

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

EL ÁMBITO NUCLEAR DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

La fragmentación de la 'zona de reserva de la Administración'

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO – TRABAJO FINAL

Javier Alejandro LESCANO

Carrera 1503 – Matrícula 54

ÍNDICE

	<u>PÁGINA</u>
I.- RESEÑA ACERCA DE LA DIVISIÓN DE PODERES	3
II.- LA JURIDICIDAD DE LA ZONA DE RESERVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL	4
III.- LA INEXISTENCIA DE COMPETENCIAS RESERVADAS AL PODER EJECUTIVO.....	9
IV.- POSTURA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN	14
A) Elección de medios de participación ciudadana.....	14
B) Creación de entes autárquicos	14
C) Prevalencia de un Decreto Autónomo por sobre una Ley Federal	14
C. 1) Incompatibilidades determinadas por el Decreto N° 894/01	15
C. 2) Razonabilidad del Decreto N° 894/01.....	15
D) Encasillamiento de personal	15
E) Concursos de selección de personal	15
F) Proyecto de DNU que autorizaba al Poder Ejecutivo a establecer ajustes, revisiones o adecuaciones tarifarias de servicios públicos, atento la pesificación de tarifas dispuesta en los Art. 8 y 9 de la Ley 25561	16
G) Consulta en el marco del trámite de renegociación del contrato de concesión entre el Estado Nacional y Aeropuertos Argentina 2000	16
H) Política energética	17
V.- LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL ALCANCE DE LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN	18
A) Organización administrativa.....	18
B) Procedimiento administrativo	20
C) Potestades tributarias	20
D) Resoluciones en las que se habilitó un 'salto de instancia'	21
D. 1) Conflicto UOM – SMATA	21
D. 2) Privatización de aeropuertos en el marco de reforma estatal en la década de 1990	22
E) La operatividad de los derechos sociales.....	23
F) Reflexión sobre la jurisprudencia citada	25
VI.- ¿EXISTE LA ZONA DE RESERVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES? POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA	26
VII.- ÁMBITO NUCLEAR DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. UNA PROPUESTA	30
VIII.- ÁMBITO DECISIONAL AUTÓNOMO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCESO DE CONCRECIÓN DE UNA LEY	33
IX.- CONCLUSIONES	35

I.- RESEÑA ACERCA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

La división de poderes, se vincula con el proceso de constitucionalismo de los Estados y el desarrollo de la forma representativa de gobierno. *“Es una categoría histórica: fue un instrumento de lucha política contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política... tal división no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente...”*¹,

No existe confusión entre los poderes del Estado. La teoría de la división de poderes sólo implica que a la separación tripartita de funciones (ejecutiva, legislativa y judicial) le corresponde, una clasificación tripartita de órganos, los llamados poderes ejecutivo, legislativo y judicial.² Se trata, con toda evidencia, de una división orgánica, que **no permite desmembrar la personalidad del Estado**, pues *“el poder del Estado, aunque existan diversos órganos, es siempre uno”*.³

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que en la Argentina *“El sistema republicano de gobierno establecido por la Constitución Nacional supone que el accionar de los tres poderes del estado es armónico y coordinado, pues **si bien cada uno de ellos tiene ciertas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre si...**”*⁴

Doctrina foránea en un mismo sentido, sostiene que *“...el presidencialismo si bien supone una división de funciones precisas y acotadas, distribuidas entre diferentes órganos, requiere de ‘**coordinación**’ entre los órganos como posibilidad misma de gobierno.”*⁵

La mentada coordinación, obliga a que cada órgano estatal actúe en el marco de sus jurídicas competencias, sin inmiscuirse en la esfera propia de cualquier otro poder, y así mantener en equilibrio el ejercicio de las potestades conferidas por el ordenamiento jurídico.

El encargado de velar por que ningún órgano estatal actúe aisladamente, arrogándose potestades que no le pertenecen, es el Poder Judicial, por lo que no cabe ninguna otra concepción que la de un Poder Judicial independiente, en virtud de ser el máximo garante del derecho humano a la tutela judicial efectiva, garantía de la libertad del ciudadano y de protección de la división de poderes, pues *“No hay libertad si el poder de juzgar no está separado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como*

¹ CSJN – FALLOS 313:1513 “Peralta Luis C/ Estado Nacional S/ Amparo”

² BIDEGAIN, Carlos – Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional – Abeledo Perrot 1986 – Tomo III, Pag. 110

³ HELLER, Herman – Teoría del Estado – Fondo de Cultura Económica – México 1957 – Pag. 263

⁴ CSJN Noviembre 5-996 – Soria Carlos E. Publicado en LA LEY 1997-D, 264

⁵ LOEWENSTEIN, Karl - Teoría de la Constitución – Ariel – Barcelona 1986, Pag. 133.

que el Juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el Juez podría tener la fuerza de un opresor.”⁶

En este marco, la Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo en esta última expresión no sólo a la ley en sentido formal -es decir al acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo con el procedimiento previsto para la formación y sanción de leyes- sino también, al sistema jurídico entendido como unidad.

Al respecto, Kelsen⁷ ha dicho que *“El derecho es un orden de la conducta humana. Un “orden” es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho”*

La actuación de la Administración, debe ser ajustada a derecho, entendido no solo como la sumisión a la legalidad sino más bien a la **juridicidad** en tanto locución que, *“implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho, a la ley formal, a los reglamentos, los precedentes administrativos en la medida en que su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos...”⁸*

Hechas estas consideraciones, respecto a la coordinación y juridicidad que debe primar en el actuar de los órganos del Estado, presentaré el debate doctrinario y jurisprudencial nacional acerca de la existencia o no de una ‘zona de reserva de la Administración’ para la persecución del interés público, entendida como una competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo y el alcance del control jurisdiccional, para finalmente aportar una ‘propuesta conciliadora’.

II.- LA JURIDICIDAD DE LA ZONA DE RESERVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL

MARIENHOFF⁹ asevera que la "reserva de la Administración" es un obvio corolario del principio de separación de los poderes o división constitucional de las funciones estatales, que aparejan la adjudicación de competencias propias y exclusivas a cada uno de los tres órganos esenciales integrantes del gobierno.

⁶ MONTESQUIEU – Del Espíritu de las Leyes – Editorial Heliasta S.R.L. 1984 – Pag. 188

⁷ Kelsen, Hans - Teoría General del Derecho y del Estado – 2º Edición, México DF 1958 Pag. 3

⁸ COMADIRA, Julio – Derecho Administrativo 2º Edición – Lexis Nexis 2007 Pag. 493

⁹ MARIENHOFF, Miguel S. – Tratado de Derecho Administrativo 1995 Tº 1 Puntos 68 y 68 bis Abeledo Perrot OnLine - Citar: Lexis Nº 2202/001752

Al analizar los reglamentos autónomos, los define como aquellos “que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales dicho Poder tiene competencia exclusiva, de acuerdo a textos o principios constitucionales. Estas materias son las que, a mi criterio, integran lo que llamo “reserva de la Administración”, por oposición a la “reserva de la ley” que contempla un ámbito reservado al legislador”, aclarando en la nota al pie que “También existe la zona que ha de llamarse “reserva de la justicia” o “reserva del juez”, ámbito reservado al poder u órgano “judicial”, en cuyo recinto jurídico les está vedada la penetración al legislador y al administrador, so pena de realizar actos írritos por implicar una violación del principio constitucional de división de las funciones estatales”.

“Cada poder sólo puede actuar válidamente en la esfera de su respectiva competencia establecida por la Constitución. A la “reserva de la ley” se opone, pues, la “reserva de la Administración”, **sin perjuicio de que frente a ambas exista la “reserva de la justicia”**. Por eso... no siempre una ley tendrá preeminencia respecto a un reglamento administrativo; todo depende de que la materia regulada sea propia del Ejecutivo o del Legislativo. Entre nosotros es lo que ocurre, por ejemplo, con los decretos que crean entidades autárquicas institucionales, los cuales, en caso de conflicto, tienen o pueden tener preeminencia de rango respecto a la ley que sobre la misma materia dictare el Congreso”.

Las facultades que otorga el Art. 75 inc. 32 CN al Poder Legislativo, no significan que el Congreso pueda “dictar leyes que impliquen el ejercicio de facultades que la Constitución le confiere expresamente al Poder Ejecutivo, “o que deban considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas”, y que constituyan la “substancia” misma de la labor propia del órgano Ejecutivo”.

Finalmente, sostiene que la zona de “reserva de la Administración” surge, pues, de la Constitución. Las consecuencias de la misma, no actúan en abstracto y automáticamente para oponerse a las de la “zona de reserva de la ley”. La invocación de aquella zona, por sí misma, no justifica supremacía alguna respecto a la “zona de reserva de la ley”. La “zona de reserva de la Administración” se refiere al ámbito en que, desde el punto de vista constitucional, puede preceptuar válidamente el Poder Ejecutivo: de ahí que si una ley formal hubiere violado esa zona preceptuando sobre materia propia del Poder Ejecutivo, para imponer la eficacia de la “zona de reserva de la Administración”, debería gestionarse por la vía que corresponda la derogación o anulación de la referida ley formal.

BIDART CAMPOS¹⁰, afirma que la “zona de reserva de cada poder compone un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro poder”

¹⁰ BIDART CAMPOS - Manual de la Constitución Reformada, Ediar Buenos Aires 1997 Tomo III, Pag. 20

Al brindar una entrevista¹¹, ante la pregunta de la existencia de una zona de reserva de la Administración en la Constitución, contestó afirmativamente, sosteniendo que *“cada órgano de poder tiene su propia zona de reserva. Por ende, la administración tiene la suya. El ejemplo para mí más convincente es el siguiente, en el que siempre he seguido la doctrina de Miguel S. Marienhoff sobre el punto: la creación de entidades autárquicas en el área de la administración que depende del Poder Ejecutivo le pertenece exclusivamente a éste, porque implica desmembrar un sector propio de su zona de reserva. Hacerlo por ley del congreso es inconstitucional porque implica que un órgano ajeno invade la mencionada zona de reserva. El congreso solamente puede crear entidades autárquicas en relación con materias que, explícita o implícitamente, encuadran en alguna de las competencias que la Constitución le atribuye”*.¹²

CASSAGNE¹³, también vincula al reglamento autónomo con la zona de reserva de la Administración a cargo del Poder Ejecutivo, pues en su dictado la Administración no aplica una ley preexistente, sino que interpreta y aplica en forma directa la Constitución.

