto. *Los tres procesos jurídicos estatales exhiben la manifestación exterior de un desenvolvimiento regulado y ordenado por medio de distintos actos con contenidos específicos unidos por un fin determinado*. Cualquier proceso jurídico manifiesta tres datos fundamentales

6 Fiorini, B. A., *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, tres ediciones; *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, 1965; *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969; *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1973; Fiorini, B. A. e Ismael Mata; *La licitación pública*, Buenos Aires, 1972; Fiorini, B. A., *La crisis del contencioso administrativo*, "La Ley", t. 107, pág. 1168; *El poder de policía*, *Teoría jurídica*, Buenos Aires, 2ª ed., y otros trabajos.

7 Merkl A., *Teoría general*, *ob. cit.*: "Pero desde el punto de vista jurídico es sostenible esta reducción, porque el proceso por su naturaleza puede darse en todas las funciones estatales", pág. 279.

que les son inherentes: a) creación sucesiva de distintas clases de actos; b) sistematización ordenada; c) fin determinado. Todo proceso estatal, cualquiera que fuere, exhibe desarrollo, organización sistematizada y el fin jurídico que debe cumplir⁸. Toda norma o acto jurídico llevan en su seno estos presupuestos y el concepto finalista del derecho es su esencia. Un proceso jurídico estatal sin fin no puede concebirse.

La expresión de significado natural "voluntad" se utiliza confusamente para denominar la realización estructurada de los procesos estatales, donde la actividad del hombre es utilizada como un instrumento para realizar lo que se encuentra previamente establecido en las normas jurídicas, que deberán cumplirse en forma inexorable. El uso y estudios seculares sobre el proceso judicial ha erradicado la expresión "voluntad" en la función de los tribunales, que se realiza por un proceso estructurado tan idéntico con la voluntad procesal de las otras dos funciones: la legislativa y la administrativa. Es grave error, en virtud del uso de la terminología perteneciente a otra ciencia, desprestigiar el concepto de esencia que representa el proceso estatal, y luego con más error considerarlo privativo del proceso judicial⁹. No se trata de cuestiones terminológicas, sino de principios rectores de la ciencia jurídica que, si pretende ser jerarquizada como tal, deberá mantener la coherente unidad conceptual para realizar una labor de permanente superación constructiva. Es grave categorizar un término que no responde a la realidad y sobre el supuesto de su usualidad excluir los que provienen de la ciencia y la realidad. El proceso es la acción del quehacer y el desenvolvimiento regular y sistematizado que tiene un fin que ha sido creado por la cultura del hombre dentro de los imperturbables absolutos: tiempo y espacio.

5. PROCESO Y PROCEDIMIENTO. LA DIVISION DE PODERES

La ciencia jurídica destaca la presencia de un proceso dis-

⁸ Kelsen H., ob. cit., pág. 368, ac. 4.

⁹ Carnelutti F., *Sistema de derecho procesal civil*: "La identificación entre función procesal y función judicial implica una imperfección del lenguaje y del pensamiento, que la ciencia del proceso deberá corregir;

tinto en cada una de las tres funciones estatales inherentes al Estado de Derecho: legislativa, administrativa y judicial. Estos tres procesos distintos responden a la concepción teleológica de la teoría sobre la división de los poderes. Estas tres funciones, con sus procesos distintos, responden al concepto teleológico, que en defensa del mantenimiento de los fines estatales y los derechos individuales, deben realizar cada una de las tres funciones estatales y que son esencialmente jurídicas. La esencia jurídica de dichas funciones comprende a su vez los variados cometidos que se les atribuyen. Funciones y cometidos son conceptos distintos¹⁰. Los tres ordenamientos procesalizados que representan las funciones estatales, para cumplir la finalidad jurídica de cada proceso se manifiestan con distintas clases de actos jurídicos. En el proceso legislativo se presentan en el desarrollo de la deliberación, en órganos colegiados que representan la voluntad del soberano y se manifiestan actos de interpelación, actos de acuerdos para nombramientos, actos de investigación, actos de sanción de leyes, actos de censura, etc. En este proceso siempre se sancionan sus actos por la mayoría.

