Derecho Constitucional y Administrativo

1

Director
LUIS ARMANDO CARELLO

G b 275 T. 1
R: 18037

editorial Juris
1999

Registro 18037
C. B. U.
Gb 275-T:1

© *Copyright by*
EDITORIAL JURIS de Luis Maesano
Dorrego 3668
2000 - Rosario - Pcia. de Santa Fe
Argentina. Telefax (0341) 4644480/4614331
e-mail: editorialjuris@arnet.com.ar

Composición, armado,
impresión y encuadernación
en EDITORIAL JURIS.
febrero de 1999.

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.
Derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial.
Impreso en Argentina — Printed in Argentine.

ISBN 950-817-103-0

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene facultades de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.
Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (art. 2º, 9º, 10, 71, 72 ley 11.729).

COMENTARIO INICIAL

Hay quienes se limitan a editar los trabajos que escogen entre los que se les ofrecen. Otros, en cambio, estimulan la producción científica. Luis Maesano, el propietario de la editorial Juris, se cuenta entre los últimos. He aceptado su generosa oferta de dirigir esta publicación por varias razones, entre ellas el apoyo que merece el esfuerzo que personalmente realiza, unido a mi deseo de contribuir a la presencia creciente de Rosario en el campo del Derecho Público.

«Derecho Constitucional y Administrativo 1» reúne trabajos de seis destacados juristas sobre temas de gran importancia jurídica.

Agustín Gordillo, profesor y tratadista cuya originalidad y profundidad son bien conocidas en nuestro país y en el exterior, aporta un interesante estudio sobre el arbitraje administrativo nacional e internacional. En los últimos años han existido varios ejemplos particularmente significativos, e incluso en Rosario, recientemente, se ha conocido el primer laudo dictado por un árbitro del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario en materia de Derecho Administrativo, quien es, coincidentemente, el segundo autor incluido en esta obra.

Ángel B. Chávarri es un distinguido civilista, quien se desempeñó durante muchos años como profesor de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Excelente expositor, evocó a Rafael Bielsa en un ciclo organizado por el Centro Cultural «Bernardino Rivadavia» de la Municipalidad de Rosario. La publicación de su conferencia es un doble homenaje, a Bielsa, quien no podría faltar en una publicación rosarina que abarque el Derecho Administrativo, y al propio conferencista, quien acaba de celebrar sus ochenta

gisladores y jueces que deshonraban sus cargos y funciones, todo ello, trajo hacia su persona rencores y resentimientos y le crearon no pocos detractores y aun enemigos.

No era Bielsa carente de defectos. Como todo ser humano, los tenía. Tal vez el más notorio, el de ser profundamente apasionado en sus relaciones interhumanas y su excesivo rigor de exigencia cuando se trataba de juzgar a sus prójimos. Le faltaba esa dosis de tolerancia y capacidad de perdón para las faltas menores, que a veces, se hace necesaria para convivir en este mundo imperfecto, poblado por seres llenos de flaquezas, faltos de coraje frente al infortunio, acosados por necesidades, frustrados por el fracaso de sus apetencias o ambiciones, espiritualmente débiles o desorientados, o heridos por la adversidad.

Podríamos decir de Bielsa —parafraseando un ensayo de Ortega— que debemos ver en él su inagotable energía, la tensión constante de su esfuerzo, la fertilidad y monumentalidad de sus obras y sus acciones, la eficacia con que fueron ejecutadas. Pueden haberle faltado algunas virtudes, pero pequeñas, las virtudes de la pusilanimidad. Frente a éstas, encontramos en él las virtudes creadoras, de grandes dimensiones, las virtudes magnánimas. Apartemos la vista de la moral canija de las almas mediocres y no censuremos al grande hombre porque padezca menudos defectos, si es capaz de los rudos aletazos de las almas mayores, cuyo vivir y ser esencial es una misión creadora: hacer grandes cosas y producir obras de gran calibre.

Rafael Bielsa falleció en Rosario, el 16 de octubre de 1966. Recuerdo con emoción aquella tibia tarde de primavera, teñida de tristeza, en que, desde la plaza frontera, integrando un grupo presidido por la consular figura de su más fiel discípulo, el Dr. Juan Carlos Luqui, vi partir desde la casona de calle Montevideo, el cortejo fúnebre portador de sus restos en dirección a la tumba familiar, en la tierra hospitalaria de Esperanza. El maestro infatigable había pedido, por fin, su sereno reposo.

¡Tandem quiescit! ¡Al fin descansa!

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Por Decio Carlos F. Ulla

1. Significado y necesidad. Sus limitaciones

a) Se ha afirmado que la «acción» de la Administración pública representa el más notable de los hechos que operan sobre las «situaciones jurídicas subjetivas» en el campo del Derecho Administrativo. Cuando se habla de ella se hace referencia a la actividad administrativa que no posee el valor jurídico propio de la actividad del «poder político», del «poder legislativo» o del «poder judicial». Tal acción se define, según un sector doctrinario aunque con diferencias, como el conjunto de las funciones, de los servicios, de las actividades en general, que la administración pública despliega de modo constante para la consecución inmediata y concreta de los fines sociales que el Estado define para un determinado momento histórico. Con la locución «actividad administrativa» se indica, pues, y ante todo, una categoría (o facultad) de obrar de un operador jurídico que se califica por el solo hecho de tener por contenido «administrar» a la que se suele identificar en nuestra disciplina jurídica con la noción de «administración en sentido objetivo», o sea, una de las funciones de los poderes públicos en general.

Pero esa actividad no puede realizarse al margen del Derecho, porque, en definitiva, está subordinada al ordenamiento jurídico como inmediatamente veremos.

Esto da lugar a la aparición del llamado «principio de legalidad». En el presente caso corresponde analizar la «legalidad» en su dimensión tradicional, es decir, en el ámbito exclusiva-

mente administrativístico. Sin embargo ello no impedirá efectuar otras consideraciones en el momento que corresponda más allá del ámbito señalado.

a) 1. Es importante señalar que esta «legalidad» está estrechamente vinculada al dogma del «Estado de Derecho» la que impregna las relaciones entre la actividad de la Administración y la ley. Débese tener presente que aquí tenemos en cuenta al particular Estado de Derecho (concepción elaborada por la dogmática alemana en el siglo XIX), que surge en los ordenamientos de Europa continental, caracterizados como de «régimen o de acto administrativo», a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, especialmente en Francia. Todo lo que se dice en este trabajo, entonces, se refiere, aunque con amplitud histórica e ideológica, a un determinado tipo de ente estatal, es decir, al Estado democrático, patrimonio de la cultura occidental, y que se basa en un largo proceso de maduración y elaboración. Sus vicisitudes más importantes, a lo largo de los años, han sido el reconocimiento de los derechos fundamentales de libertad —civil o política—, la instauración y la realización completa del conjunto garantista del Estado de Derecho y de la «división de poderes», la posterior consagración de los derechos sociales y en tiempos recientes los derechos de la llamada 3ª generación, o dimensión, que corresponden a los derechos de la solidaridad (derechos a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, al respeto del patrimonio común de la humanidad, a la autodeterminación, a la participación y a la comunicación).