Sostiene que el Art. 75 inc. 32 CN no puede invocarse para facultar al Congreso a dictar normas sobre materias claramente atribuidas al Poder Ejecutivo, ya que no estatuye una competencia implícita con el fin de transgredir el principio de la división de poderes.

Acorde la distribución de funciones entre poderes que realiza la Constitución, entiende que *“el dictado de reglamentos autónomos encuentra su fundamento en el Art. 99 inc. 1, atento la atribuida responsabilidad política del Presidente por la administración general del país”*. Arguye que *“en los casos en que se ha querido subordinar la Administración a la Ley, expresamente la Constitución Nacional lo ha prescripto”*.

“La existencia de una zona de reserva de la Administración resulta indudable. La separación de poderes no ha intentado convertir al legislativo en un poder con facultades sobre los demás”.

La zona de reserva la entiende circunscripta a la regulación de ciertas materias y situaciones que deben considerarse inherentes y consustanciales a las funciones que tiene adjudicadas el Poder Ejecutivo acorde el Art. 99 inc. 1 CN. Entre ellas, las reglas de la organización administrativa y recursos administrativos.

¹¹ Lecciones y Ensayos - Revista Jurídica dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.B.A. - http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_bidart.php

¹² Si bien no existe en nuestro ordenamiento una norma similar, cabe traer a colación el Art. 37 de la Constitución de Francia: *“Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley. Los textos con forma de ley referentes a dichas materias podrán ser modificados por decreto acordado previo dictamen del Consejo de Estado”*. O sea, el Poder Ejecutivo Francés mediante un procedimiento de deslegalización, puede utilizar la vía del Art. 37 y modificar los textos de las leyes que avancen sobre las materias reservadas al reglamento. Insisto en que ello es inviable en nuestro sistema jurídico.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos – Derecho Administrativo 5º Edición – Abeledo Perrot - Tº 1 Pag. 148

LINARES¹⁴ plantea que la expresión “facultades de reserva” daría la impresión de un poder majestático y supremo, por ello propone llamar a estas atribuciones como “privativas” de cada poder estatal, cuya característica es la intangibilidad para los otros poderes de lo decidido.

“No podemos menos que reconocer que el Poder Ejecutivo goza de ciertas atribuciones de reserva o privativas, incluso implícitas pese a que el Art. 86 de la Constitución no tiene una cláusula cómo la del Art. 67 inc. 28 relativa a las atribuciones del Congreso”.

Enmarca dos especies de facultades de reserva del Poder Ejecutivo: expresas (actual art. 99 CN) e implícitas (aquellas tácitamente incluidas en las expresas). El quid es el conflicto que puede surgir con estas últimas y las facultades constitucionalmente implícitas del Congreso Nacional. Afirmo que siempre prevalecerá la ley emanada del Poder Legislativo, salvo aquellas competencias que la constitución otorga en exclusividad al Poder Ejecutivo (Jefatura de la administración, sanción y promulgación de leyes).

“Varias de las atribuciones expresas del Poder Ejecutivo, que una primera lectura del art. 86 parecería atribuirle como propias y exclusivas, pueden ser regladas por ley del Congreso según la armónica interpretación del actual art. 75 de la Constitución Nacional. Por ejemplo una Ley del Congreso que regule una materia que corresponde en competencia implícita al Poder Ejecutivo y que este haya ejercido mediante reglamento (Vgr incompatibilidades en el empleo público), la mera reproducción del reglamento traería al sistema una mayor estabilidad”.

BIANCHI ¹⁵ entiende a la zona de reserva, como el conjunto de competencias exclusivas de cada órgano de gobierno, susceptibles de ser discriminadas en dos subespecies: competencia externa (trasluce hacia los otros poderes y los administrados) e interna (efectos sólo en el fuero personal de cada poder).

Lo que cada poder decide dentro de la zona de reserva, se proyecta generalmente hacia el exterior, por lo **que no es inmune al control de constitucionalidad**. *“Lo importante es que cada poder no sobrepase la línea demarcatoria de su propia competencia.”*

Las competencias internas están dirigidas a modo de sostén o auxilio de las tareas principales de cada poder. Por ejemplo, las sesiones preparatorias del Congreso dedicadas a las tareas organizativas del Parlamento, sorteos de expedientes en el Poder Judicial, contrataciones interadministrativas, ascensos del personal militar, etc.

“Toda actividad que un poder desarrolle sin efectos fuera de su órbita, en principio no puede ser controlada por los otros poderes. Pero como nadie puede estar fuera del

¹⁴ LINARES, Juan Francisco - Los reglamentos autónomos en el orden federal – La Ley T° 1981-D-1271

¹⁵ BIANCHI, Alberto - El control judicial sobre la zona interna de la administración – La Ley T° 1989-C-481

*ordenamiento jurídico es preciso poner alguna limitación para aquellos casos en que un individuo, grupo de individuos o personas jurídicas, puedan estar perjudicados por ella. En esos casos renace el otro aspecto de la división de poderes que es el **control interórganos para salvaguardar los derechos fundamentales. El límite lo constituye la arbitrariedad en el obrar***".

No es la discrecionalidad de la decisión lo que impide el ejercicio del control judicial, sino precisamente la división de poderes y el respeto mutuo de un órgano de gobierno a otro lo que veda el acceso de la justicia a la revisión de tales decisiones.

Ejemplifica que la división de poderes se vería desequilibrada si el Poder Judicial introdujera su brazo en un asunto personal de la Administración como es el nombramiento de oficiales de las Fuerzas Armadas.

*"Tratándose de supuestos en que la actividad bajo juzgamiento pertenece a la esfera privada de atribuciones de la rama ejecutiva, la justicia preserva mejor el juego de frenos y contrapesos absteniéndose de ejercer control alguno, **en la medida que no se advierta una arbitrariedad manifiesta en el obrar del presidente.***

El velo del Poder Ejecutivo sólo puede ser descorrido por la justicia cuando la decisión traspone el umbral de sensibilidad de los criterios de razonabilidad."

COVIELLO¹⁶, luego de un pormenorizado análisis de su naturaleza jurídica, concluye que *"el Estado de Derecho se forjó inicialmente para limitar la actuación del Poder Ejecutivo; pero, a su lado también se buscó para limitar la omnipotencia legislativa... la división de poderes, se orientó en un comienzo a garantizar los derechos de los individuos, y garantizar también el ejercicio del poder, de modo que el Parlamento no excediera su ámbito propio"*.

"El fin del Derecho Administrativo es, en definitiva, siempre la persona que está frente o en colaboración, con los poderes públicos. Pero igualmente, al lado de ese fin se fomentan y garantizan los derechos humanos a través del constreñimiento de la actuación estatal en el ámbito de su propia zona de reserva establecida por el ordenamiento jurídico".

Relaciona el principio de legalidad con las zona de reserva, indicando que por sobre ella *"siempre se halla el ordenamiento jurídico y los valores que le dan sustento. No se trata de exorbitancias del poder o de resabios del absolutismo o de gobiernos no democráticos. Se trata, simplemente de una cuestión de competencia... es el reconocimiento de la validez de la actuación de los respectivos órganos estatales dentro de su propio marco de competencia. Y nada más. Es respecto de la Administración, reconocer, por ejemplo, la posibilidad de su actuación discrecional, sin que los otros poderes puedan interferir, salvo, claro está, que existiera ilegalidad o arbitrariedad. Es en definitiva, el respeto a lo decidido por cada órgano de la trilogía estatal en el ámbito de su legítima actuación."*

¹⁶ COVIELLO, Pedro – La denominada "zona de reserva de la administración" y el principio de la legalidad administrativa – Revista de Derecho Administrativo – Depalma 1989 - Pag.109

Podemos extraer los siguientes puntos en común de las teorías esbozadas:

i) En el marco del Estado de Derecho, la Constitución atribuye a cada poder estatal competencias propias y exclusivas que conforman 'zonas de reservas', las cuales pueden ser expresas o razonablemente implícitas.

ii) El ejercicio de atribuciones privativas debe ser compatible con el ordenamiento positivo vigente a la luz del principio de legalidad.

iii) Existe la posibilidad de que una norma administrativa tenga preeminencia sobre una norma emanada del Congreso conforme el procedimiento legislativo. Su fundamento es el respeto de cada órgano estatal a lo decidido en el ámbito de competencias reservado constitucionalmente a la administración (Art. 99 inc. 1) en razón del principio de división de poderes.

iv) La mera invocación de facultades reservadas por parte de la Administración, no es óbice para el control judicial, el cual está llamado a intervenir en cualquier caso donde se advierta arbitrariedad en el obrar administrativo.

III.- LA INEXISTENCIA DE COMPETENCIAS RESERVADAS AL PODER EJECUTIVO

FIORINI¹⁷ sostuvo que *“es gravísimo método jurídico aplicar automáticamente una norma jurídica con honda raíz histórica en instituciones, sistemas o normas promovidos o acontecidos en otra época.”*

Arguye que es lo que sucede con la expresión 'reservas del administrador', si se pretende que cumpla idéntica función a la que corresponde a las 'reservas del legislador'.

“Las reservas de ley tienen su historia en las luchas contra el absolutismo del poder público de los señores... se expresaban como garantías contra la autoridad arbitraria de los príncipes. Estas conquistas en beneficio de los derechos individuales representaban, más que derechos reconocidos a los sujetos, la desaparición de una prerrogativa del poder autoritario del monarca... El Estado constitucional recoge, la raíz histórica de las reservas de ámbitos, substraído al poder autoritario, y lo juridiza bajo el nombre de “reservas de la ley o del legislador”... jurídicamente se las consagra como una garantía constitucional a favor del reconocimiento previo de los derechos fundamentales a los individuos... que sólo podrán ser reglamentados por el legislador.”

Ha sido terminante al sostener que ***“en nuestra Constitución el poder administrador no tiene asegurada ninguna reserva para el cumplimiento de las facultades que se le reconocen y aquellas que se exhiben con carácter de privativas exclusivas de sus***

¹⁷ FIORINI Bartolomé - Inexistencias de las reservas del poder administrador - La Ley T° 152 Pág. 963

funciones. Está de más asegurar que, no obstante el carácter de facultades privativas, ellas puedan ser revisadas judicialmente cuando infraccionan normas y principios constitucionales.”