En el proceso judicial hay actos que provienen de juicios ordinarios, sumarios, ejecutivos, universales, especiales, de urgencia, etc. En el proceso administrativo se manifiestan actos generales, particulares, adjudicaciones de contratos, designación de agentes, ejecuciones, autorizaciones, etc. Por eso cuando se definieron los procesos estatales se expresó que el desarrollo funcional de cada uno de ellos se desenvolvía por distintas clases de actos con contenidos que les son específicos.

Estas realizaciones prácticas que se manifiestan dentro de cada proceso se expresan por medio de los procedimientos. Los distintos procedimientos se sustentan en los procesos y exteriorizan situaciones particularizadas que presentan modalidades distintas¹¹. No puede existir procedimientos sin vigencia previa

la primera exigencia de su progreso es la pureza de los conceptos y la propiedad de los vocablos", pág. 156, t. I, Buenos Aires, 1944.

¹⁰ Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, ob. cit., "La teoría de las funciones no debe confundirse con las atribuciones o cometidos del Estado", pág. 249.

¹¹ Calamandrei, P., *Instituciones del derecho procesal civil*: "Pro-

del proceso. En el proceso de la función administrativa son muy diversas las causas que inducen sus realizaciones efectivas, por eso existen varias clases de procedimientos administrativos. En la misma forma esto acontece en los procesos judicial y legislativo donde se exhiben distintas clases de procedimientos. Lógicamente, en lugar de mentar la división de poderes debemos mencionar, aceptada la vigencia de los procesos, la presencia de tres funciones jurídicas estatales distintas: hacer leyes, actos administrativos y sentencias.

Los tres procesos de las funciones jurídicas del Estado de Derecho distinguen tres formas distintas de crear derecho fundamentado en la juridicidad. Estas funciones estatales cumplen en este caso fines jurídicos que se manifiestan exteriormente por los tres procesos y que no pueden ser nada más que tres; y sus cometidos, es decir realización objetiva de la función de cada proceso, serán siempre las mismas, ya sean leyes, actos administrativos o sentencias.

La tesis de los procesos como realización de la voluntad estatal estructurada tiene relación con el rango que exhiben las normas creadas, sean generales o individuales, frente a la primera y fundamental denominada la Constitución. La función legislativa se realiza en forma inmediata a la Constitución; la función administrativa es realización inmediata a la legislación y excepcionalmente de la Fundamental, cuando así en ésta se establece en forma expresa; y la función judicial actúa en las controversias que presenta la ejecución normativa de los distintos rangos normativos precedentes y los que los particulares crean por sí al amparo de éstos¹².

ceso y procedimiento, aun empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen significado técnico diverso; en cuanto el procedimiento indica precisamente un aspecto exterior del fenómeno procesal", págs. 241-42, nota 2, Buenos Aires, 1945.

12 Kelsen, H., ob. cit.: "Función jurídica equivale a función estatal... por eso toda función del Estado es una función de creación jurídica: el proceso evolutivo y graduado de la creación normativa. Lo que la teoría tradicional señala como tres poderes distintos del Estado, son formas jurídicas positivas del proceso de creación normativa", pág. 325.

II. LAS FUNCIONES JURIDICAS ESTATALES

BIBLIOGRAFÍA: Alberdi, J. B., *Derecho público provincial argentino*, caps. 1-11 y 111, Buenos Aires, ed. Cultura Argentina; Bielsa, R., *Derecho constitucional*, págs. 771-854, Buenos Aires, 1959; Dowling, N. T., *El poder concurrente según la enmienda 1ª de la Constitución de los Estados Unidos*, "Jur. Arg.", (15 de nov. de 1942); Gordillo, A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, pág. V, 20-24; González Calderón, J. A., *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, 1913; Greca, A., *Derecho y ciencia de la Administración municipal*, t. 11, págs. 15-130, Santa Fe, 1943; Villegas Basavilbaso, B., *Derecho administrativo*, t. 11, págs. 319-445, Buenos Aires, 1950.