El principio de legalidad fue entendido, en sus comienzos, de modo rígido pues correspondía a la concepción del «poder» administrador como Poder Ejecutivo; por esto mismo, de la Administración pública como «ejecución», de suerte que la acción administrativa debía estar, de modo amplio y efectivo, vinculada por la ley. Esta concepción, según algunos, implicaba que las administraciones públicas, en la práctica, no hubieran podido funcionar por lo que se arbitraron «válvulas» para superar el inconveniente no sólo a través de la «discrecionalidad»,

sino también a la teoría de los «actos políticos» y el dictado de determinadas «disposiciones» que podían emitirse solamente en ciertas «circunstancias excepcionales» o «extraordinarias». Es por ello que, en opinión de cierta doctrina, es difícil que la concepción rígida haya tenido una auténtica vigencia en algún momento (Giannini). Para otra corriente (Parejo Alfonso) la actuación del «Poder» ejecutivo como mero «ejecutor» de los mandatos legales emanados del órgano legislativo, que asume, por eso, una posición protagónica (de intermediación necesaria entre la Constitución y la acción concreta interior del poder frente a los ciudadanos) y en su calidad de representante de la soberanía popular, en la que reside la única legitimación del entero poder político, la considera como una formulación histórica efímera y de realización prácticamente nula toda vez que el Poder Ejecutivo nunca se limitó verdaderamente al mero papel de brazo ejecutor de la voluntad legislativa.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio de acuerdo con el cual deben considerarse las relaciones entre actividad administrativa y ley (derecho objetivo) o, lo que es lo mismo, entre Administración y Poder Legislativo?

En este tema, podemos encontrar en la doctrina dos posiciones disímiles. Por un lado, está aquella corriente que afirma que la *ley* representa un *«límite»* para la *actividad administrativa* mientras que es *«objeto»* para la *función legislativa* y *«fin»* para la *jurisdiccional*. Tanto es así que, para algunos, es menester tener presente que en la experiencia contemporánea el principio de legalidad asume un significado distinto; más limitado, bajo un cierto aspecto, pero más afinado bajo otro y que corresponde a la actividad administrativa en cuanto ésta se expresa en actos de contenido autoritativo. Es por ello que el valor del principio ha cambiado y hoy, más que una *regla del contenido* de la actividad administrativa, razón por la que no puede regular el uso de la discrecionalidad, sería una *regla del límite* de ésta que se inserta en la dialéctica de la autoridad y de la libertad. Por eso es que, allí donde la actividad administrativa no expresa tal momento autoritativo el principio no tiene razón de ser aplicado como suce-

de, por ejemplo, en la actividad de «programación» del Estado y de los otros entes públicos; o sea, que hasta que ésta no deba expresarse en disposiciones autoritativas o en procedimientos formales ella está más allá del principio de legalidad.

Por otro lado, se encuentran quienes consideran que la regla del *límite* no es del todo exacta. Efectivamente, la ley, sostienen, fijaría a la Administración pública no sólo los *límites o confines externos* que la limitan en sus relaciones con otros sujetos jurídicos, sino que determina, desde luego, y de modo positivo, el *contenido* de la esfera jurídica de la Administración pública, dándole importancia externa.

Ante estas discrepancias de las ideas se ha dicho que, para resolver esta cuestión, podría tal vez, recurrirse provechosamente a la distinción entre *normas de relación y normas de acción* las que, tanto las unas como las otras, son *limitadoras* de la actividad administrativa; aunque teniendo en cuenta que las primeras (normas de relación) son comunes a la actividad de todo sujeto (cuya violación determina un *ilícito*), mientras que las segundas (normas de acción) son específicas y exclusivas de los órganos administrativos.

Por consiguiente la actividad administrativa que violase estas últimas sería sin duda alguna «ilegal», pero se trataría de un tipo particular de «ilegalidad» que se define como «ilegitimidad».

La citada distinción entre normas de relación y normas de acción que se debe al italiano Enrico Guicciardi es seguida por muchos autores y también fue asumida por el Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe, en el caso «Domínguez, Rodolfo c. Municipalidad de Rosario», fallado el 14 de julio de 1960, a través del voto del Dr. Roberto A. Rovere y posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, en el caso «Rey, Eduardo c. Municipalidad de Arroyo Seco», fallado el 6 de diciembre de 1973, a través del voto del Dr. Servio Tulio Rossi (*A. y S.* t. 30, ps. 204/208).

a) 2. La *legitimidad*, en el campo del Derecho Administrativo —a diferencia, y al contrario, de lo que sucede en el plano político de la justificación global del poder del Estado— se presenta como una «*species*» más circunscripta del «*genus*» «legalidad» y, como tal, aparece distinta, en su típico significado de estricta adherencia a la ley, de aquel otro requisito como la *oportunidad* (cuya omisión en los actos administrativos, da lugar a los llamados «vicios de mérito»). Esta también debe estar presente institucionalmente en la actividad de la Administración pública por cuanto ella tiene, según algunos doctrinarios, que ser incluida en el concepto de legalidad administrativa aunque latamente entendido.

El concepto de legitimidad, en el sentido técnico que se ha expresado, merece algunas aclaraciones. En efecto, en este punto débense considerar la *legitimidad formal*, por un lado, y la *legitimidad sustancial*, por otro. En el primer caso se estima *legítimo* al acto que se ajusta de modo perfecto con las normas predispuestas por el ordenamiento para su «perfección»; en el segundo, la legitimidad sustancial existe cuando en el acto, formalmente perfecto, no aparecen los vicios de incompetencia, violación de ley y exceso de poder. Estos vicios habían sido previstos, por ejemplo, en los artículos 13 y 14 de la ley 4106, Código de lo Contencioso Administrativo de la Provincia. Los diversos aspectos que incumben y están referidos a estas últimas consideraciones fueron analizados en mi voto recaído en el caso «González Palicio, Víctor Antonio c. Provincia de Santa Fe sobre recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción» fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, el día 3 de junio de 1991, parágrafos XVI a XXII (*A y S.* t. 89 ps. 1/62).

a) 3. Las consideraciones que anteceden no agotan, sin embargo, el tema en relación al alcance del concepto de legitimidad en el ordenamiento jurídico porque hasta ahora se lo ha considerado solamente desde el punto de vista del Derecho público pero no desde el ángulo privatístico. Aquí nos colocamos en el ámbito de la «autonomía privada» que es un principio fundamental que disciplina la autoridad de los particulares, y, por consiguiente, como se ha dicho, fuera del campo de

la «discrecionalidad». Es menester distinguir, por eso, la llamada «ilegalidad negocial» de la ilicitud.

Se considera que la misma tiene naturaleza eminentemente formal ya que proviene del incumplimiento de las normas imperativas que regulan los distintos «tipos» de negocios; normas que, como es sabido, se llaman también normas indisponibles y por ello sustraídas a la autonomía de los sujetos privados. La segunda, en cambio, se refiere a la parte que no está vinculada y que constituye lo que se denomina «esfera de lo lícito cualificado» pero que, sin embargo, está sujeta a los límites generales que derivan de los principios del orden público y de las buenas costumbres. Estos principios determinan la invalidez de los negocios que los infrinjan también en los supuestos en que se violen derechos subjetivos que ocasionen daños a otros particulares.

De acuerdo a lo dicho, conforme a calificada doctrina, se desprende que la «autonomía» de los particulares no carece de límites porque ella debe actuar dentro del ámbito de lo lí*cito*.

Este ámbito sirve de confín al poder de los sujetos privados en la libre producción de los efectos jurídicos que se quieran.

La autonomía privada significa, en consecuencia, que a cada uno de los sujetos privados se les es permitido producir con sus propios actos los efectos jurídicos que quieran, en la medida y por las razones que quieran y también en el hipotético caso en que no expresen razón alguna en particular siempre que verdaderamente lo quieran, o sea que los sujetos del ordenamiento que tienen autonomía privada no están obligados a perseguir ningún fin impuesto y en consecuencia pueden seleccionar la persecución de los fines que ellos estimen e incluso no perseguir alguno en particular.

Surge nítido así el valor preeminente de la «libertad de querer». Por eso los llamados «actos de autonomía» son actos con los cuales los particulares por sí y libremente disciplinan sus propias relaciones (autonomía significa, precisamente, según el origen de la palabra, «disciplinar por sí mismo»).

La *licitud* del querer constituye, según la expresada doctrina, un *límite externo* de lo que se quiere y por lo tanto de la autonomía privada, o sea, que los particulares pueden producir los efectos que quieran sin limitación alguna. Por ello, la tutela que el ordenamiento jurídico brinda a la libertad de querer comporta condicionar la producción estable y definitiva de los efectos al hecho de que los negocios jurídicos sean auténtica y libremente queridos, ya que, caso contrario, pueden ser invalidados.