Finalmente, define como un ámbito reservado para el funcionamiento de cada poder, el derecho de su organización. *“Es mandato de la teoría de los poderes que cada poder tenga la potestad de su organización. Si esto no se les reconociere se les negaría su existencia como poderes. Esta potestad de organización... es propia y exclusiva para y de cada poder. Cada poder tiene el derecho a su organización; esto no es una prerrogativa ni mucho menos proviene de una garantía de reserva. El derecho de organización es una consecuencia implícita de necesaria exigencia para la existencia de cada poder.”*

GORDILLO¹⁸, es categórico al decir que *“si bien existe una zona de “reserva” legislativa, en el sentido de que en ciertas materias sólo el Congreso puede estatuir y en ningún caso (ni siquiera por delegación) la administración, no existe en cambio en el derecho latinoamericano un principio inverso de que pueda haber zona alguna de la actividad administrativa “reservada” a ella y exenta de la regulación legislativa o del control judicial. La “zona de reserva de la administración” carece de todo fundamento constitucional, mucho menos en la Constitución de 1994... Es franca y ostensiblemente inconstitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o actividades exentas de regulación legislativa... todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso, con la única salvedad de que tal regulación no sea irrazonable.*

Todos los actos del Poder Ejecutivo, incluso los dictados en ejercicio de una atribución otorgada en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, están sujetos a regulación legislativa... tal legislación será constitucional siempre que no modifique ni altere ninguna disposición constitucional expresa, ni sea de otro modo irrazonable. Nada puede escapar a la ley del Congreso de la Nación, por lo que hace a la administración pública. Eso, al menos, en un sistema democrático de derecho”.

Al analizar los reglamentos autónomos, sostiene que es posible utilizar por el Poder Ejecutivo este medio reglamentario *“para regir exclusivamente el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), procediendo con la debida prudencia dentro de sus límites; habrá de cuidarse de no fijar obligaciones de los particulares hacia la administración, que no tengan un sustento legal específico. Y tampoco sostener, desde luego, que pertenece a una esotérica “zona de reserva de la administración” que no existe en ninguna parte de nuestro sistema constitucional...”*

En una nota al pie, coloca énfasis en que *“las doctrinas sobre ‘zona de reserva de la administración’...han contribuido mucho al escaso nivel de democratización y de control ciudadano del poder,... cumplen en lo ‘jurídico’ la función que cumplieron en lo político los*

¹⁸ GORDILLO, Agustín. http://www.gordillo.com/tomos_pdf/1/capitulo7.pdf

cultores de las frases galanas en favor de los poderes de facto: 'la cruz y la espada', 'Esparta y Atenas', 'la última reserva del país', etc..”.

DIEZ¹⁹, comienza su análisis recordando que el Poder Ejecutivo ejerce con carácter sublegal todas sus funciones.

Si bien conforme el ordenamiento constitucional, el Presidente es el jerarca máximo en el ejercicio de la administración general del País, la regulación de esa alta función, al ser de carácter sublegal, **siempre es competencia del Legislador.**

“Lo único que podrá deducirse del Art. 86 inc. 1 es que el Presidente, puede dictar órdenes, circulares, instrucciones, para la buena marcha de la misma. La ejecución de la Constitución por reglamentos autónomos que no puedan ser derogados por Ley, nos parece que no tiene apoyo constitucional expreso ni implícito.”

Al estudiar los reglamentos autónomos, dice que ellos *“no tratan de ejecutar una ley concreta sino regular materias en las que no exista una ley que permita dictar un reglamento de ejecución, pero que la administración puede dictar, en mérito a facultades que surgen implícitamente de la Constitución Nacional o en el ejercicio de poderes discrecionales que dispone, llamados a llenar una laguna legal, siendo ellos **los reglamentos de policía y fundamentalmente los de organización administrativa**, no pudiendo afectar los principios generales ni invadir la zona de reserva legal, puesto que esta zona compete **exclusivamente al legislador.**”*

DROMI²⁰, en una posición pendular, pondera que las potestades administrativas constituyen una parte sumamente discutible del objeto del derecho administrativo.

Sostiene que tales potestades no existen, y que lo real y existencial es el poder como capacidad del Estado. *“Los autores que admiten la existencia de las potestades administrativas hacen grandes y plausibles esfuerzos doctrinarios, pero al fin equívocos, para justificar su autonomía y su diferenciación con el poder, la autoridad, las prerrogativas, los derechos o atributos de la Administración o medios jurídicos de la Administración...Es erróneo afirmar que la Administración pública cuenta con potestades jurídicas para desarrollar su actividad y lograr los fines públicos estatales propuestos”.*

A posteriori en su obra, determina que la competencia reglamentaria es inherente a la función administrativa y, por consiguiente a la propia Administración y, al analizar los reglamentos autónomos asevera que **“su emanación no depende de ley alguna, y regulan el servicio administrativo. Son típicos reglamentos de organización administrativa, que no rigen**

¹⁹ DIEZ, Manuel María – Manual de Derecho Administrativo II° Edición – Plus Ultra 1980 - T° 1 Pag. 23

²⁰ DROMI, Derecho Administrativo - Ciudad Argentina - 8° Edición 2000 Pág. 178; 321

ni regulan la actividad de los particulares, ni de terceros extraños a la Administración... No producen por regla general efectos jurídicos inmediatos respecto de los administrados... Son, en síntesis, reglamentos internos de la Administración, que obligan a quienes de ella dependen, sin que se establezca, en principio, relación jurídica alguna con el particular o administrado.”

Finalmente preconiza que *“las instrucciones y circulares por las que se exterioriza jurídicamente parte de la actividad interna de la Administración, no pueden ser impugnadas administrativa o jurisdiccionalmente por los administrados; todo ello sin perjuicio del agravio que pueda causar el acto administrativo emitido en ejecución de la instrucción o circular”*.

BALBÍN²¹, al efectuar el análisis de los decretos autónomos, introduce la cuestión de la zona de reserva. Coloca énfasis en que el único tipo de decreto no reglado en el orden constitucional son los autónomos, los cuales, según su parecer ***nos introducen en un mundo de sospechas***.

Ante la descripta situación, es tajante al sostener que *“el Poder Ejecutivo no tiene una zona de reserva propia en el ámbito de regulación simplemente porque el texto constitucional no reconoce ese conjunto de potestades a su favor...El ejercicio de la jefatura de la Administración Pública no implica una zona de reserva del Ejecutivo en el ámbito regulador.”*

Afirma que el Ejecutivo no está autorizado a dictar decretos de naturaleza legislativa, aún en casos en que el Congreso no hubiese ejercido las competencias de regulación que le reconoce el ordenamiento jurídico constitucional, y que *“El ejercicio de las actividades de regulación del Presidente está limitado por el núcleo que es definido por el Legislativo en todos los ámbitos materiales...”*

Interpreta que el ejercicio de las competencias enumeradas en el Art. 99 CN por el Poder Ejecutivo es excluyente y, forma parte de una zona de reserva propia. Al ejercer estas facultades, aplica por sí mismo la Constitución, *“sin perjuicio de que el Legislador puede regular su ejercicio siempre que no desnaturalice la manda constitucional”*.

“Según la Constitución Nacional, no existen materias que deban ser reguladas por el Ejecutivo con alcance excluyente”. Coloca como ejemplo la Ley de Ministerios para ilustrar que nuestro sistema normativo *ni siquiera atribuye la regulación de las cuestiones sobre organización y funcionamiento interno del Estado al Presidente de modo exclusivo*.

“El Poder Ejecutivo no tiene una zona de reserva y, en consecuencia, no puede dictar reglamentos autónomos o independientes, menos aún, si leemos que el artículo 75 inciso 32 CN, que prevé que el Legislador ejerce las competencias federales residuales...”

Finalmente, atempera su teoría negatoria al admitir que sólo es posible el dictado de decretos propios en el ámbito de la organización interna de la Administración sin

²¹ BALBÍN, Carlos - Tratado de Derecho Administrativo Tomo I - La Ley 2011 pag. 110; 493/501

repercusiones en el exterior. Circunscribe a la zona de reserva, al **“decreto independiente en el ámbito interno de la Administración**, siempre que además no haya sido reservado por disposición constitucional al Congreso y que además, de hecho, no haya sido regulado por el Legislador. Los decretos independientes, aunque no estén sujetos a una ley de orden específico si están alcanzados por el bloque de legalidad, es decir por el conjunto de leyes del ordenamiento jurídico”.

HUTCHINSON²², rebate los fundamentos doctrinarios a favor de la existencia de una “zona de reserva de la administración”, afirmando que *“en nuestro Estado de derecho existe una primacía del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo, lo cual se justifica porque es el órgano en el que está representado el pueblo”*.

En razón de ello, deduce que: a) *no existe una reserva de potestad reglamentaria autónoma, genéricamente establecida a favor de la Administración Pública; b) ante la inexistencia de reserva reglamentaria, la ley puede regular todas las materias y así en aquellas que no se encuentran reservadas expresamente (reserva material), se producirá una autorreserva (congelación de rango), puesto que en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado por el Art. 31 de la Constitución Nacional, las leyes sólo pueden ser modificadas por otras leyes. La pretensión de constituir una reserva de potestad normativa independiente es dificultada por expresas disposiciones constitucionales, aun en aquellos supuestos en que clásicamente se admite tal posibilidad.”*²³.

Podemos extraer los siguientes puntos en común de las teorías esbozadas:

i) No luce en el texto de la Constitución norma alguna que invista al Poder Ejecutivo el ejercicio de facultades exclusivamente reservadas y exentas por esa sola razón del contralor judicial.

ii) Primacía de la zona de reserva de ley. Toda la actividad de la Administración puede ser regulada por el legislador, razón por la cual no existe ningún reglamento autónomo que no pueda ser derogado por Ley.

iii) La reglamentación de las atribuciones del Poder Ejecutivo enumeradas en el Art. 99 no debe desnaturalizar su ejercicio por parte de la Administración.

²² HUTCHINSON, Tomás – Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Medios de actuación jurídico administrativa TºI Vol.1 - La Ley 2010 – Pag. 445

²³ Para el autor, ejemplifica la inexistencia de una zona de reserva administrativa, el hecho de que la Constitución remite a Ley formal lo atinente a la organización ministerial (Art. 100 inc. 6); creación de entes autárquicos, (pues la pertinente asignación de presupuestaria excede las facultades de la Administración); creación de bancos oficiales, puertos, correos, Universidades (Art. 75 inc. 6, 10, 14, 18 respectivamente); organización de las fuerzas armadas (Art. 75 inc. 27), entre otros.

iv) El derecho de organización administrativa es propio y exclusivo del Poder Ejecutivo (si no fue regulado por el Poder Legislativo), no en razón de una prerrogativa reservada de derechos, sino por ser una necesaria exigencia para la existencia de cada poder.