I. JURISDICCIONES Y ORDENAMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Es corriente en nuestros estudios de derecho público destacar la presencia de distintas jurisdicciones: la nacional o federal, la provincial, la local y municipal. Esta clasificación sobre la existencia de distintos ámbitos de jurisdicciones omite, sin embargo, considerar que dentro de éstos rigen actividades de administración pública que responden a un ordenamiento jurídico que actúa concurrentemente dentro de las otras funciones, generalmente denominadas actividades de administración. Estos ordenamientos administrativos internos que se encuentran distribuidos en las distintas jurisdicciones estatales actúan, a su vez, como una actividad distinta a la de los particulares. Los ordenamientos administrativos estatales excluyen la posible existencia del derecho y actividades privadas.

Este dato diferencial de la actividad administrativa en las distintas jurisdicciones de nuestro ordenamiento estatal adquiere relevancia porque la que corresponde a los particulares se rige por normas que tienen caracteres comunes y nacionales. El artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional, establece la delegación de las provincias argentinas al Gobierno federal para que éste dicte esta clase de normas nacionales y comunes, es decir que no tienen carácter de normas federales y menos aún de leyes provinciales o locales. Son los códigos de los derechos de los particulares, normas de carácter común que rigen para

todos y se aplican por igual en todo y cualquier tribunal provincial; corresponden a la justicia común y sólo por excepción y por razones especiales interviene la justicia federal. Este régimen de leyes comunes nos distingue del régimen federal de la Constitución de EE. UU. de Norteamérica, y por nuestro federalismo nos diferencia con el régimen de legislación unitaria que rige en Francia. He aquí la razón que acentúa nuestra diferencia sobre aquellos ordenamientos administrativos que tienen un régimen jurídico distinto al de nuestra codificación privada. Compruébase así, cómo nuestro ordenamiento estatal es distinto del francés, por la inexistencia de un régimen federal y del de Estados Unidos de Norteamérica, por la falta de unos códigos comunes y únicos. El predicamento que adquieren los ordenamientos administrativos frente al derecho común civil —como se ha sostenido en los capítulos precedentes— debe propiciar un método jurídico distinto para la comprensión de nuestro derecho administrativo.

Trátase de un método publicista que invierte la ubicación de las normas administrativas frente a las del derecho privado. Así es como se comprueba que nuestro Código Civil, estatuido para las relaciones privadas, ha sustraído muchas normas e institutos que corresponden exclusivamente a disciplinas publicistas o a la ciencia del derecho. No se trata de demostrar que son diferentes, sino que no pueden tener ninguna vinculación de continuidad con el derecho privado¹³.

El derecho privado rige con carácter de normas comunes en todo el ámbito de nuestro país, sin atender la existencia de ordenamientos autónomos como son las provincias, mientras que el derecho administrativo integra los ordenamientos locales sin ninguna relación con los ordenamientos que rigen las relaciones privadas, así lo establecen los artículos 5º; 67, inciso 11; 100, 104, 105 y 108 de la Constitución Nacional.

Excluida la penetración del derecho privado en los ordenamientos administrativos —nacional, provinciales o municipales— fácil será distinguir, entonces, la vigencia plena de nor-

13 Santi Romano. ob. cit., págs. 92-93, en especial la nota 7 de esta última.

mas de derecho administrativo que por su esencia son de derecho público. Cada ordenamiento administrativo adscripto en los distintos ámbitos jurisdiccionales vigentes en nuestro país se manifiesta como una organización, con existencia objetiva, cerrado de contenido normativo específico, de existencia permanente y bajo una dirección determinada. Esta discriminación confirma la necesaria existencia de los sistemas u ordenamientos administrativos en los distintos ámbitos nacionales, provinciales, locales y municipales.

Todos son ordenamientos parciales cuya validez se encuentra exclusivamente causada en la norma común a todos ellos: la Constitución, y que según la concepción de Edmundo Husserl se comprende a través del principio de las partes dentro de un todo¹⁴.