De distinta manera ocurre, como lo puntualiza algún doctrinario, cuando las que actúan son las autoridades de la Administración pública. En efecto, la Administración por de pronto no está, ni puede estarlo, fuera del ámbito de lo *lícito* pero sucede que por el hecho de la existencia del *principio de legalidad*, al que ya nos referimos, resulta que el límite de lo lícito en la acción administrativa está amparado o protegido por un mayor y estricto criterio de «*legitimidad*», dado que cuando tiene la posibilidad de seleccionar debe en todo momento perseguir el *fin* para el cual la Administración pública existe, esto es, obtener la mejor satisfacción posible de los intereses públicos.

b) La Provincia de Santa Fe, como Estado moderno que es, es un Estado de Derecho en cuanto se somete, en cualquier campo en que su actividad se manifiesta —de tanta amplitud y variedad en el actual momento histórico— a las normas jurídicas que ella misma establece. En el orden local *este principio fundamental* tiene jerarquía constitucional (artículo 1 de la Constitución).

Las normas jurídicas regulan no sólo el comportamiento de los sujetos jurídicos que viven sometidos a la potestad provincial, sino también el de la Provincia misma. Es por esto que el ejercicio de la función administrativa desarrollada por la Administración pública al igual que la de los otros «poderes» del Estado (por la expresión «Poder» debe entenderse cada uno de los tres grupos de órganos respectivamente competentes para desarrollar una de las funciones estatales, entendidas en sentido material, de modo normal y característico) está dominado por el *principio fundamental de legalidad* el cual significa que las autoridades que la ejercen están obligadas, en las decisiones que adopten, a sujetarse o conformarse a la ley o, más exac-

tamente, al conjunto de normas jurídicas constitutivas del ordenamiento jurídico, que se denomina la «legalidad». Esto surge también y está afirmado por el artículo 2 de la Carta Magna local ya que «el pueblo y los órganos que él elige y ejercen la potestad de gobierno, desempeñan sus funciones respectivas en las formas y con los límites que establecen esta Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia. Ningún sector del pueblo, *ni persona alguna*, puede atribuirse legítimamente su ejercicio».

Análogamente, los individuos, con relación a la Provincia adquieren derechos subjetivos e incluso intereses legítimos, otorgados y garantidos por la ley (ley en sentido amplio). Los derechos e intereses legítimos son situaciones jurídicas reconocidas constitucionalmente, y la persona puede defenderlos, cualquiera fuera su naturaleza, ante los poderes públicos, de acuerdo con las leyes respectivas (artículo 7, 3ª parte, de la Constitución).

En razón de lo dicho, el ejercicio de la función administrativa —como afirma Alessi— no se deja al arbitrio de la Administración pública sino que debe encuadrarse en el ámbito del Derecho objetivo, ajustándose lo más fielmente posible a la norma jurídica, en relación al grado de precisión de la norma involucrada, precisión por otra parte que hace a la determinación del *interés público* para legitimar el uso de la potestad de acción de aquélla. Si la determinación es *precisa* la autoridad administrativa está frente a la *actividad reglada o vinculada*; en cambio, si es *imprecisa*, se mueve en el campo de la *actividad discrecional*. Si el ejercicio, entonces, de la función administrativa se mantiene en el campo del Derecho objetivo, es decir, dentro del ordenamiento jurídico, tal ejercicio es «legal» o conforme al Derecho, es decir, *secundum jus*. En este caso no se admite ninguna *«reacción» jurídica* contra la misma, por los sujetos cuyo interés tutelado haya sido vulnerado o lesionado por la acción administrativa. Sucede lo contrario en ocasión del *ejercicio antijurídico* de la función, o sea, cuando ella se lleva a cabo al margen o fuera del ordenamiento jurídico. En esta oportunidad el Derecho objetivo establece una serie de *medios de reacción*, como veremos, contra la acción administrativa ilegal. De esto surge que la eficacia del principio de legalidad está asegurada por el hecho de que el mismo está *sancionado* en cuanto medios o vías de derecho permiten a los individuos hacer corregir la conducta antijurídica de la Administración pública.

b) 1. El principio de legalidad no sólo significa que la Administración no debe infringir la ley dado que ella constituye un *límite* de su actuación (*significado negativo*), sino que también tiene el deber de ejecutarla —pero no el sentido de actuarla simplemente— y, por lo tanto, de cumplir las acciones positivas que las normas le han impuesto, porque la ley es el preciso *fundamento* de la potestad de obrar (*significado positivo*). Por consiguiente, si la función administrativa, es una actividad dirigida a la consecución de intereses públicos es innegable que la ley constituye la fuente de los poderes a utilizar y los límites que debe respetar. Como se verá, la Constitución se preocupa de establecer este principio no sólo en relación a los actos que restringen la esfera de libertad o de los bienes de los particulares.

Sin embargo, el mismo principio vale también en los casos en los cuales, por el contrario, la Administración permite a alguien de observar un determinado comportamiento que de otro modo no sería admitido y que para otros no le admite. Si, en efecto, es la ley que determina el principio de la prohibición de un determinado comportamiento, necesariamente la misma ley debe establecer, al menos en términos generales qué autoridad administrativa *podrá* permitir el comportamiento prohibido a otros y en qué circunstancias y sobre la base de qué elementos y presupuestos. Es decir, el principio vale pues para todos los poderes especiales atribuidos a la Administración pública, tanto para los que limitan como para los que permiten. Esto se expresa diciendo que los poderes administrativos existen únicamente en los casos y en la medida previstos por la ley.

b) 2. El principio de legalidad, que es esencial de la acción administrativa está, partiendo de la enseñanza de relevante

doctrina, implícitamente presupuesto en el ordenamiento constitucional santafesino. En primer lugar, por lo ya dicho en referencia a los artículos 1 y 2 de la Constitución y también en las numerosas «reservas de ley» enunciadas por la misma en cuanto atañe no sólo a la enunciación de los derechos fundamentales de libertad (arts. 9 a 15) y, en cada caso, las garantías propias de cada uno. En este caso estamos frente a lo que se denomina *«reserva absoluta de la ley»* dado que tales derechos únicamente pueden ser integralmente disciplinados por una ley. Así: «ninguna prestación personal de servicios al Estado es exigible sino en virtud de ley» —art. 14, párrafo 3—; «ninguna prestación patrimonial puede ser impuesta sino conforme a la ley» —art. 15, párrafo 4—. Asimismo respecto de las «limitaciones generales de derechos y libertades» ya que «el individuo tiene deberes hacia la comunidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades puede quedar sometido a las limitaciones establecidas por la ley exclusivamente, necesarias para asegurar el respeto de los derechos y libertades ajenos y satisfacer las justas exigencias de la moral y el orden público y del bienestar general» —art. 16— y que «nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana» —art. 19, 3° párrafo—.

Todo ello sin perjuicio de que la organización de la Administración pública debe surgir de la ley (art. 55, inc. 23). En este supuesto nos hallamos frente a la *«reserva relativa de la ley»* porque se admite que la ley disciplina los principios y los elementos esenciales de la materia objeto de dicha reserva y que la parte residual sea regulada por fuentes distintas como los reglamentos, etc.

En todas estas normas constitucionales aparece clara la preeminencia de la ley formal, es decir, de la sancionada por el órgano legislativo mediante el procedimiento previsto en la carta magna.