IV.- POSTURA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

En el presente acápite, se desarrollarán dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre diversas materias de su incumbencia, en los que la opinión jurídica del Cuerpo de Abogados del Estado, adopta la doctrina de la existencia de funciones privativas del Poder Ejecutivo Nacional.

A) Elección de medios de participación ciudadana²⁴

El Congreso al sancionar la Ley N° 19798 estableció que la participación de los usuarios, previa al dictado de los reglamentos telefónicos, podía ser efectuada mediante dos procedimientos: la audiencia pública y el documento en consulta. Se dictaminó que *“...la determinación del mecanismo más idóneo para la participación de los usuarios corresponde a las competencias exclusivas y excluyentes de la Administración... la elección entre una u otra alternativa corresponde a la Administración, pues esa libertad de optar pertenece a su zona de reserva...”*

B) Creación de entes autárquicos²⁵

Se sostuvo que incumbe al Poder Ejecutivo *“...la creación de entes autárquicos que no tengan a su cargo la ejecución de funciones expresamente reservadas al Legislativo por la Constitución Nacional... Las entidades autárquicas, como principio general, sólo pueden crearse por decreto del Poder Ejecutivo, implicando su creación por Ley un acto violatorio de la Constitución, porque traduciría, por parte del Legislativo, un cercenamiento de potestades atribuidas al Ejecutivo por el Art. 86 inc. 1 CN, a la vez que una intromisión en la zona constitucional de reserva de la Administración... el Poder Ejecutivo puede -por decreto- crear un ente autárquico... y si alguna Ley -en sentido formal- se opusiera a ello sería violatoria del Art. 86 inc. 1 CN (actual artículo 99 inc. 1)”*

C) Prevalencia de un Decreto Autónomo por sobre una Ley Federal²⁶

La Ley N° 20416 en su Art. 109 inc. c) autoriza a los agentes en situación de retiro del Servicio Penitenciario Federal a desempeñar cargos rentados en la Administración Pública. Empero el Decreto N° 894/01 (dictado con fundamento en el Art. 99 inc. 1 CN), en su Art. 1 estableció la incompatibilidad del desempeño de un cargo en la Administración y la percepción de un haber de retiro.

²⁴ Dictámenes 234-325 23/08/2000

²⁵ Dictámenes 236-354 16/02/2001

²⁶ Dictámenes 240-68 17/01/2002

Ha sido el criterio de la PTN que *“El Decreto N° 894/01 constituye un reglamento autónomo dictado por el Poder Ejecutivo como consecuencia de su facultad constitucional de nombrar y remover al personal civil de la Administración -arts. 99 inc. 7 y 100 inc. 3- y sus normas prevalecen respecto de las del artículo 109 inc. c) de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal N° 20416 sobre la misma materia... el Poder Ejecutivo Nacional al disponer la incompatibilidad en estudio actuó en ejercicio de competencias constitucionales exclusivas que configuran la zona de reserva de la Administración.”*.

C. 1) Incompatibilidades determinadas por el Decreto N° 894/01²⁷

“El Decreto N° 894/01 constituye un reglamento autónomo, es decir de aquellos que versan sobre materias respecto de las cuales el Poder Ejecutivo tiene, conforme la Constitución, competencia exclusiva y que constituyen su zona de reserva. Ésta resulta un obvio corolario del principio de separación de los Poderes, que supone la adjudicación de competencias propias y exclusivas a cada uno de los tres órganos esenciales del gobierno. La denominación de reglamento autónomo deriva de que su dictado no depende de ley alguna, sino de facultades propias de la Administración resultante de textos o principios constitucionales.”.

C. 2) Razonabilidad del Decreto N° 894/01²⁸

“La razonabilidad de dicha norma se sustenta en que no impone una de las alternativas, dejando librada a la voluntad del agente elegir por lo que más le convenga a sus intereses, que podrían no ser meramente patrimoniales.

De la zona de reserva se deriva que el Congreso no puede dictar leyes que impliquen el ejercicio de facultades que la Constitución Nacional le confiere expresamente al Poder Ejecutivo o que deban considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas y que constituyan la substancia misma de la labor propia del órgano ejecutivo.”.

D) Encasillamiento de personal²⁹

“En materia de encasillamiento o reescalafonamiento, el Poder Administrador tiene en principio, un margen razonable de ponderación, a fin de evaluar la complejidad, autonomía y responsabilidad de las tareas o funciones ejercidas por el agente, de acuerdo con las pautas rectoras previstas en la normativa dictada al efecto.”.

E) Concursos de selección de personal³⁰

²⁷ Dictámenes 244-10 02/01/2003

²⁸ Dictámenes 257-129 02/05/2006

²⁹ Dictámenes 275-250 01/12/2010

³⁰ Dictámenes 275-220 24/11/2010

“Los concursos de selección de personal suponen una valoración comparativa de los méritos de cada uno de los candidatos a los efectos de la adjudicación del cargo disponible, materia que, en alguna medida, se encuentra librada al criterio de apreciación del órgano competente para resolver...El control de legalidad que le compete a la Procuración del Tesoro de la Nación debe respetar el poder exclusivo de valoración otorgado a la administración.”.

F) Proyecto de DNU que autorizaba al Poder Ejecutivo a establecer ajustes, revisiones o adecuaciones tarifarias de servicios públicos, atento la pesificación de tarifas dispuesta en los Art. 8 y 9 de la Ley 25561.³¹

Se dictaminó que la modificación del régimen tarifario de los servicios públicos es una facultad privativa del Poder Ejecutivo Nacional.

“La tarifa es esencialmente un acto unilateral de la administración, es una obra exclusiva de la administración... la fijación de tarifas de un servicio público únicamente puede corresponder a la autoridad administrativa, única calificada para decidir aquello exigido por el interés público.

La potestad tarifaria es una atribución propia, exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo, cuyo ejercicio no puede ser renunciado. Tal potestad se deriva de las facultades de organización administrativa que le corresponden, esencialmente y por principio, al Poder Ejecutivo Nacional. Por consiguiente, integra la llamada zona de reserva de la administración, en la que le es vedado a los otros poderes inmiscuirse.

La apreciación de la autoridad administrativa acerca de la justicia y razonabilidad de las tarifas es facultad privativa del Poder Ejecutivo, sin que los jueces puedan revisarlas dejándolas sin efecto o modificándolas, ya que ello implicaría el ejercicio de una potestad tarifaria que no es de su competencia. La invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro, importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad.”.

G) Consulta en el marco del trámite de renegociación del contrato de concesión entre el Estado Nacional y Aeropuertos Argentina 2000.³²

El Poder Judicial había dictado una medida cautelar que detuvo el mentado procedimiento de renegociación, atento que no se había dado intervención a la empresa Servicios Aéreos P.S.A.³³ Al ser consultada, la Procuración opinó que *“No parece justificarse no ya el control, sino la interferencia del Poder Judicial en un proceso de formación de la voluntad estatal, vinculado con la prestación de un servicio público.”*

³¹ Dictámenes 244-175 16/03/2003 - En un mismo sentido 146-20; 145-303

³² Dictámenes 245-454 19/05/2003

³³ Expediente Nº 34.757 “Servicios Aéreos P.S.A. c/Estado Nacional s/Medida Cautelar”, Juzgado de 1º Inst. en lo Civil, Com. y Cont. Adm. Federal Nº 2 Sec. Nº 3, de la Ciudad de San Martín.

En el mismo dictamen, hace referencia a la medida cautelar que ordenó la suspensión de los efectos y aplicación del DNU N° 2437/02 por el cual se dispuso la readecuación transitoria de las tarifas de los servicios públicos de gas y energía eléctrica, sosteniendo que la manda judicial implicó *“una clara intromisión del Poder Judicial en la zona de reserva del Poder Ejecutivo... dichas medidas –violatorias del principio republicano de división de poderes- en modo alguno pueden aceptarse como autolimitación del ejercicio de deber positivo de actuación de la Administración, pues ello implicaría, lisa y llanamente, una renuncia de competencia –de los inalienables poderes de la Administración- no sólo inadmisibles, sino reprochables en nuestro derecho público.”*³⁴.

H) Política energética³⁵

La Resolución 419/93 de la Secretaría de Energía, con fundamento en que *‘el Estado no puede resignar la función específica de contralor que le compete en un mercado desregulado’*, creó un registro para que empresas privadas interesadas en auditar las condiciones bajo las que operan las estaciones de servicio y demás bocas de expendio de combustibles de todo el país, se inscriban y concursen para llevar adelante el mencionado control.

El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, mediante la Resolución 266/2008, facultó a las Universidades Nacionales como órganos exclusivos de control, desplazando a las empresas controlantes. Entre ellas se encontraba HSE S.A., quien impugnó dicha norma. Consultada la Procuración al respecto, sostuvo que *“La decisión de establecer un tipo de control distinto al previsto por la resolución SE 419/93, constituye sin lugar a dudas una determinación de política energética y de política de fiscalización del régimen de combustibles, incluida entre las facultades que, como responsable primario, tiene el Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. La determinación de que el ejercicio de contralor estatal en el mercado de hidrocarburos debe ser hecho por el Estado Nacional a través de las Universidades Nacionales, no es otra cosa que establecer cuál será la política energética nacional y cuál será su régimen de fiscalización.”*.

De los dictámenes glosados, luce la postura pacífica y reiterada del Órgano Asesor del Estado Nacional respecto a la afirmación de la existencia de una zona de reserva de

³⁴ El día 20/05/2003 por Decreto 1227/2003 se ratificó el convenio suscripto entre la Jefatura de Gabinete de Ministros y Aeropuertos Argentina 2000 S.A., con la finalidad de superar conflictos administrativos y judiciales suscitados entre las partes. Con el cambio de Administración, mediante Decreto 878/03, se dispuso la suspensión del trámite de renegociación en los términos solicitados por Servicios Aéreos P.S.A. en sede judicial. Por Decreto 1799/2007 se otorgó la concesión de 33 aeropuertos hasta el año 2028 a la empresa Aeropuertos Argentina 2000 S.A.

³⁵ Dictámenes 274-64 16/07/2010

la Administración Pública para el ejercicio de competencias atribuidas por la Constitución Nacional con carácter excluyente.