Esta interpretación y ubicación de los ordenamientos administrativos, es más inteligible cuando se divorcia a éstos de la legislación privada común. Los distintos ordenamientos administrativos existentes en nuestro orden estatal, pese a la diferencia que impone el régimen federal, tienen cierta identidad proveniente de la aplicación de los principios de esencia que contiene nuestra Constitución en forma expresa o implícita. Si todos los ordenamientos de las distintas jurisdicciones se subordinan, no obstante las autonomías provinciales y las autarquías municipales, al orden de la Constitución, esta identidad substancial en los principios los identifica en los que corresponden a los de esencia administrativa. El principio del todo y la parte como unidad, comprueba que si una norma local necesita fundarse en la norma fundamental, todo el orden local del que forma parte la norma local deberá recurrir a la misma causa normativa para su fundamentación¹⁵. Los ordenamientos administrativos provincial, local o municipal, no obstante el régimen de autonomía provincial o de autarquía que los rige, tienen su sustento en forma idéntica

14 García Maynez, E., ob. cit.: "Como todas ellas forman parte de un orden dependiente, esto es, de un sistema cuya vigencia está condicionada por ciertas normas del poder central y en último término, por la Constitución del orden parcial independiente que llamamos *Derecho Federal*", pág. 65.

15 García Maynez, E., ob. cit., pág. 66.

en la Ley Fundamental, es decir, en la Constitución. Esto resalta tanto que deberá buscarse ahí su causa, no en los normas del Código de derecho privado, por más común que fuere. Tanto las administraciones provinciales como las locales y municipales tienen cierta identidad que juridiza la creación constructiva de la analogía.

Esta concepción de la unidad jurídica administrativa no puede surgir tan esclarecida si nos aferramos a la clasificación de las jurisdicciones en el Estado nuestro e inconscientemente aplicamos en subsidio para su unidad al derecho común privado. La relación de identidad de las normas en los ordenamientos administrativos se vincula con lo que tienen todas ellas de idéntico frente a la norma fundamental. No puede considerarse que los actos administrativos o los actos hacendales creados en los ordenamientos administrativos municipales sean distintos a los establecidos por el ordenamiento provincial y en la misma forma así deberá considerárselos frente a los actos administrativos del ordenamiento nacional¹⁶.

La identidad de los actos, pese provenir de distintos ordenamientos, se confirma aún más con el principio de la exclusión aplicado a los conceptos expuestos precedentemente, al comprobar que si una parte cualquiera no se identifica con la unidad del ordenamiento parcial, menos podrá identificarse con el todo. La concepción del ordenamiento como un todo sistemáticamente ordenado y con contenidos propios, concurre para este esclarecimiento. La norma de derecho privado no es parte del ordenamiento administrativo argentino y con mayor razón no podrá pertenecer al ordenamiento administrativo parcial, municipal o provincial.

Si se recurre a normas dispuestas en el ordenamiento privado, será porque no son tan privativas de éste y pertenecen a principios de la ciencia del derecho. Esta construcción sobre los ordenamientos dentro de nuestro orden constitucional presupuesta la institución segura de un derecho administrativo total argentino, no sólo distinto de las normas de derecho privado sino también de toda introducción clandestina de normas foráneas a tra-

16 García Maynez, E., ob. cit., págs. 68-69.

vés de sus doctrinarios. Será una grande y responsable labor jurídica investigar la identidad permanente y de esencia que rigen todos nuestros ordenamientos administrativos. Esta labor será más provechosa por lo constructiva que recurrir a lo que no corresponde a nuestra conciencia jurídica y vernácula. Esto puede comprobarse en forma inmediata en los principios de organización, competencia, acto administrativo, su invalidez, el mérito del mismo, relación jerárquica, contrato administrativo, etc. y pueden ser identificados y aplicados por analogía en todos los distintos organismos de actividad administrativa sin perjuicio de respetarse las variantes formales de los regímenes locales que las crean, establecen, realizan y ejecutan. La labor proyectante del método que se ha expuesto, de la más genuina fuente jurídica, promueve la superación institucional de nuestro derecho administrativo, sin despreñar todos los valorables aportes de la doctrina moderna. Será buscada la unificación de los instrumentos esenciales del derecho administrativo, sin apoyarse en la destructora aplicación de principios del derecho privado, como también en doctrinas que no responden a nuestra realidad jurídica, espiritual e histórica.