También surge este principio en la exclusión de la posibilidad que la acción administrativa pueda eludir el control *de los jueces* en los casos establecidos porque se reconoce la amplia defensa de los derechos e intereses ante los poderes públicos conforme lo dispone el art. 7, 3ª parte, consagrándose así el *derecho a la jurisdicción* y, por ende, *el acceso a la justicia* todo lo cual está confirmado por el artículo 93 incisos 1 (recurso de inconstitucionalidad) y 2, sobre todo (recursos contencioso-administrativos). Se desprende de ello el llamado *principio de accionabilidad* de las situaciones jurídicas subjetivas del particular frente a la Administración. Como se advierte este principio está estrechamente vinculado al de legalidad por lo que se lo podría considerar como una manifestación derivada del mismo además de constituir la expresión de otro *principio fundamental*, que se afirmó desde el mismo origen del Estado moderno, y que se conoce como *principio del control judicial de la Administración pública*.

La primacía señalada, esto es, la sujeción de la acción de los órganos administrativos, por supuesto también los jurisdiccionales a las leyes y a la Constitución, tiene en el Estado democrático —nuestra Provincia lo es como surge expresamente del Preámbulo y del artículo 1 del texto fundamental— su justificación en el hecho que las leyes son obra del Poder Legislativo dado que éste es el órgano representativo del pueblo y surge de la voluntad del mismo que es fuente política del poder (arts. 2, 56 sgtes. y concordantes de la Constitución Provincial).

El principio comporta que, fuera de los derechos y poderes comunes a los otros sujetos jurídicos ninguna posición de poder, de preeminencia o de favor corresponde a la Administración pública si no se la confiere una ley. Sin embargo, esta atribución sólo es posible en cuanto no lo impidan normas constitucionales y particularmente normas que reservan ciertas materias a otros «poderes» estatales, precisamente, entre otras, las normas que instituyen las «reservas de ley» a las que ya se ha hecho referencia precedentemente.

Es por eso que, salvo que resulte de otra manera de leyes o de reglas tradicionales, los entes públicos no disponen de otras

potestades públicas que las que una ley les atribuya puntualmente. Más aún, tales derechos y poderes (también los públicos) la Administración no puede utilizarlos de modo privilegiado —es decir, con modalidades de ventaja respecto de aquellos que corresponden a los otros sujetos— salvo que una ley, expresa o implícitamente, lo admita.

Una de las consecuencias del principio que estamos considerando es que los actos administrativos dotados del atributo de la autoritariedad son *típicos y nominativos*.

Con el vocablo *«tipicidad»* se expresa lo siguiente: todo acto de la Administración pública debe ser rigurosamente idóneo para disciplinar un caso concreto y satisfacer un interés determinado por la norma jurídica. La Administración no puede elegir, entre los actos administrativos, el que considera más apto para ello, sino que para conseguir los fines que le son propios debe utilizar únicamente aquel que, en relación al caso particular, las normas jurídicas (constitucionales o legales) le prescriben que use.

O sea, que los actos deben corresponder a las figuras reconocidas y regladas por el Derecho, de modo tal que todos, sin excepción, deben pertenecer a tipos que tienen una disciplina particular, normativamente predeterminada y están dirigidos a realizar las concretas exigencias públicas vinculadas por el ordenamiento a cada una de ellas. Los tipos son los previstos por el ordenamiento y nada más que esos de manera tal que cada uno de ellos está caracterizado por la función peculiar que le asigna el ordenamiento, esto es, la realización del interés público específico al cual está preordenado. Es por eso que la vinculación con principios y normas constitucionales se da en el sentido de que los actos destinados a incidir desfavorablemente en la esfera jurídica de los destinatarios el principio de legalidad exige que exista para éstos la garantía de determinados límites formales y substanciales impuestos a la acción de la Administración. En cambio, en relación a los demás actos, y respecto de aquellos destinados a incidir favorablemente frente a los destinatarios la tipicidad se deduce de los *principios de buena administración* e *imparcialidad*.

De lo dicho se deduce también y paralelamente la *nominatividad* de los actos administrativos. En efecto, con ello se expresa que la Administración pública no tiene la posibilidad de crear actos que no estén ya previstos por una norma jurídica (constitucional o legal): es decir, a cada interés público particular a realizar le corresponde un tipo de acto perfectamente definido, explícita o implícitamente, por la ley. La acción administrativa autoritativa se exterioriza, en consecuencia, a través de esquemas típicos taxativos que son científicamente determinables (y clasificables) en base al ordenamiento que constituyen los distintos tipos —las diferentes figuras— de actos. Estos, por eso, en cuanto al número son limitados o cerrados *(numerus clausus)* por lo que más allá de los configurados por la ley no son configurables otros.

A la Administración no le está permitido emitir actos «innominados», a los que no corresponda una determinada previsión y disciplina, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado donde las partes tienen el poder de crear nuevas figuras de actos y pueden, por consiguiente, dar vida a negocios innominados y mixtos que como expresión de la autonomía privada no están vinculados a los fines que desean perseguir.

En cambio, cada una de los actos administrativos está caracterizado por un contenido particular —el que no es ni puede ser otro que el previsto por el ordenamiento—; y no puede ser querido sino en relación a ciertos y determinados objetos, en las circunstancias previstas por el ordenamiento y en función del interés o de los intereses públicos específicos a los cuales el ordenamiento los ha predispuesto.

Resulta de ello una garantía sustancial que se ofrece al particular en cuanto, tanto la tipicidad como la nominatividad, impiden que puedan imponerse unilateralmente sujeciones que no han sido previstas, ni aun mediante los actos de máxima discrecionalidad.

Sin embargo, este último supuesto no carece de límites, porque, caso contrario, constituiría un fácil expediente que se utilizaría por la Administración para evadirse del principio de

legalidad. Este límite está dado estrictamente por la materia, generalmente materias técnicas en las que el legislador no cree necesario intervenir.

b) 3. Pero todo esto no significa que solamente los actos de las autoridades administrativas deben ser legales, que sólo la Administración debe sujetarse al principio de legalidad. Este no es más que un aspecto de un principio más general según el cual, como ya se ha dicho precedentemente, el Estado moderno, en todos los campos de su actividad, está sometido a las propias normas jurídicas, que constituye el principio del Estado de Derecho (art. 1, Constitución de Santa Fe).

Este principio, para los otros órganos estatales, reviste modalidades y utiliza procedimientos diferentes. En efecto, para los jueces el principio es enérgico ya que deben aplicar las normas del ordenamiento y si así no lo hacen la sanción consiste en la nulidad por arbitrariedad de sus sentencias (arts. 7 y 95 de la Constitución). Para el legislador la sumisión a las normas jurídicas se realiza prácticamente bajo la forma de la supremacía de la Constitución sobre cualquiera de las otras normas (sistema de las Constituciones rígidas como la nuestra) y efectivamente consagrado por el procedimiento del control de constitucionalidad de las leyes mediante los recursos expresamente previstos (extraordinario en la Nación —arts. 14, 15 y 16 de la ley N° 48 y los respectivos del C.P.C.C. Nacional—; de inconstitucionalidad en la Provincia —art. 93 inc. 1 de la Constitución y ley 7055 que lo regula). La constitucionalidad es a la vez lo que la legalidad es al acto administrativo.

b) 4. El principio de legalidad comporta, naturalmente, una limitación del poder administrativo y, correlativamente, una protección de los derechos de los individuos. Es, pues, como dice un autor francés (De Laubadère), un principio liberal, un factor esencial de liberalismo en el régimen administrativo que será tanto o más acentuado cuando el mismo está mejor consagrado, es decir, cuando los individuos dispongan de medios o

vías legales accesibles y enérgicas para controlar el cumplimiento de la ley por la Administración. Esta significación liberal pone en evidencia la importancia en la organización constitucional de una separación entre los órganos legislativos y los administrativos (principio de la división de poderes). Si la legalidad tiene por fuente principal a la ley la actuación de la Administración se encuentra mejor asegurada cuando la ley es dictada por una autoridad que le es exterior.