A su entender, las decisiones del Poder Ejecutivo en ese marco son de carácter privativo, tienen prevalencia sobre la Ley Parlamentaria y el marco de revisión judicial es acotado, pues lo contrario significaría el quebrantamiento del principio de separación de poderes, en razón de que se alteraría el esquema constitucional de competencias reservadas exclusivamente a la Administración.

V.- LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL ALCANCE DE LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN

La presente reseña, lejos está de agotar los casos y materias en que la Corte Suprema de Justicia Federal, ha invocado en forma expresa o implícita la existencia de una zona de reserva de la administración como fundamento de sus sentencias en las que se debatió el carácter privativo o no de diversas resoluciones y decisiones del Poder Ejecutivo.³⁶

A) Organización administrativa

A. 1) Invocada la zona de reserva de la administración como defensa del Estado Nacional de un Decreto-Ley que dispuso la cesantía de una persona como titular de un Registro Automotor, frente a una norma de un gobierno democrático que lo había derogado, la Corte rechazó la defensa³⁷, *“pues de admitirse el argumento referido a la llamada “zona de reserva de la administración”... ello vendría a sentar el derecho del Poder Ejecutivo a dejar sin efecto actos con forma de ley, facultad que es ajena a sus funciones constitucionales”*.

A. 2) En una causa en la que se impugnó el reencasillamiento de un agente de la Ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por Decreto³⁸, la mayoría de la Corte desestimó la queja de la demandada, quedando firme la declaración de nulidad del Decreto municipal que suprimió la función de conducción que revestía el actor, por considerarlo carente de motivación, ya que en aquél solo se citaron *‘las normas legales en que se funda’*. El voto disidente del Dr. Vázquez, revoca la sentencia de grado, pues *“...si bien en un estado de derecho, no es posible convalidar la existencia de una potestad administrativa ilimitada, que conlleve al dictado de actos que resulten arbitrarios para los administrados, tampoco puede autorizarse una revisión judicial generalizada de aquéllos, que conduzca a desnaturalizar el ejercicio de las facultades discrecionales, que han sido dadas para la concreción del bien común... Que, va de suyo que ello es así, siempre que las decisiones que se tomen en el marco de la denominada zona de reserva de la administración, respeten de manera especial el principio de razonabilidad, que consiste en que los actos se encuentren motivados, de manera tal de poner de manifiesto su juridicidad.”*

³⁶ Fallos 302:1650; 307:2284; 312:156; 318:554; S-182-XXIV; R-89-XXIV; P-544-XXIX; D-89- XXXVIII; C. 894. XXXVIII, entre muchos.

³⁷ Fallos 305:980 (1983) ‘Homs, María Josefina c/ Nación Argentina’ Considerando 6

³⁸ Fallos 319:2981 (1996) ‘Boaglio C/ Municipalidad...’. En un mismo sentido, Fallos 320:1956 (1997).

A. 3) El Poder Ejecutivo por Decreto N° 1204/2001 creó el Registro de Abogados del Estado, siendo su inscripción, el único requisito exigido para el ejercicio del patrocinio letrado del Estado Nacional, razón por la cual no les resultaba aplicable la Ley 23187.

La mayoría de la Corte³⁹ confirmó los fallos de 1° Instancia y Cámara Contencioso Administrativo Federal, declarando nulos los Art. 3 y 5 del Decreto N° 1204/2001⁴⁰, pues el mismo, no encontraba fundamento en uso de competencias exclusivas del Poder Ejecutivo, ya que el régimen de los abogados del Estado es una materia que ha sido regulada por Leyes del Congreso y, porque constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el Art. 1 inc. f Ley 25414⁴¹, y por consiguiente, violatorio de la prohibición establecida en el Art. 99 inc.3, párr. 2°, CN.⁴²

La disidencia de la Dra. HIGHTON DE NOLASCO sostuvo la validez de la regulación del ejercicio de la abogacía pública por el Presidente de la Nación, pues *“...a diferencia de lo que ocurre con la abogacía privada... la relación entre el Estado y sus abogados se rige por normas de derecho público: el abogado del Estado ejerce una función pública prestando un servicio relativo a su profesión como agente público (no a su profesión de abogado o procurador)... Es por ello que todos los aspectos que hacen a la organización del Cuerpo de Abogados del Estado pertenecen a la zona de reserva de la Administración en tanto se trata de una materia inherente y consustancial a las funciones que tiene adjudicadas el Poder Ejecutivo como “jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (conf. art. 99, inc. 1, CN.)... En este marco, el Presidente dictó los arts. 3 y 5, Decreto 1204/2001. Se trata entonces de disposiciones de carácter autónomo y no delegadas y de necesidad y urgencia como se sostiene en la sentencia apelada.*

³⁹ Expediente C. 2701. XL. - C. 767. XL. “CPACF c/ EN - PEN - Ley 25.414 - Dto. 1204/01 s/ Amparo” (2008)

⁴⁰ Art. 3° — Los abogados que ejerzan las funciones previstas en la Ley N° 12.954, y en los artículos 66 de la Ley N° 24.946 y 7° de la Ley N° 25.344, estarán exentos del pago de bonos, de derechos fijos, y de cualquier otro gravamen similar previsto en la legislación nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que imponga a aquéllas un pago por su presentación en las actuaciones judiciales en las que intervengan en representación, patrocinio letrado o defensa del Estado Nacional o de los demás organismos mencionados por el artículo 6° de la Ley N° 25.344.

Art. 5° — La representación, patrocinio y defensa judicial del Estado Nacional y de los demás organismos o entes mencionados en el artículo 6° de la Ley N° 25.344 en cualquier fuero, instancia o jurisdicción, sólo podrá ser ejercida por aquellos profesionales inscriptos en ese Registro, sin que resulte necesaria ninguna otra matriculación profesional.

⁴¹ “Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”

⁴² En sus considerandos, el Decreto dice que “...se dicta en uso de las atribuciones conferidas por la Ley N° 25.414 y el artículo 99, incisos 1 y 2, de la Constitución Nacional”

Que para efectuar el control procedimental resulta necesario examinar si se han cumplido los recaudos previstos para este tipo de reglamentos. En tanto el Art. 99, inc. 1, CN, no establece recaudos específicos, cabe concluir que en este aspecto la norma resulta conforme a la Constitución Nacional.

*Todo lo referente a la organización del Cuerpo de Abogados de Estado pertenece a la **zona de reserva de la Administración**. Se trata del ejercicio de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo, las que no resultan en principio justiciables, salvo que mediaren razones de grave y grosera irrazonabilidad, lo que no acontece en el caso de autos.”.*

B) Procedimiento administrativo

En el precedente SERRA⁴³, la Corte sentó el principio de la imposibilidad de entrar a conocer en un caso cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa, con fundamento en que dicha cuestión se encuentra *incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional*.

C) Potestades tributarias

C. 1) En una acción de amparo⁴⁴ se demandó la declaración de inconstitucionalidad del Art. 2° del Decreto 92/97⁴⁵ del Poder Ejecutivo Nacional, por el cual se modificó las tarifas del Servicio Básico Telefónico, arguyendo su irrazonabilidad, pretensión que fue admitida por el Juez de primera instancia y confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. La Corte revocó el fallo apelado, con fundamento en que *“las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial... Por otro lado, todo lo relativo al ejercicio de las **facultades privativas** de los órganos de gobierno queda –en principio- excluido de la revisión judicial...Ello no obsta a que, planteado un caso concreto se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes...”*.

A posteriori, aclaró que *“...es facultad del Poder Ejecutivo Nacional “fijar tasas y tarifas de los servicios de jurisdicción nacional” para la prestación del servicio telefónico... la decisión adoptada en el art. 2° del decreto 92/97 aparece regularmente inscripta en el ejercicio privativo de funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucional y legalmente éstas se insertan, de modo que no resulta judicialmente revisable el modo en que ese poder ha sido ejercido.”*

⁴³ Fallos 316:2454 (1993) – Considerando 11.

⁴⁴ Expediente P. 475. XXXIII. “PRODELCO c/ P.E.N. s/ Amparo” (1998)

⁴⁵ El Decreto implementó una reducción de las tarifas de larga distancia nacional e internacional y, para financiar tales rebajas, la eliminación de pulsos libres, la igualación de las cuotas mensuales de abonos en todo el país y el aumento de las tarifas urbanas. De sus considerandos surge que “Su objetivo es, básicamente, corregir la distorsión que perjudica a zonas del interior del país, para compensar así las desventajas de localización que sufren las empresas y los habitantes que se hallan distantes de los centros de producción”

C. 2) El Cíbero Tribunal de Justicia Federal, el mismo día que el fallo glosado precedentemente, resolvió con similar criterio, una causa en la que las instancias ordinarias, habían hecho lugar a una medida cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo de la Nación⁴⁶, ordenando la suspensión de los efectos del art. 2º del Decreto 92/97.

Habilitó la Jurisdicción de la Corte Suprema el hecho de que, a pesar de no revestir carácter de sentencia definitiva, *“la resolución impugnada podía llegar a frustrar la aplicación de disposiciones de carácter general, dictadas en ejercicio de facultades privativas de uno de los poderes del Estado”*.

El fallo hizo mención al clásico aforismo *“que desde antiguo se ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos 155:248; 311:2580). Por tal motivo, en las causas en que se impugnan actos cumplidos por otros poderes, en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos 254:45).”*

D) Resoluciones en las que se habilitó un ‘salto de instancia’

D. 1) Conflicto UOM – SMATA.⁴⁷

En el año 1996 la Corte intervino a petición del Estado en razón de una acción de amparo sindical incoada por la Unión de Obreros Metalúrgicos (UOM), que en 1º Instancia ordenó al Ministerio de Trabajo no aplicar un convenio colectivo homologado que celebró la empresa Fiat con el Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (SMATA).

El Estado entendió que la Jueza de grado con su fallo dirimió el encuadramiento sindical de la actividad, facultad que era exclusiva del Ministerio de Trabajo y regulada en el procedimiento administrativo previsto en la Ley 23551 (que establece la revisión judicial de lo decidido en sede administrativa a través de un recurso directo por ante la Cámara de Apelaciones Laboral y no por un Juez de 1º Instancia).

La Corte consideró que de no intervenir en la causa corría riesgo el orden institucional, puesto que el fallo impugnado había sido dictado con exceso de competencia, en virtud de que la materia resuelta debió agotar la vía administrativa.