2. FUNCIONES JURÍDICAS ESTATALES

Para la teoría de los tres poderes del Estado es principio indiscutido que el poder de éste es uno solo, puesto que presupone la unidad soberana del orden jurídico. Nuestra Constitución lo establece con palabras bien precisas en su artículo 31. Ante esta disposición cuesta trabajo intelectual explicar la existencia de tres poderes distintos bajo los nombres de poder legislador, poder administrador y poder judicial. La realidad normativa comprueba la presencia en realidad, de tres funciones jurídicas distintas que se realizan a través de la unidad procesalizada del ordenamiento normativo que representa el Estado; en lugar de poderes hay funciones y en lugar de divisiones hay separaciones. La existencia de diferencias funcionales no se identifica con división, y sus distintas diferencias no dejan de ser jamás jurídicas y por lo tanto que deberán ser resueltas con la disciplina que les es específica.

La función primordial del Estado de derecho es crear nor-

mas jurídicas, ejecutarlas y aplicarlas. Estas funciones estatales son de esencia normativa; la realización de los cometidos sociales y políticos que se encomiendan al Estado sólo se pueden hacer a través de las distintas normas que establecen los tres poderes, sean generales, particulares o individuales.

La expresión "separación de funciones", sustituyendo a la equívoca de "división de poderes", supera el problema pero no lo resuelve en forma exhaustiva, porque continúa sobreestimándose el dato de la separación; pues separar no es dividir, es agrupar distinguiendo caracteres distintos que pueden presentarse dentro de una unidad. Las doctrinas del derecho político justifican la separación de las funciones estatales por tres causas: a) política, b) técnica, y c) división del trabajo. La primera es la que más justifica la calificación de división de poderes y fundamenta la tripartición; las otras dos concurren para asegurar su eficacia. La teoría de la separación de poderes ha sido el resultado histórico del permanente juicio de desconfianza hacia los titulares de los poderes estatales respecto a la vida y a los derechos fundamentales de los individuos. La división de poderes se instituye porque se teme, no se desea, el desborde del despotismo, la dictadura y la arbitrariedad.

La idea de la desconfianza es la que fundamenta esta separación y se establecen en las leyes fundamentales de los Estados de derecho y democráticos como trincheras funcionales que imposibiliten el entronizamiento de dictaduras o de déspotas. Esta separación considera que cada función jurídica estatal sea privativa del o de los órganos que la dirigen y la gobiernan y que no debe ser delegada o absorbida por las otras. La separación de funciones jurídicas estatales garantiza que el Presidente de la Nación no se transforme en legislador o en magistrado judicial, o el legislador, en magistrado judicial o administrador, o el juez, en legislador o administrador. Esta separación también significa la existencia de controles recíprocos. Nuestra Ley Fundamental distingue las tres funciones separadas, sin establecer preceptivamente en forma expresa la teoría de la división de los poderes; empero, en varias de sus disposiciones fluye el principio de desconfianza que la sustenta, proviniendo algunas de nuestro pasado histórico pero inmediato a la constitu-

yente del año 1853; otras, de la cultura occidental y democrática, que afirma el principio consagrado desde milenios: el respeto de la persona humana y de sus derechos y libertades fundamentales.