Pero esta limitación no se puede llevar a límites extremos. Tanto como la *arbitrariedad administrativa* debe ser evitado el *automatismo administrativo*, de desastroso efecto enervante sobre el espíritu de iniciativa. De ahí un conflicto potencial de dos grandes intereses, que debe ser resuelto con exquisito criterio político: por un lado, la exigencia de garantías en beneficio de los administrados impulsa a desarrollar el principio de la limitación de la Administración; pero, por otro lado, el poder administrador necesita de un margen de libertad de acción, que no se lo reduzca a aplicar rígidamente reglas preestablecidas, porque la índole, oportunidad, medida, modalidades de ciertas decisiones no pueden ser apreciadas de antemano y con carácter general, sino solamente en estrecho contacto con la realidad cotidiana. De ahí la existencia de ciertos *contrapesos o correctivos* del principio de legalidad dados por el margen de libertad que las fuentes de la legalidad dejan a la Administración reconociéndole el *poder discrecional* y en materia *de actos de Gobierno*. Pero, además de éstos, existe un tercer contrapeso y es el que está dado por la llamada teoría de las *«circunstancias excepcionales»*. Esta es una teoría jurisprudencial elaborada en Francia por su célebre Consejo de Estado que, en alguna medida, puede ser aplicable a nuestro Derecho, y ella, como se ha dicho, no es una simple aplicación de la idea general del *estado de necesidad*. Tiene su fundamento en los *deberes generales de las autoridades administrativas*. Estas tienen por obligación primordial asegurar el *orden público* y el *eficaz funcionamiento de los servicios públicos*. Cuando esta obligación se hallare trabada por la aplicación de la legalidad, la au-

toridad administrativa puede suspender esa aplicación en la medida y por el tiempo que fueren precisos. Dice el Consejo de Estado que «en circunstancias excepcionales las autoridades administrativas pueden tomar medidas que excedan el ámbito de sus atribuciones normales a fin de proveer con extrema urgencia necesidades del momento». Las reglas de competencia y de forma se flexibilizan o se dejan directamente de lado; medidas normalmente ilegales pueden ser tomadas válidamente; tórnanse legítimas decisiones de policía restrictivas de las libertades individuales más allá de las limitaciones que puede ordinariamente imponer la policía administrativa; medidas de suspensión de la aplicación de leyes; negativas a ejecutar sentencias en previsión del riesgo de desórdenes graves que dicha ejecución podría entrañar; etc. La teoría de las circunstancias excepcionales ofrece un carácter evidentemente exorbitante y la misma imprecisión de las «circunstancias excepcionales» la hace, por otra parte, manifiestamente peligrosa. Por ello, en estos casos, la jurisprudencia somete la acción administrativa al control jurisdiccional a fin de verificar si realmente las circunstancias eran excepcionales y si el ejercicio de los poderes de excepción se adoptaron durante su período de duración y si exigían la violación de la legalidad en la medida en que lo hicieron. El espíritu francés, tan aferrado a la legalidad, considera que en esta situación no es descartado el principio de legalidad: se trata de una legalidad de recambio, dicen, una legalidad de crisis que se sustituye a la legalidad normal. La teoría de las «circunstancias excepcionales» —entiende de Laubadère— no constituye una «laguna», es decir, una solución de continuidad de transitoria, una ruptura momentánea, sino un simple «correctivo» de la legalidad: en los límites en que ella juega, la legalidad no es excluida o suspendida, sino simplemente extendida por el juez y bajo su control, de modo que contra las decisiones tomadas a título de poderes excepcionales pueden perfectamente intentarse recursos de anulación.

En nuestra Provincia podemos encontrar una hipótesis que puede encuadrarse en esta teoría, en el artículo 15, segunda

parte, de la Ley de Expropiación, N° 7534, que regula la «ocupación temporal de urgencia».

En efecto, la citada norma dispone: «Por razones de necesidad y urgencia, vinculadas con un peligro grave e inminente para la colectividad que pongan en juego la solidaridad recíproca de los miembros de ésta e impidan toda forma de procedimiento, el Gobernador o la autoridad administrativa a quien éste faculte debidamente mediante decreto motivado, puede disponer, bajo su responsabilidad, la ocupación temporal de bienes inmuebles, debiéndose constatar previamente el estado de conservación de los bienes que sean objeto de la misma».

Las tres teorías son, por lo demás, muy diferentes unas de otras. Las dos últimas se diferencian de la primera por su carácter excepcional, pero cada una de ellas comporta una naturaleza y un régimen jurídicamente propios. Su único rasgo común es el de constituir límites y compensaciones del régimen de la legalidad.

2. Las fuentes de la legalidad en la Provincia de Santa Fe

La legalidad surge de todas las normas jurídicas que se imponen a la Administración y éstas nacen de las siguientes fuentes:

a) la *Constitución*. En el sistema de Constitución rígida, como es el nuestro, se coloca a ésta en el vértice de la jerarquía de las fuentes. Es *fuente superprimaria*; la importancia que revisten las normas constitucionales relativas al ordenamiento jurídico administrativo es evidente, especialmente las referidas a la competencia y al ejercicio de la función administrativa, como así también los principios que la rigen (entre otros, arts. 72, 73, 75, 77, 81, 82, 106 a 108, 1, 2, y 18 de la Constitución provincial).

b) las *leyes formales*, es decir, las formadas y sancionadas por la Legislatura mediante el procedimiento previsto en la Constitución (arts. 56 a 61). Son *fuentes primarias*. Estas leyes para ser fuentes de la legalidad administrativa deben te-

ner un contenido materialmente administrativo. Debe tenerse presente que la violación de una norma constitucional por un acto administrativo es causa de ilegalidad que se sanciona de la misma manera que la vulneración de una norma legislativa. También son fuentes los llamados *actos de eficacia equiparada* a ellas, como los *decretos-leyes*, o sea, actos normativos emanados por el Poder Ejecutivo mediante la apropiación de una potestad legislativa formal que normalmente no le corresponde. Estos actos normativos encuentran su justificación en el *estado de necesidad*, o sea, deben presentarse *circunstancias excepcionales de suprema y absoluta gravedad* que requieran la actuación de un fin esencial del Estado, con el objeto de regular situaciones imprevistas y de emergencia que no admitan dilación alguna. El decreto-ley queda subordinado a la ratificación de las Cámaras en cuanto a su eficacia.

c) los *reglamentos* dictados por las autoridades administrativas en los límites de su competencia. Constituyen *fuente secundaria* y por tanto tienen rango inferior a la primaria. Mediante ellos se realizan funciones materialmente legislativas y son fuente de legalidad en el sentido que, cuando han sido dictados regularmente, cualquier acto administrativo debe conformarse a esa norma preestablecida. En nuestra Provincia el Gobernador expide reglamentos de ejecución y autónomos en los límites consentidos por la Constitución y las leyes (art. 72, inc. 4).

También pueden dictar reglamentos, es decir emanar normas secundarias, las personas jurídicas públicas territoriales, Municipios y Comunas, atinentes a la esfera de acción que las disposiciones constitucionales (arts. 106 a 108) y legales (esencialmente las llamadas orgánicas nros. 2439 de Comunas y 2756 de Municipios) les consienten. Estas normas que surgen de estos reglamentos no estatales se denominan en nuestro Derecho Público Provincial *ordenanzas* y son manifestación de la capacidad de Derecho Público llamada autonomía.

Ninguna autoridad administrativa, sea cual fuere su posición jerárquica, puede derogar por un acto individual una regla general (reglamento), establecida por autoridad competente; por esto, en todo caso, deberá modificar previamente la norma reglamentaria. Esta subordinación del acto individual a la regla general constituye una *garantía fundamental* de *seguridad jurídica* para los administrados.

BIBLIOTECA

Se afirma, por otra parte, que un decreto reglamentario podrá, tanto como una decisión individual, ser ilegal por violación de un principio general de Derecho.