⁴⁶ Fallos 321:1187 (1998) ‘Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986’

⁴⁷ Expediente U.10.XXXII. Recurso extraordinario por salto de instancia en ‘UOM c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ juicio sumarísimo’. Sentencia del 03.04.1996, publicada en LL 1996-B, 350

En sus fundamentos sostuvo que *“...la invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro, importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad que, independientemente de que trasunte un conflicto de competencia jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto, debe ser resuelta por esta Corte...”*.⁴⁸

D. 2) Privatización de aeropuertos en el marco de reforma estatal en la década de 1990.

La privatización de aeropuertos públicos y su marco regulatorio se inició en el año 1997 por decretos con fundamento (entre otros) en el Art. 99 inc. 1 CN.

Sus efectos fueron suspendidos por el dictado de una medida cautelar a instancia de un grupo de Diputados que consideraban avasalladas sus facultades establecidas básicamente en los Arts. 42 y 75 CN. Ello motivó el dictado de un DNU en el cual se declaraban vigentes los decretos primigeniamente suspendidos.

Los Diputados iniciaron una nueva acción de amparo solicitando la suspensión del DNU, petición que fue acogida en 1° Instancia. Frente a dicha situación, el por entonces Jefe de Gabinete de Ministros se presentó directamente por ante la Corte denunciando la incompetencia del Juzgado interviniente, ya que su resolución generaba un conflicto de poderes en razón de entrometerse en un acto institucional complejo, a su entender exento del control judicial.⁴⁹

La mayoría⁵⁰ sostuvo que el DNU se presentó regularmente inscripto en el ejercicio privativo de funciones privativas del Poder Ejecutivo, razón por la cual se encontraba vedada la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación.

Consideraron que *“...el principio de separación de los poderes y el necesario autorrespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su jurisdicción impone que en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que les son privativas con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional, la función jurisdiccional de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuera, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación.”*⁵¹

De ambos fallos, el razonamiento común que se desprende de la mayoría de la Corte era que en toda causa en la que se verifique un *‘conflicto de competencia’* (entendido no solo como una contienda entre tribunales en los términos del art. 24 inc. 7° del Decreto

⁴⁸ Considerando 4°

⁴⁹ Expediente R. 420. XXXIII. ‘Rodríguez, Jorge - jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia’. Sentencia del 17.12.1997.

⁵⁰ Jueces: Doctores Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez. En un mismo sentido se expresó el dictamen del Procurador Becerra.

⁵¹ Considerando 22.

1285/58, sino también entre un Decreto del Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades privativas y la resolución del Poder Judicial que mediante una medida cautelar priva sus efectos) debía ser resuelta por la Corte aunque no se encuentre regulada una vía procesal específica, en mérito de las potestades implícitas que posee el Poder Judicial para la salvaguarda de la eficacia de su función, el equilibrio armónico de los poderes y la supremacía de la Constitución, que encuentran fundamento en una facultad de superintendencia vinculada al imperativo constitucional de afianzar la justicia.

E) La operatividad de los derechos sociales

Si bien no se hace expresa mención en sus fundamentos a la zona de reserva de la administración, podemos identificar jurisprudencia de la CSJN en que ha sido implícitamente invocada para elucidar acciones de amparo y medidas cautelares, en las que se debatió el cumplimiento efectivo por parte de las esferas gubernamentales en la realización de derechos sociales elementales para una vida digna (vivienda, alimentación) de sectores de la población altamente vulnerables.

En el caso Rodríguez⁵², los actores peticionaron al Estado Nacional, Provincial y Municipal el aseguramiento de una dieta alimentaria para su grupo familiar, en mérito del estado de desnutrición que padecían.

La Corte entendió que el caso no era competencia originaria, pues consideró que el Estado Nacional cumplió sus obligaciones al sancionar la Ley 25724 que creó un programa de alimentación y nutrición, cuya ejecución se delegó a las provincias y municipios. Sin perjuicio de ello, la mayoría hizo lugar a la medida cautelar incoada (similar al fondo) y ordenó a la Provincia y al Municipio el aseguramiento de una dieta alimentaria para el grupo familiar.

En el caso Uran⁵³, los actores⁵⁴ solicitaron el cumplimiento por parte del Estado Nacional, Provincial y Municipal de medidas positivas para acceder a una dieta alimentaria y el acceso a un plan de viviendas.

La Corte tampoco habilitó la competencia originaria en razón de que los amparistas, si bien iniciaron trámites administrativos ante la Provincia y el Municipio, no demostraron haber hecho lo mismo respecto al Estado Nacional ya que previamente no diligenciaron alguna nota – oficio a alguna repartición Nacional, por lo que entendió que no medió incumplimiento alguno por parte del Estado Nacional que justifique la acción de amparo.

⁵² Fallos 329:553 'Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional' Sentencia del 07.03.2006 publicada en LL 2006-D, 231. Cita Online AR/JUR/222/2006

⁵³ Fallos 329:2121 'Uran, Roberto Elías y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros' Sentencia del 30.05.2006 publicada en LL 2006-D, 533. Cita Online AR/JUR/1740/2006

⁵⁴ Grupo familiar que vivía en una casa tomada en La Plata compuesto por un padre discapacitado, madre desempleada sin visión de un ojo y diez hijos menores de edad

La medida cautelar peticionada tampoco fue otorgada⁵⁵, con fundamento en el no ejercicio previo por parte del Estado Nacional de prerrogativas exclusivas en materia de derechos sociales. Todo ello a pesar de la omisión de la Provincia y el Municipio de brindar una respuesta oportuna a los trámites iniciados por los actores en representación de su grupo familiar.

Aquí vislumbramos como elípticamente la Corte utilizó la teoría de la 'zona de reserva de la administración' y el respeto de las facultades privativas del Estado Nacional para no habilitar el control judicial.

La resolución en este caso no se condice con la operatividad del plexo normativo nacional e internacional, y fundamentalmente los principios generales del derecho, que obligan a los poderes estatales en ejercicio regular de sus funciones, a arbitrar todos los medios jurídicos disponibles para la efectiva satisfacción de derechos sociales, máxime cuando se tratan de personas que padecen y demuestran una grave patología social.

Huelga enfatizar que no existe ninguna norma que vede el control judicial ante omisiones de los órganos competentes en la ejecución de políticas públicas, ni el escrutinio de la razonabilidad de las políticas sociales implementadas en un caso concreto.

Al respecto, y a posteriori de los glosados fallos, se ha resuelto que la invocación por parte de los órganos estatales competentes de la lesión a los principios de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración que traería aparejado el control judicial, es manifiestamente improcedente en tanto se trate de examinar la razonabilidad o el cumplimiento de prestaciones sociales.

*“Un temperamento restrictivo, ab initio impediría toda intervención judicial cuando se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas. Aquellos principios (división de poderes y zona de reserva de la Administración) solo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia se traduzca en la exclusión del control de los jueces.”*⁵⁶

La citada hermenéutica es la que aflora en la reciente jurisprudencia de la Corte.

Al resolver un recurso extraordinario incoado por una mujer en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires, por derecho propio y en representación de su hijo discapacitado⁵⁷, sostuvo que el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables, no son meras declaraciones, sino normas operativas con vocación de efectividad.

⁵⁵ Consistía en dos subsidios: uno para alquilar una vivienda y otro de carácter asistencial hasta tanto conseguir trabajo.

⁵⁶ CCA La Plata autos 'A., G. C. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otra' – Voto Dr. Spacarotel Considerando XIV e) Publicado en la Ley online: AR/JUR/4871/2011. En similar sentido, se ha dicho que *si el derecho social operativo no está satisfecho, la omisión estatal es palmaria y no se requiere en manera alguna para encontrar habilitada la vía del amparo, el juzgamiento del ejercicio previo de funciones administrativas.* (D' ARGENIO, Inés 'La zona de reserva de la administración en materia de derechos sociales' - Publicado en: LA LEY2006-C, 519)

⁵⁷ Expediente Q.64.XLVI 'Q. C., S. Y. c/ GCBA s/ amparo'. Sentencia del 24.04.2012, publicada en La Ley Online AR/JUR/9063/2012.

Considera a dicha operatividad con carácter derivado, pues el bloque normativo no otorga a todos los ciudadanos por igual el derecho de peticionar una vivienda por vía judicial, sino que consagra una obligación ineludible de hacer a cargo del Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo porteño, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer efectivo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado, cuyo cumplimiento está sujeto al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial en un caso justiciable.

Con el concepto jurídico indeterminado de amenaza grave para la existencia misma de la persona, la Corte delimitó el requisito para la existencia de un caso contencioso cuando se debaten los alcances de un derecho de operatividad derivada.

También subrayó que la discrecionalidad de los poderes públicos en la elección de los planes sociales en materia habitacional no es óbice para la habilitación de la actuación del Poder Judicial y el sometimiento de tales decisiones al test de razonabilidad jurisdiccional.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

En el caso concreto, la Corte revocó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia porteño, y conminó al Gobierno de la Ciudad a brindar la atención que requería el niño en razón de su discapacidad y a que se haga efectiva una solución a la problemática habitacional del grupo familiar. Hasta tanto, confirmó la medida cautelar por la que se le otorga a la madre un subsidio para costear una vivienda con condiciones mínimas de habitabilidad.

Como colofón caben las siguientes palabras de D'ARGENIO: *la "zona de reserva de la Administración", es un postulado histórico que, aplicado a la satisfacción operativa de derechos sociales, aparece expuesto con todos sus signos de retardación dogmática.*⁵⁸

Todo lo expuesto me lleva a afirmar que en materia de derechos sociales, las esferas gubernamentales no pueden escudarse en el argumento de la zona de reserva para evadir el control judicial de su actuación.

F) Reflexión sobre la jurisprudencia citada.

⁵⁸ D' ARGENIO, Inés 'La zona de reserva de la administración...' Op. Cit.

De la jurisprudencia apuntada, podemos diferenciar tres tópicos de actuación administrativa según los Derechos abarcados por la función pública desplegada por el Poder Ejecutivo:

i) *Derechos fundamentales del hombre*: las potestades administrativas se encuentran relacionadas intensamente con la finalidad social del Estado, tuitiva de los sectores más vulnerables y de sus derechos esenciales para el desarrollo de una vida digna, por lo que no caben omisiones estatales para la efectiva realización de esos derechos cuando se comprueba una amenaza grave para la existencia de una persona.