Los principios de reserva a la ley para el poder impositivo están dispuestos en los artículos 4º y 17 de la Constitución Nacional; para el poder punitivo en el artículo 18 de la Constitución Nacional; para el poder limitador de los derechos humanos, en los artículos 14, 18 y 19 de la Constitución Nacional; y para el poder de imponer cargas personales, en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Estas reservas a la ley son específicas atribuciones reconocidas al legislador y éste jamás podrá delegarlas a otra persona y menos a otro poder, artículos 22 y 29 de la Constitución Nacional. El artículo 29, de tradición histórica con pasión democrática, pena este condenable desvío con sanciones infamantes. El procedimiento establecido en el Título V, Capítulo IV, sobre formación y sanción de las leyes, establece la imposibilidad jurídica de que el administrador público pueda realizar esta función. La prohibición que establece el artículo 95, juntamente con la del artículo 23, postula la imposibilidad de que el presidente de la Nación pueda transformarse en magistrado judicial. El texto del artículo 100, que establece la intervención del Poder Judicial cuando existe causa o el del artículo 102, sobre juicios criminales, prueban que dicho Poder jamás podrá intervenir oficiosamente, ni actuar como legislador creando normas, ni como administrador disponiendo actos administrativos.

En la subyacencia del pensamiento de nuestros constituyentes existía la desconfianza democrática contra la absorción de un poder por otro. No en vano la historia sangrienta contra la dictadura había demostrado en la realidad el aniquilamiento de esos principios. La suma del poder público, que es negación patente de la división de poderes, había dejado rastros de una experiencia dolorosa que se volcó severa en los artículos 22 y 29 de la Constitución Nacional.

3. PROCESOS DE LAS FUNCIONES JURIDICAS ESTATALES

La presunta división de los poderes asegura la función que

privativamente le corresponde a cada uno en su realización a través de procesos distintos. La determinación de procesos estatales concurre para dilucidar la que corresponde a cada función jurídica estatal. Ninguno de los procesos estatales puede realizar al mismo tiempo un proceso que no le corresponde; así lo confirma el principio inherente a la teoría de la división de poderes. Esta teoría ha sido motivo de críticas y de desmerecimiento, pero la esencialidad de su valor no ha sufrido mengua pues después de las orgías de totalitarios los pueblos vuelven a su fuente. La imposibilidad de sustitución en los procesos estatales presenta carácter tan seguro que se eleva a principio universal. No debe ya hablarse para esto de desarmonías y contrapeso de poderes por inocuos e inoperantes, pues la tesis de los procesos estatales fundamenta una concepción lógica jurídica y discrimina en forma exhaustiva la función inherente que deben cumplir de acuerdo con la teoría de la división de poderes. El análisis sobre cada uno de ellos comprobará la importancia que adquiere la tesis de los procesos estatales.

A. El proceso de la legislación

La actividad legislativa como función jurídica es la creadora del acto jurídico estatal denominado *ley*. La doctrina se ha afanado en poder distinguir las diferencias substanciales entre la denominada *ley formal* y la *ley material* o su carácter general. Los expositores no han llegado a coincidir y las definiciones sobre sus diferencias no son aún pacíficas y no tienen aceptación universal, además de ser inoperantes. Se pretende que la ley formal es el acto consagrado por el proceso legislativo sin tener en cuenta el contenido de la norma respectiva, mientras que la ley material es aquella que presenta normas jurídicas generales y abstractas que reglan conducta humana. La polémica sobre estas diferencias se desvía hacia una distinción que no tiene sentido práctico, menos para su caracterización, y se presenta como una labor inútil. Las únicas leyes de contenido material que se distinguen como tales, serían aquellas que reglan conducta humana al limitar derechos y libertades fundamentales que se han reconocido con carácter de inviolables.

En este caso serían leyes materiales por la sustancia jurí-

dica que tratan de reglar y se diferenciarían de las leyes administrativas, que también son generales y es impuesta su creación por parte del legislador.

Ley material sería "la loi" como "voluntad general del pueblo". Este concepto clásico de la ley las reduciría exclusivamente a las que corresponden al ámbito de la "reserva de la ley", es decir, las que única y privativamente por disposición constitucional pueden ser impuestas por el proceso de la legislación. La discutida clasificación de leyes materiales y formales se reduce, entonces, a las primeras, por provenir de las "reservas de la ley".