Subsidiariamente, en situaciones no regladas expresamente por las fuentes citadas, se recurrirá a:

d) la *costumbre*. Como bien sostiene Alessi, por lo que se refiere al Derecho Administrativo, a diferencia del Derecho Constitucional, la doctrina ha negado acertadamente la posibilidad de normas consuetudinarias que no sean meras normas subsidiarias (es decir, expresamente citadas por una norma escrita) o bien normas interpretativas de otras. Esto se deduce de la consideración de que la función administrativa, como función estatal, mal se presta a una regulación que no provenga de normas directamente estatales (en sentido amplio).

Gordillo (*Derecho administrativo de la economía*) afirma que ante el art. 19 de la Constitución Nacional la costumbre no puede aceptarse como fuente a menos que una ley expresamente la autorice.

No obstante se afirma por de Laubadère que en Francia el juez puede verificar la existencia de normas consuetudinarias y anular los actos administrativos que contravienen esas normas. Esta creación consuetudinaria es ilustrada por el caso de las *prácticas administrativas*. Se admite que la práctica seguida por la Administración puede constituir así la base de una costumbre obligatoria. Sin embargo, como la Administración puede apreciar siempre la oportunidad de sus prácticas y abandonarlas, una decisión contraria a una práctica cesa de ser ilegal cuando resulta que la Administración ha entendido precisamente abandonarla para el futuro y no derogarla para un caso particular.

De todos modos, en su caso, debe tratarse de una costumbre propiamente dicha, o sea, la norma jurídica que resulta de la repetición general, constante y uniforme, en determinadas circunstancias, de un cierto comportamiento de la Administración cumplido con la convicción de obedecer a un deber jurídico y a condición de que no sea abrogativa de preceptos positivos de Derecho público y de que no contraríe principios generales del Derecho.

e) la *analogía*, es decir, a normas reguladoras de casos semejantes o de materias afines *(analogía legis)*. Esta exige las siguientes condiciones, a saber: a) una condición negativa: la ausencia de una disposición que prevea el caso; b) una condición positiva: una semejanza tan fuerte del caso en cuestión (no previsto) con un caso previsto (no en cuestión) que se pueda argumentar que las mismas razones que han inspirado la disciplina del segundo, comparten una misma disciplina para el primero; y c) finalmente, otra condición negativa, que la disposición a extender no esté dictada por razones excepcionales, o de otro modo, particulares respecto del caso en cuestión, pero siempre en los límites de la materia administrativa del caso concreto sobre el cual se opera toda vez que no podía extenderse la disciplina de un determinado ámbito a otro distinto (p. ej., no podía extenderse a la disciplina de la circulación fluvial el contenido de una disposición dictada para regular la circulación caminera o viceversa) salvo que se trate de un principio general de Derecho Administrativo. Hay que tener cuidado en cuanto a la expresión *analogía legis* lo que no debe inducir a error. En efecto, la analogía no se da, en realidad, entre norma y norma (por cuanto la norma es una sola, la que regula el caso similar) y ni menos entre norma y caso no regulado (por cuanto las dos cosas no son del mismo género). La analogía, por eso, sólo se da entre dos casos y en virtud de la semejanza entre el caso disciplinado y el caso no disciplinado, de lo que resulta que el criterio inspirador de la norma dictada para el primer caso puede ser aplicado al segundo.

f) los *principios generales del Derecho* (*analogía iuris*). Es una *fuente no escrita* al igual que la anterior, diferenciándose de las tres primeras que son escritas. De acuerdo a una corriente doctrinaria importante, ambas, analogía y principios generales, son también fuentes directas ya que producen la aparición de normas en el ordenamiento estatal pero consideradas como hechos jurídicos —no como actos como lo son la Constitución, la ley y los reglamentos— ya que su nacimiento se vincula a simples sucesos o situaciones objetivas. Conforme a cierta doctrina esta fuente adquiere cada día mayor importancia, pese a que algunos —como Zanobini, por ejemplo— afirman que la analogía y los principios generales del Derecho son más bien formas de conocimiento de todo el ordenamiento y medios de interpretación e integración de las normas particulares. De todos modos cabe configurar los principios generales del Derecho como fuente subsidiaria, sólo aplicables a falta de Derecho escrito y consuetudinario en el ámbito del Derecho Administrativo. Esta es la conclusión que se impone de acuerdo a nuestro Derecho positivo (art. 16 del Código Civil).

Los principios generales aquí considerados son aquellos que no figuran en los textos o sea que no aparecen expresamente escritos pero derivan de las instituciones jurídicas tal como éstas están positivamente reguladas; es decir, son principios que informan el ordenamiento jurídico del Estado; como tales operan en el Derecho administrativo y la Administración está obligada a respetarlos, constituyendo su violación una ilegalidad. En este sentido —como afirma Garrido Falla— son independientes del Derecho natural puesto que están condicionados por los propios supuestos del sistema positivo que se contempla, y puede no coincidir con las exigencias del Derecho natural.

Los autores consideran distintos principios y efectúan agrupaciones de ellos desde particulares puntos de vista. Sin inclinarnos por ninguna de dichas clasificaciones podemos efectuar una enumeración de los que consagra nuestro ordenamiento jurídico y aplicables específicamente en nuestra disciplina, a saber: *principio de la autoridad de la cosa juzgada*, en virtud

del cual es ilegal toda decisión administrativa que contradiga o rehuse aplicar una sentencia regularmente dictada; *principio de la intangibilidad de los efectos jurídicos de los actos individuales*; *principio de la igualdad ante la ley, ante la justicia, ante el impuesto, en el goce de los servicios públicos, en el cumplimiento de los deberes públicos, en el acceso a las funciones públicas, en el uso del dominio público*; *principio de garantías elementales de procedimiento en materia jurisdiccional o disciplinaria*, tales como el *derecho a ser oído* para presentar la *defensa*; *principio de la buena fe*; *principio de la continuidad de los servicios públicos* (o mejor de la acción administrativa, de acuerdo a Giannini); *principio de moralidad* (que surge del art. 19 de la Constitución nacional y art. 16 de la Constitución provincial); *principio de no dañar a otro o no perjudicar a terceros* (art. 19 de la Constitución nacional); *principio del resarcimiento de los daños ocasionados*; *principio de la indemnización por el sacrificio impuesto a un individuo en su persona o bienes*; *principio del enriquecimiento sin causa*; *principio del interés público como fin de la Administración pública*; *principio de adoptar medidas excepcionales en caso de necesidad y urgencia*.

En Francia el Consejo de Estado reconoce a los principios generales del Derecho un valor igual al de la ley. Los principios, sin embargo, no tienen un valor supralegal cualquiera (a menos que se trate de los principios constitucionales *expresos* —por ejemplo, igualdad ante la ley—, o *implícitos* —por ejemplo, división de poderes—, o *construidos* —por ejemplo, el de razonabilidad de los actos estatales—) puesto que la ley puede derogarlos, siempre que ésta sea constitucionalmente válida; en otros términos, no se aplican sino en ausencia de voluntad contraria manifestada por el legislador, por ejemplo, el principio de la irretroactividad de los actos administrativos no impide que el legislador, no el Poder Ejecutivo, pueda otorgar efecto retroactivo a un reglamento. El límite, en tal caso, está dado por el artículo 3 del Código Civil en el sentido que, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

g) *los principios y las normas del Derecho común*. Este, habitualmente, coincide con el Derecho Privado, pero, la verdad es que la doctrina resiste la búsqueda, con fines de integración, de normas o principios en el campo privatístico, en razón de su inspiración fundamental en el principio de paridad de situación de los particulares y de la exclusiva consideración de su utilidad, con prescindencia del interés público, predominante, en cambio, en el Derecho Administrativo. Se recurrirá a él, pues, con especial cautela, sin perder de vista nunca el interés prevalente. La regla según la cual estos principios deben buscarse en el Derecho Privado no es absoluta porque en relación a la materia disciplinaria, por ejemplo, el Derecho común es el «derecho punitivo» y por esta razón a los mismos sólo se puede llegar a través del Derecho Penal; en materia de excusación y recusación de las personas llamadas a emitir un juicio, en materia del contradictorio, etc. los principios del Derecho común deben encontrarse en el Derecho procesal.