La Corte no reconoce ninguna zona de reserva para evadir el control judicial en esos casos, y de corresponder, puede conminar a la Administración Pública a satisfacer los derechos que no fueron oportunamente atendidos.

ii) *Garantías institucionales*: dejan un mayor margen de apreciación para el ejercicio de la función administrativa, lo que no excluye el control judicial de razonabilidad de lo decidido. Ejemplo de ello, es el ejercicio de las potestades tributarias.

iii) *Organización del poder*: aquí es donde se vislumbra la admisión de la tesis que recepta la existencia de una zona de reserva de la administración limitativa del control judicial. Detectamos que la Corte limitó su control⁵⁹ en lo que respecta a la determinación del plazo de caducidad establecido en el procedimiento administrativo para el acceso a la jurisdicción, el respeto al ejercicio de facultades ministeriales no ejecutadas de manera previa a la intervención de un órgano jurisdiccional y la aplicación de un plan de gobierno en el que se privatizó un servicio público y se crearon sus órganos de control por Decretos.

De los tópicos enunciados, se colige que la Corte Suprema registra jurisprudencia en la que se verificaron ámbitos que reconocen una morigeración en el control judicial en razón de zonas de actuación reservadas a la Administración.

Ello no es otra cosa que la abdicación por parte del Poder Judicial de su función constitucional de entender en casos justiciables, otorgando carácter de cosa juzgada a lo decidido por el Poder Ejecutivo de turno, lo que trastoca insanablemente el principio de separación de poderes.

En la actualidad, ese paradigma no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, el cual se encuentra signado por los principios de tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad y análisis de la razonabilidad de toda decisión administrativa en un caso concreto por parte de un Poder Judicial preparado e independiente.

VI.- ¿EXISTE LA ZONA DE RESERVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES? POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.⁶⁰

⁵⁹ A pesar de lo altamente riesgoso que ello puede ser para los derechos del ciudadano y el interés público.

⁶⁰ "Asociación de Psicólogos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires C/ G.C.B.A." Expediente: 5.942/2008 – Sentencia del 20/08/2009

El derecho a la salud mental de todas las personas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se encuentra garantizado en la Ley N° 448. En su Art. 4 establece que la autoridad de aplicación de la misma *es el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de Salud Mental*.

La reglamentación de la Ley, se efectuó por Decreto N° 635/2004 que dispuso que el nivel jerárquico superior en la materia fuera la Dirección de Salud Mental de la Secretaría de Salud, o la instancia que la reemplace, que no podría ser de inferior nivel jerárquico. La mentada Dirección, fue elevada a posteriori, al rango de Dirección General por Decretos N° 350/2006 y 2226/2006.

Por Decreto N° 2075/2007 (con la modificación del Decreto 106/2009), el conjunto de atribuciones y competencias previstos en la Ley 448, fue desdoblado entre dos Direcciones Generales.

Frente a ello, se entabló una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad⁶¹, con fundamento en que el desdoblamiento dispuesto en el Decreto N° 2075/2007 es contrario a la Ley 448, ya que recorta funciones concretas que tenía a cargo la autoridad de aplicación, y las deriva a otras Direcciones fuera del área de Salud Mental, lo que configura un claro exceso reglamentario y vulnera el principio de división de poderes.

El Gobierno de la Ciudad invocó como defensa, que el Decreto impugnado se circunscribe en una esfera de atribuciones exclusivas y excluyentes de la Administración, *“...dentro de cuyos confines se hallaría la facultad del Poder Ejecutivo de disponer una organización de la estructura administrativa dentro de cada Ministerio, a la luz de las cuales deben ser interpretadas las leyes N° 448 y 2506 (Ministerios)”*.

El debate giró en torno a cuál de los poderes de la Ciudad, tenía potestad para decidir en esta materia.

El Dr. LOZANO y la Dra. RUIZ, han argumentado que en razón del Art. 80 inc. 1) de la CCABA, el Poder Legislativo es el único que sienta reglas para el ejercicio de las competencias de los otros poderes.

Si bien la Constitución de la Ciudad en su Art. 102 dotó al Jefe de Gobierno de la conducción de “la administración de la Ciudad, la planificación general de la gestión y la aplicación de las normas”, asiste al Poder Legislativo todas las potestades para organizar la Administración, atribuir competencias a sus componentes, establecer regímenes de

⁶¹ Art. 113 inc. 2) Constitución de la Ciudad (CCABA): ‘Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer:...Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

responsabilidad administrativa y suministrar las reglas para las relaciones de la Administración con los administrados.

*“No es posible sostener que sentar reglas acerca de la organización administrativa, su presupuesto o sus competencias sean asuntos ajenos al Poder Legislativo por privativos del Poder Ejecutivo. Frente a ello, un concepto muy amplio como el empleado en el Art. 95 de la Constitución de la C.A.B.A. en cuanto dispone que “el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es ejercido por un Jefe o Jefa de Gobierno o Gobernador o Gobernadora”, **sería insuficiente...** no hay acepción del concepto “ejecutivo” que incluya en él la potestad de formular reglas generales no sujetas a las provenientes del Poder Legislativo acerca de su ejercicio.”*

*“No cabe la menor duda que la Constitución de la C.A.B.A. ha reservado cierto haz de potestades al Jefe de Gobierno, y que dicho haz es, por cierto, nutrido, pero ello no significa que pueda operar sin los frenos y contrapesos emanados de la Legislatura... **la denominada “zona de reserva de la administración” en que se escuda el GCBA para respaldar la discrecionalidad que reivindica para defender la normativa impugnada, no encuentra cabida en el sistema constitucional local...**”*

*“La interpretación relativa a la reserva de la administración no se limita a suponer que “establecer la estructura y organización funcional” comprende la creación de cargos y competencias, sino que supone, además, que lo que puede hacer el Poder Ejecutivo no puede hacerlo la Legislatura. **Ello sólo podría ser una razonable interpretación constitucional si nos moviéramos en el campo del ejercicio de la función administrativa.**”*

*“...si como ocurre en el supuesto que nos ocupa, el ejercicio de esa función cuenta con una regulación específica del Legislador (Ley 448), el poder reglamentario que asiste al Ejecutivo para establecer los organismos de su dependencia no puede ir en contra de lo previsto por la Ley especial. Se trata del respeto de una cuestión de prelación normativa. **Así, una norma de alcance general emanada de un órgano del Poder Ejecutivo, sin importar cómo sea calificada, nunca podría ir en contra de las previsiones de una Ley.***

Los jueces declararon la inconstitucionalidad del Decreto 2075/2007 en razón de entender que el objetivo de la Ley 448 ha sido concentrar las atribuciones y competencias en un único órgano, concluyendo que la normativa impugnada desvirtuó el plan organizado por el Poder Legislativo, en razón de que el Poder Ejecutivo debe someterse a la reserva de ley que existe en la materia, no revistiendo la administración de una zona de reserva lo que respecta a la organización administrativa.

La mayoría del TSJ, no hizo lugar a la Acción de Inconstitucionalidad.

El Dr. MAIER sostuvo que si las leyes atributivas de competencia son reglas de alcance general, entonces la adjudicación de una competencia a un órgano administrativo por el Poder Judicial tal como lo propusieron los Jueces LOZANO y RUIZ, *“resulta contraria a Derecho, pues se adiciona a la norma criticada algo que ella no contenía”*. Ello significaría el

ejercicio de una función como legislador positivo por parte del Tribunal Superior de Justicia Porteño, vedada en la Constitución, vejatoria del principio de separación de poderes.

La Dra. CONDE, sostuvo la improcedencia de la vía escogida para rechazar la acción, pues entendió que el estudio de *la supuesta usurpación de competencias propias de un órgano de poder local por parte de otro encuentra su cauce procesal en la vía del conflicto de poderes prevista en el Art. 113 inc. 1 de la Constitución local*.⁶²

El Dr. CASAS, en su voto rechaza la acción, con fundamento en que el desdoblamiento de competencias puesto en crisis, es expresión de la conformación interna del Poder Ejecutivo, la cual es una función privativa, en principio ajena, al control judicial.

No advirtió un exceso reglamentario de la Administración y afirma que no se logró demostrar “...con fundamentos sólidos que el Sr. Jefe de Gobierno se encuentre impedido por la Ley 448 -mucho menos por la Constitución y por la Ley de Ministerios- de convertir una Dirección General de Salud Mental en una Dirección General Adjunta de Salud Mental, ni de transferir ciertas funciones que esta última desempeñaba a otro órgano superior del Ministerio de Salud... En primer término, porque la Ley 448 no establece específicamente, al aludir a su autoridad de aplicación, cuál es el “nivel jerárquico superior” del GCBA en materia de Salud Mental. Por otro lado, porque la norma legal citada tampoco impone indudablemente una concentración total de funciones en cabeza de un único órgano para llevar adelante todos los cometidos que se encomiendan al Poder Ejecutivo”

Finalmente, arguye que “una cuestión -como es la de definir los órganos administrativos del Ministerio de Salud competentes para ejercitar las misiones de la Ley de Salud Mental- que no aparece en la Constitución comprendida en una zona de reserva de ley y, además, ante la ausencia de una clara previsión normativa sobre el punto en alguna disposición que goce de jerarquía legal, **sólo parece vincularse con aspectos relativos al mérito y la conveniencia de la conformación interna del Poder Ejecutivo, ajenos al escrutinio judicial.**”

En el fallo, vemos reflejadas las dos posturas debatidas en la doctrina nacional con relación a la existencia de una zona de reserva de la Administración. Lo saludable es que ninguna teoría vedó el ejercicio del control jurisdiccional suficiente por parte del Címero Tribunal de Justicia porteño en lo que respecta al confronte con el ordenamiento jurídico de las competencias atribuidas por el Poder Ejecutivo a dos órganos de su estructura.

⁶² Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: 1. Originaria y exclusivamente en los conflictos entre los Poderes de la Ciudad... Vgr. TSJ Expediente N° 6836/09 y su acumulado N° 7046/10.

VII.- ÁMBITO NUCLEAR DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. UNA PROPUESTA.

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos comprueban la fragmentación del clásico principio de legalidad, ya que la Ley parlamentaria ha dejado de ser el epicentro del sistema, a pesar de conservar jerarquía superior frente a diversas fuentes del Derecho.

En la actualidad toda decisión estatal debe ir presidida por la operatividad que la Constitución Nacional reconoce tanto al Derecho Supranacional, a las decisiones vinculantes de los Tribunales de Justicia Internacionales y a los Principios Generales del Derecho.