Este análisis a la postre no resuelve nada, manteniéndose la confusión y la polémica inútil. Todo concurre para que se abandone, por innecesaria, la controvertida clasificación y se imponga la identificación de ley a todos los actos estatales emanados del proceso legislativo. La antigua clasificación agrupará ahora bajo la égida del proceso legislativo a todas las normas que éste produjere, sin considerar su contenido; lo esencial será, entonces, destacar el proceso creador.

Las normas legislativas serán aquellas que provienen del proceso que manifiesta el resultado de la voluntad general de la colectividad directamente representada y que se exhiben de rango jerárquico superior de las creaciones normativas, dentro del orden jurídico estatal. Este proceso presenta datos que le son privativos, excluyentes y esenciales, es decir que adquieren carácter universal y necesario para la creación de normas legislativas, que serán siempre actos jurídicos producidos por el proceso estatal que corresponde a la función legislativa. No interesa saber si se trata de una norma general, particular o concreta, pues lo esencial es que sean producto de ese proceso y que ubiquen a la norma legislativa como creada en el rango superior e inmediato a la Ley Fundamental. La Constitución primero, luego la ley.

El proceso legislativo se realiza a través de órganos constitucionales que representan directamente a la ciudadanía. La existencia de un órgano colegiado no es condición excluyente, pues existen órganos colegiados a los que les falta el dato esencial que caracteriza la representación directa o inmediata de los integrantes de la ciudadanía. El procedimiento que se encuentra

ínsito en este proceso es el de la deliberación que finaliza con la aprobación o rechazo de las leyes o actos legislativos. La deliberación es el medio para manifestar la razón de los integrantes del órgano y el dato esencial de garantía del proceso creador. Por eso algunas constituciones prohíben la representación con mandato imperativo; hasta cuando se resuelve aprobar una norma sin deliberación a *libro cerrado* se considera necesaria la discusión previa para la aprobación del mencionado procedimiento. La labor ejercida por los representantes por el procedimiento de la deliberación sanciona normas inmediatas a la Ley Fundamental. La especificidad del procedimiento y el rango jerárquico de la norma sancionada con relación a la Constitución, presentan los datos dogmáticos esenciales del acto estatal legislativo. La norma legislativa aparece en esta forma como norma de superior jerarquía pues es una creación inmediata de la Ley Fundamental, como consecuencia del procedimiento deliberativo realizado por la representación directa del pueblo.

Esto lo distingue de la función judicial de tribunales elegidos directamente por el pueblo y aún con procesos deliberatorios, pero que sólo deben aplicar normas creadas por el legislador. También lo distinguen de las normas sancionadas por órganos colegiados, como son los profesionales, pero que no representan la voluntad popular, o también de órganos administrativos con sistemas colegiados, pero que a su vez fueron previamente creados por la función legislativa. Estos ejecutan o aplican normas legislativas, pero no las crean.

B. *El proceso judicial*

La función judicial crea el acto jurídico estatal denominado sentencia. El proceso judicial manifiesta siempre la presencia de órganos independientes que no tienen subordinación con las partes que actúan en el litigio y menos con otro poder estatal. El dato "independencia" del órgano, con o sin la garantía de la inamovilidad del agente titular, se encuentre o no ubicado dentro de los cuadros excluyentes del denominado poder judicial, se presupone como elemento esencial en este proceso estatal, además del dato de la "contienda" entre pretendientes. La contienda no se identifica con reclamo, pues ésta es la expresión unilateral

de una petición, mientras que en aquélla es necesaria la relación de oposición litigiosa entre los pretendientes o litigantes, es decir partes opuestas de un juicio. La contienda es el objeto del litigio, pues sin contienda no existe litigio aunque se realice un procedimiento judicial, como acontece con la declaratoria de herederos, la inscripción registral de sociedades, etc. A los datos de órganos independiente y la contienda debe sumarse la sustitución de la voluntad de las partes en contienda. Sin la existencia de órgano independiente este dato de la sustitución es inocuo. En suma: a) órgano independiente de las partes; b) sustitución de la voluntad de las partes; y c) contienda litigiosa¹⁷.