Hay que agregar algo más a lo ya dicho. Se ha observado agudamente que cuando se aplican a la materia administrativa aquellos principios e instituciones generales, necesariamente comunes a todo el campo del Derecho, y que solamente por razones históricas contingentes son enunciados en las fuentes del Derecho Privado al igual que en las del Derecho Público (por ejemplo, los relativos a los requisitos esenciales de los actos jurídicos, a la responsabilidad aquiliana —salvo, anoto, que tales normas sean reclamadas expresamente por una fuente pública, como sucede con el artículo 18 de la Constitución de la Provincia y otras semejantes—), en realidad, no existe en modo alguno aplicación de normas privadas a la materia administrativa, sino aplicación de normas que están comprendidas dentro de la Teoría General del Derecho.

Es preciso, no obstante, observar cierta cautela antes de afirmar que una determinada norma contenida en las fuentes del Derecho Privado constituye principio de la Teoría General del Derecho, aplicable por lo tanto, como tal, a la materia administrativa. Muchas veces se ha llevado a cabo por parte de la doc-

trina, como se ha dicho por insignes autores, una precipitada aplicación de normas privadas a la materia administrativa con la pretendida justificación de que se trataba de principios de la Teoría General del Derecho. No debe olvidarse que una norma contenida en las fuentes privadas puede ser considerada como principio de la Teoría General del Derecho solamente cuando sea segura su aplicabilidad a todo el campo del Derecho, siendo obvio, por lo tanto, que la aplicabilidad de una norma formalmente privada a la materia administrativa debe constituir un presupuesto y no ya una mera consecuencia para la asunción de la propia norma como principio de la Teoría General.

3. Las garantías de la legalidad

a) El orden administrativo y los medios de tutela de la legalidad

En el desarrollo de su actividad la Administración Pública no sólo está obligada a cumplir las normas jurídicas, sino que también debe observar directivas políticas y normas técnicas de conveniencia, de oportunidad, de buena administración, etc. Este deber se asegura por el ordenamiento jurídico con variados medios los que, unificados por la finalidad de garantir la consecución del interés público por las autoridades administrativas logra, asimismo, la eficacia del principio de legalidad a través de su tutela.

b) Los distintos medios de tutela de la legalidad

Los medios de tutela de la legalidad son variados, tienen distinta naturaleza y constituyen un sistema, como se ha señalado con acierto, los cuales pueden distinguirse en medios de carácter *constitucional* o *político*, *administrativo* y *jurídico* en sentido estricto. Estos últimos constituyen medios concedidos por el ordenamiento jurídico a los particulares

para la defensa de sus propias posiciones jurídicas frente a la Administración Pública.

b) 1. Los primeros —medios de naturaleza constitucional o política— se resuelven en controles de tipo *general y externo* que realiza la Legislatura ya sea controlando la *actividad político administrativa* o *la actividad administrativo financiera* del Poder Ejecutivo. En el primer caso mediante pedidos de informes o explicaciones a los Ministros, pues las Cámaras tienen el derecho de requerir la asistencia a sus sesiones de dichos funcionarios, sobre puntos que previamente se les fije. A la vez, los Ministros pueden excusar su asistencia cuando se trata de informes y darlos por escrito, pero no así en el caso de las explicaciones pues deben concurrir al seno de las Cámaras (art. 44, C.P.). En el segundo, fijando anualmente el presupuesto de gastos y cálculo de recursos, aprobando o desechando anualmente la cuenta de inversión, autorizando al Poder Ejecutivo para celebrar contratos o desechando los concluidos *«ad-referendum»* de la Legislatura (art. 55, incisos 8, 9 y 12, C.P.), o bien creando comisiones con propósitos de información e investigación (art. 46, C.P.).

A estos controles se les atribuyó, en su momento, una importancia trascendental. Sin embargo, la experiencia demuestra que resultan totalmente ineficaces desde el punto de vista práctico porque las Cámaras por su propia composición, dan mayor relieve al factor político o a los intereses partidarios antes que al aspecto jurídico de las cuestiones planteadas. De este modo puede decirse que este control se realiza sobre el mérito de la gestión de la Administración Pública, pero no es un control de legitimidad. En esto hay otro factor más que juega y que es menester señalar. En efecto, la mayor parte de las veces las Cámaras legislativas carecen de la idoneidad técnica indispensable para resolver cuestiones jurídicas que evidentemente importan un examen de la legitimidad de las medidas. Finalmente, para las Cámaras resulta imposible realizar el control sobre toda la actividad administrativa, por razones fácil-

mente comprensibles. Por ello, éste se limita a las cuestiones que ofrecen mayor interés político y si se quiere de partido.

b) 2. En cuanto a los segundos —medios de naturaleza administrativa—, son controles que se ejercen en el propio ámbito de la Administración con el fin de lograr de modo primordial que la actividad de ésta se mantenga dentro de los límites de la legalidad, garantizando su legítimo y también su conveniente desarrollo. Estos controles tienden, por un lado, a evitar *que se emitan actos ilegítimos o inoportunos*, por lo que se denominan *controles preventivos* mediante autorizaciones, aprobaciones, etc.; por otro, a suprimir o retirar actos ilegítimos o inoportunos, por lo que se denominan *controles represivos* como la anulación de oficio, la revocación, la reforma o la modificación. Trátase de la *revisión de oficio de los actos administrativos*, actividad que realizan los propios órganos que de modo prevaleciente pertenecen a la propia Administración como los superiores jerárquicos o por especiales órganos de control. En este sentido es dable recordar el control de legitimidad que sobre el gasto que realiza el Tribunal de Cuentas (art. 81, C.P.), como así también el que realiza el Gobernador sobre las entidades autárquicas (art. 72, inc. 18, C.P.), que puede ser preventivo o represivo, según los casos.

Estos controles se ejercitan de *oficio* por la propia autoridad administrativa. Los particulares pueden impulsarlos mediante *denuncias*, pero éstas no obligan a la Administración a considerarlas a menos que una ley así lo disponga. En la Provincia no existe norma alguna al respecto.

Se reconoce a los controles antes mencionados una mayor efectividad respecto de los políticos por cuanto pueden impedir la emisión de un acto administrativo ilegal o bien dejarlo sin efecto una vez emitido, mediante la anulación. La doctrina considera que este último, que es control represivo, tiene naturaleza y efecto de *reacción*, pero espontánea y a iniciativa de la Administración, contra su propia actividad realizada fuera del marco del Derecho objetivo. Dado que el control administrativo queda al libre arbitrio de la Administración por lo que su ejercicio puede resultar ocasional, no impidiendo por esto mismo la emisión de actos administrativos ilegales, se afirma que la reacción de oficio es insuficiente, de modo tal que el Estado moderno, como Estado de Derecho que es, según lo hemos dicho, otorga *carácter jurídico* a lo que es reacción contra los *actos ilegales* por parte de los particulares.

b) 3. Por esta razón se estatuyen medios de reacción que se denominan *medios de tutela de naturaleza jurídica*, en sentido estricto, porque los otros medios de tutela ya mencionados, en cuanto instituidos y disciplinados también por el ordenamiento jurídico, participan de igual naturaleza. De allí que se diga que este término tiene un carácter esencialmente convencional. A diferencia de los anteriores, son ejercidos mediante la actuación de sujetos jurídicos distintos y ajenos a la Administración. En este sentido se predisponen por el ordenamiento jurídico medios que tutelan a tales sujetos, permitiéndoles reaccionar, en defensa de sus derechos e intereses que consideran vulnerados por la actuación administrativa ilegal. Además se les reconoce un interés protegido a que sus reclamaciones sean consideradas por los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes. Indudablemente estos medios garantizan mucho más eficazmente la actuación de la Administración en el marco del ordenamiento jurídico. Para subrayar el alto grado de valor político que cabe asignar al sistema de protección del administrado frente a eventuales extralimitaciones de la Administración pública, dice un autor francés que el Derecho Administrativo como disciplina jurídica no busca solamente asegurar a la acción administrativa el despliegue de los medios que le permitan realizar sus fines de interés general; tiende también a proteger al individuo contra los embates siempre temibles para los derechos y libertades individuales. Históricamente, ha sido ésta la primera y principal inspiración de nuestra disciplina; es, en todo caso, lo que ha hecho de ella ese notable instrumento de liberalismo, que más de un país envi-

dia a Francia; y es gracias a ella que el francés es un «ciudadano» y no un simple súbdito.

Entre los medios de tutela jurídica *«stricto sensu»* podemos distinguir:

a) los *medios de reacción* contra el *ejercicio ilícito* de la función administrativa en protección de los *derechos subjetivos privados* mediante *acciones* que tienden a la afirmación de la responsabilidad de la Administración ante la jurisdicción ordinaria y en los términos expresados al comienzo.

b) los *medios de reacción* contra el *ejercicio ilegal o ilegítimo* de la función administrativa. Estos medios se dividen en:

b) 1. *medios administrativos*, trátase de los *recursos administrativos* que se hacen valer ante los órganos de la misma Administración pública, y

b) 2. *medios jurisdiccionales* (o *judiciales*), trátase, por una parte, del *recurso contenciosoadministrativo* que se hace valer ante los *órganos judiciales* con competencia en la materia; ahora, las Cámaras de lo contenciosoadministrativo y la Corte Suprema de Justicia y, de otra, el recurso contencioso administrativo sumario (ley 10.000) que se hace valer ante la justicia ordinaria, al igual que otros recursos como los previstos en materia tributaria, cuando se plantea la inconstitucionalidad de la norma que impone la obligación, o en materia de faltas municipales, que en grado de apelación y última instancia entienden los Juzgados de Distrito en lo Penal de Faltas conforme a los artículos 94, 96 y 97 de la ley 10.160, todo ello sin perjuicio de las disposiciones previstas en los artículos 120, 108, 110, 55, 56, 52, 53 y 46 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial.

Aquí, como ya se dijo, la sanción tiende a la eliminación del acto ilegítimo y, en su caso, la reintegración del lesionado en su esfera jurídica vulnerada.

De lo dicho se desprende que la *tutela política y administrativa* se establece en el *interés general* y en el *objetivo de la conservación de la legalidad y del orden en la Administración Pública*, pero la *tutela jurídica* siempre tiene como *finalidad* inmediata la *tutela de los intereses individuales* aun cuando, como se ha dicho por reputados autores, su resultado último también es la *conservación del orden* y de la *regularidad de la acción administrativa*. Se ha hecho notar por esto que los *medios de tutela jurídica* en estricto sentido tienen una *finalidad de justicia*, o sea, que en los medios jurídicos sobre el elemento innegable de la conservación del orden de la Administración Pública prevalece y es fundamental el de la realización de la justicia entre ella y los administrados. La tutela de los intereses individuales impone, a diferencia de los simples controles administrativos que son medios unilaterales, en el ámbito de la Administración, un procedimiento bilateral, es decir, la colaboración entre ésta y un sujeto distinto a ella y en su forma más perfeccionada la actuación de tres sujetos: la *Administración*, el *particular* y el *juez*. Por eso es que, en sentido amplio, puede decirse que el *conjunto de los institutos y de los medios de garantía justicial* ofrecidos a los particulares a los fines de la *reacción* frente a la Administración forma el *sistema de la justicia administrativa*, constituyendo una esencial manifestación del Estado de Derecho puesto que un Estado sin dicha justicia no tendrá ese carácter. Se afirmó que con las «garantías de naturaleza jurídica» se cumple una prevalente finalidad de justicia. Pero ¿esto es bastante para reconocer substancia jurisdiccional a la actividad que en tal sentido desarrollan los órganos administrativos y judiciales? Respecto de estos últimos no cabe ninguna duda, pero ¿y de la Administración resolviendo recursos administrativos? Es importante traer aquí la opinión de un ilustre Presidente de la Corte Constitucional italiana, Aldo Maria Sandulli, quien afirma: «cuando la Administración remueve de oficio sus propios actos, *la mueve el propósito de proveer de modo más adecuado al interés general*; cuando en cambio, procede sobre el recurso, la guía la *necesidad de remover un acto lesivo de ciertos intereses privados particularmente calificados*, es decir, un *fin de justicia*. Pero la circunstancia de que las decisiones de los recursos administrativos cumplen un fin de justicia no es suficiente para conside-

rar que la función que se ejerce no sea de *naturaleza administrativa* y sea, en cambio, *jurisdiccional*: al hacerlo, en efecto, *la justicia no es el fin último* (como es propio de la función jurisdiccional), sino que tiene carácter instrumental. Porque el fin que cumple la Administración Pública —la cual es por norma parte en causa— consiste en asegurar, con la mayor objetividad posible, *la ejecución de sus cometidos en relación a los cuales ha surgido un conflicto de intereses con otros sujetos*, y prevenir, además, controversias en sede jurisdiccional».

Por otra parte, tiene una importancia decisiva no solamente para el bienestar de los particulares en sus relaciones con la función administrativa, sino también por el grado de perfección que muestra el ordenamiento constitucional estatal toda vez que la exigencia del Estado de Derecho queda esencialmente impregnado cuando se asegura la garantía jurisdiccional de la acción de la Administración como sucede en nuestra Provincia.

Algo más. Se ha afirmado que en el Estado social tiende a ampliarse la esfera de los poderes públicos y por lógica consecuencia se restringe la autonomía de los particulares. Como en la esfera citada la mayor parte de las opciones se realizan en base a criterios discrecionales sin que correlativamente existan posiciones jurídicas individuales jurídicamente protegidas sucede que en esta forma de Estado, típica de nuestro tiempo, se verifica una cierta degradación del Estado de Derecho. Pero, si un sistema político quiere conservarse auténticamente democrático es menester que este fenómeno permanezca circunscripto, es decir, que los principios del Estado social se realicen pero sin que los del Estado de Derecho se desvirtúen.

LINEAMIENTOS GENERALES DE LA REFORMA DEL ESTADO EN MATERIA DE TRANSPORTE

Por Armando Canosa

1. Introducción

A partir de la asunción de su cargo en 1989, el Sr. Presidente de la República Argentina, Dr. Carlos Saúl Menem, comenzó un amplio programa de reformas destinadas a:

a) derrotar la hiperinflación;

b) reconstruir el Estado;

c) integrar la economía argentina al mundo.

Desde entonces, Argentina ha recorrido un camino muy amplio en muy poco tiempo y el país se encuentra abocado a lograr un alto crecimiento económico para mejorar el bienestar de su población y recuperar el terreno perdido.

Dentro de este esquema se enmarcó la política del Sector Transporte, que alentó la participación del capital privado y la competencia, con el objetivo de aumentar su eficiencia y ofrecer servicios de mayor diversidad y mejor calidad.

Para el caso de Argentina, un sistema eficiente adquiere una significación especial dado que su gran extensión y su disposición geográfica hacen que los costos de transporte sean un condicionante muy fuerte para el desarrollo económico de sus regiones y del comercio internacional.

El Sector Transporte tiene una envergadura económica considerable, participando del 5,1% del Producto Bruto Interno (PBI).

Siguiendo el criterio de la Comunidad Europea se calcula que uno de cada diez puestos de trabajo depende del sector de los vehículos de motor, en un amplio espectro que abarca desde el operador del transporte y distribución, hasta los talleres de servicios y reparaciones.