La contienda adquiere valor indubitable cuando se desenvuelve procesalmente ante un órgano que ocupa la situación de tercero independiente, que dirimirá sobre el objeto en juicio sustituyendo la voluntad de las partes. La contienda distingue el dato específico de la función judicial y no puede identificarse a reclamo, petición, reparo, oposición, polémica, etc.

El órgano independiente ante una contienda exhibe la esencia del proceso judicial, que no puede identificarse con legislación y menos con administración. Así, sólo así, puede comprenderse el dato que sustituye la voluntad de las partes. El procedimiento judicial es la expresión del proceso del litigio de dos partes que pelean jurídicamente ante un órgano totalmente independiente de los pretendientes y que deberá decidir substituyéndose a la voluntad contendiente. El proceso es uno sólo y siempre el mismo, mientras que los procedimientos pueden ser distintos, variados y múltiples, pero unidos en la esencia estructural del llamado proceso judicial.

C. *El proceso administrativo*

Las funciones jurídicas estatales pueden crear actos jurídicos generales y particulares; el dato de la generalidad se presupone en algunas definiciones como el exclusivo de la legislación. Esta afirmación empírica es errónea, pues se comprueba que hay muchas leyes particulares e individuales; la teoría del

17 Ibáñez Frocham, *La jurisdicción*, págs. 48-51. Buenos Aires, 1972.

proceso es la única que puede superar estas incongruencias formalistas.

La Administración pública no puede distinguirse por el carácter particular o general de sus actos, sino por la estructura de subordinación o relación de dependencia de los órganos intervinientes en su proceso y el rango secundario que ocupan sus normas dentro del orden jurídico estatal. La actividad de la función administrativa se presenta como consecuencia directa de la ejecución normativa de la legislación y en forma excepcional por la ejecución directa de la Constitución cuando ésta expresamente así lo tiene dispuesto, artículo 86, incisos 3, 6, 10, entre otros de la Constitución Nacional. El poder administrador o ejecutivo, en estos casos de excepción, actúa directamente ejecutando la Constitución, sin la intermediación de la norma creada por la legislación. En razón del rango de creación de estas normas y por ser el proceso administrativo su creador podrá derogarlas directamente, mientras que las normas provenientes del legislador, aunque fueran particulares, no podrán ser jamás derogadas por el administrador. El lugar del rango normativo o plano jurídico que ocupe dentro del orden jurídico estatal adquiere entidad de dato sustancial, puesto que ninguna otra función jurídica estatal puede realizarla ni menos substituirlo. En el proceso estatal de la función administrativa son datos esenciales e insustituibles: a) relación de órganos subordinados; b) ejecución de normas del legislador; y c) excepcionalmente normas de la Constitución por mandato expreso de ésta. La subordinación es la antítesis de la independencia que exhibe el órgano judicial y el rango secundario de la norma creada respecto a la legislación y su ubicación mediata frente a la Constitución. Estos datos son de esencia e inherentes al proceso de la función administrativa y no teniéndose en cuenta lo simplemente formal. Adquiere importancia destacar la ubicación del rango normativo, por sustentarse en el principio lógico de que lo general crea lo particular. Nuestra Constitución así lo establece, con carácter de validez jurídica, en su artículo 31, al calificar como norma primaria y soberana a la Constitución, y ubicando en segundo rango a las normas que en su consecuencia sancione el legislador. Las normas que establezca el poder administra-

dor deberán ocupar, para ser válidas constitucionalmente, el rango jurídico inmediato a la legislación según el artículo 86, inciso 2 de la Constitución Nacional y lógicamente, en vinculación mediata con lo que hemos denominado norma primaria u originaria: la Constitución. En suma: el rango que ocupan las normas que se crean en los distintos planos del orden jurídico estatal y la forma como se desenvuelve su proceso, —datos esenciales e imposibles de substituir por otros— es lo que caracteriza a cada función estatal. Lejos del criterio mecanicista de los contrapesos, como exponía la teoría de la división de poderes del pasado, la concepción de los procesos fluye de la ciencia jurídica.

La teoría expuesta esclarece la función que le corresponde a la división de poderes y exhibe su unidad total que presupuesta la juridicidad.