Estos últimos, son creencias inmutables superiores a todo ordenamiento positivo, cuya validez universal es indubitable. Vgr. Derecho a la vida, la dignidad, la justicia, la equidad, etc.

CASSAGNE entiende que *‘Los principios generales del Derecho constituyen la base del ordenamiento. No puede concebirse una norma legal que los contravenga, pues ellos existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial’*.

O sea, para la realización del interés público por la Administración Pública, se requiere una *heterointegración* del ordenamiento jurídico a la hora de resolver un expediente o tomar decisiones políticas.

Para precisar en un caso concreto la indeterminación y abstracción inherente de los Principios Generales del Derecho, existe una técnica de argumentación denominada Tópica, que viene a enlazar los principios generales con las normas y la experiencia, a efectos de brindar a la Administración Pública todos los elementos para arribar a una decisión razonable y por ende justa.⁶³

En este cartabón no limitado a la ley positiva, se inserta el principio de legalidad reconocido en el Art. 19 CN al cual se encuentra sometida la Administración Pública.

Toda la actividad administrativa, debe tener como eje que *“el principio de legalidad contribuye a la calidad de la gestión pública, por ser una ordenación consciente de las competencias públicas atribuidas a los órganos y entes de la administración pública, a través de normas jurídicas.”*⁶⁴

Efectuada estas consideraciones, el quid es dilucidar si la Constitución reserva o no a la Administración la realización de determinadas actividades o decisiones de tal modo que éstas estén protegidas de la injerencia de otros poderes.

La Constitución asigna a cada poder estatal distintas estructuras organizativas y procedimentales que componen un ámbito nuclear dentro de cada poder. En el caso del

⁶³ CASSAGNE, Juan Carlos ‘El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa’ Marcial Pons 2009 Pag. 19/42. 179

⁶⁴ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) ‘Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública’ aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado - El Salvador - 26 y 27 de junio de 2008. Cap. 2 7). El CLAD, es un organismo público internacional, de carácter intergubernamental, creado en 1972 y respaldado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2845 - XXVI), ‘con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas’. La Argentina forma parte del CLAD.

Poder Ejecutivo, se encuentra compuesto por formas de actuación, recursos, procedimientos y dispositivos organizativos imprescindibles para su funcionamiento.⁶⁵

Ese ámbito nuclear es susceptible de regulación legislativa, siempre que no paralice la actividad administrativa.

*“No se ha demostrado que determinados ámbitos materiales de la vida pública o social no puedan ser regulados por el legislador. Ni la esfera privada ni otros ámbitos de autonomía constitucionalmente garantizada excluye per se la posibilidad de una intervención legislativa. A lo sumo se hallan limitadas la forma y la intensidad de dicha intervención.”*⁶⁶

Sin embargo, también es cierto que se registra la imposibilidad del legislador para predeterminar todas las conductas posibles de la administración pública.

Así queda delimitado un ámbito nuclear de competencias conferidas en la Constitución a cada poder estatal para su funcionamiento, que pueden ejecutar directamente, sin perjuicio de que pueden ser reguladas por Ley.

Dichas competencias jamás autorizan al Poder Ejecutivo a llevar a cabo actuaciones que requieran de una previa habilitación legal, y en razón de los principios de la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad, la regla es el control jurisdiccional pleno, a efectos de cotejar en un caso justiciable, la razonabilidad de toda actividad administrativa, la que debe ser interpretada a la luz de la Constitución, los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho.

No existe en nuestro sistema constitucional posibilidad alguna de excluir la intervención judicial en tutela de derechos fundamentales expresamente consagrados por el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido se han expedido los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, al señalar que cuando un tribunal judicial desestima una demanda declarando que se trata de “cuestiones no justiciables”, se impide al afectado el goce del derecho a un remedio judicial en los términos del artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica.⁶⁷

*“La función de juzgar a la Administración que compete a los jueces es plena en el sentido de que no puede haber actos de la administración que escapen a su control, aun los de naturaleza política. De lo contrario, la balanza de los poderes se inclinaría a favor del Ejecutivo al ejercer una porción del poder con franquía absoluta, exenta del control judicial”*⁶⁸

Cualquier postulado que afirme la existencia de zonas de la actividad administrativa exentas del control judicial, carece de argumento lógico en el Estado de Derecho.

⁶⁵ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard ‘La teoría general del derecho administrativo como sistema’ Marcial Pons 2003, Pág. 217/219

⁶⁶ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard ‘La teoría general... Op. Cit. Pág. 197.

⁶⁷ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, N°30/97, caso 10.087 ‘Gustavo Carranza vs. Argentina’, del 30 de septiembre de 1997.

⁶⁸ CASSAGNE, Juan Carlos ‘El principio de legalidad... Op. Cit. Pág. 180.

Lo contrario, es el reconocimiento de que todo lo decidido por el Poder Ejecutivo de turno en esos 'casos reservados' es de juzgamiento exclusivo de la administración, revistiendo la función administrativa similares efectos que la cosa juzgada judicial, trastocando insanablemente el principio de división de poderes que coloca esa función en cabeza del Poder Judicial y no de la Administración.⁶⁹

El paradigma del *dogma revisor* no tiene cabida en el sistema jurídico nacional. Tampoco la tiene la 'doctrina de la deferencia' propia de los Tribunales de Estados Unidos de Norteamérica, según la cual se encontraría vedado al Poder Judicial el análisis de los juicios técnicos o especializados de la Administración, salvo irrazonabilidad grave o manifiesta.

Ello no sería otra cosa que extrapolar una teoría que no se condice con la génesis del sistema judicialista nacional y el principio fijado por la propia Corte Suprema de Justicia del control judicial suficiente al que se encuentra sometida toda la actividad administrativa, por medio del cual los jueces pueden revisar los hechos y el derecho aplicable a un caso concreto.⁷⁰

En la actualidad asistimos a la fragmentación del tradicional concepto de 'zona de reserva de la Administración'.

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, sólo cabe admitir la existencia de un **ámbito nuclear de competencias administrativas** cuya ejecución, además de poder ser regulada por Ley, se encuentra sometida plenamente al control jurisdiccional que debe ser de carácter **suficiente** a los efectos de evaluar el cabal cumplimiento de los principios de legalidad y justicia.

La revisión judicial de la actividad administrativa es uno de los pilares de nuestro sistema. Empero, huelga reseñar que la tutela judicial muchas veces dista de ser efectiva en mérito de la hiperjudicialización existente en nuestro país, en razón de que el ciudadano frente a una decisión administrativa, una vez transitado los exiguos plazos procesales del procedimiento administrativo, se encuentra conminado a acudir al órgano jurisdiccional a los efectos de obtener la debida protección de sus derechos, en virtud de que la experiencia indica que es cuasi improbable que la administración revierta sus decisiones a pesar de sus vicios.⁷¹

Allí es donde luce la responsabilidad institucional de los poderes públicos, quienes deben trabajar para invertir el paradigma, pues si bien es claro que no caben zonas de reserva, tampoco caben cortapisas para la efectividad de los derechos de los ciudadanos a obtener una decisión administrativa razonable y oportuna.

⁶⁹ CASSAGNE, Juan Carlos 'Tratado de Derecho Procesal Administrativo'. Tomo I – La Ley 2007 Pág. 104/105

⁷⁰ Fallos 247:646 (Leading Case 'Fernández Arias')

⁷¹ Al decir de MAIRAL '...quienes transitan por los vericuetos del derecho administrativo saben, por experiencia, que el Estado rara vez cumple con los requisitos de validez del acto administrativo.' (MAIRAL, Héctor '¿Uno o dos derechos administrativos?' Publicado en La Ley Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario de Agosto 2010. Pag. 6

VIII.- ÁMBITO DECISIONAL AUTÓNOMO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCESO DE CONCRECIÓN DE UNA LEY.

Los cartabones de que se vale el principio de legalidad para garantizar el imperio de la Ley frente al Poder Ejecutivo son los siguientes:⁷²

- Primacía de Ley: toda la actividad administrativa debe estar vinculada al Derecho y a la Ley.
- Preferencia de Ley: la propia ley determina que ciertas regulaciones deben ser efectuadas por ley formal – material y no por reglamento ('congelación de rango').
- Reserva de Ley: la administración solo puede actuar sobre la base de una previa ley habilitante.

Sentados los principios expuestos, es dable enfatizar nuevamente en la imposibilidad tanto jurídica como material del legislador de regular toda la actividad administrativa.⁷³

En mérito de ello, el Poder Legislativo debe limitar la intensidad regulatoria a los aspectos esenciales que requiere una Ley, debiendo detectar razonablemente en que situaciones fáctico – jurídicas, normas de rango infralegal pueden satisfacer perfectamente una necesidad regulatoria, ya que *"El principio de separación de poderes lo que pretende es que las instancias llamadas a aplicar la Ley hagan un aporte sustancial al proceso de concreción jurídica."*⁷⁴

El principio de legalidad no conduce necesariamente a una regulación por Ley parlamentaria de todos los ámbitos materiales posibles.

O sea, tenemos ámbitos en los que la política legislativa puede dejar un cauce para que la administración en ejercicio de potestades discrecionales se manifieste frente a normas incompletas – abiertas.

Ello constituye un *"Margen de decisión a favor de la Administración, la cual mediante leyes formales se encuentra llamada en calidad de Poder Ejecutivo a ejercer un poder directivo independiente y a tomar una decisión definitiva."*⁷⁵

En razón de que la administración no ejecuta exclusivamente programas legislativos precisos, podemos identificar zonas de autonomía o independencia administrativa

⁷² SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard 'La teoría general... Op. Cit. Pág. 194; BLANKE Hermann Josef 'La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo' en 'Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa'. Coordinadores ABERASTURY Pedro y BLANKE Hermann Joseff – Eudeba; el concepto de *preferencia de Ley* es individualizado por CASAS, José Osvaldo en 'Derechos y garantías del contribuyente' Ad Hoc 2002, Pág. 647/650.

⁷³ En un mismo sentido, CASSAGNE, Juan Carlos 'El principio de legalidad... Op. Cit. Pág. 177.

⁷⁴ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard 'La teoría general... Op. Cit. Pág. 205/207.

⁷⁵ BLANKE Hermann Josef 'La función del procedimiento administrativo... Op. Cit. Acápites III.

para concretar los márgenes abiertos de una Ley, lo que no equivale a decir que existan zonas de reserva exentas de control jurisdiccional.

En el proceso de concretización de una Ley, juega un papel fundamental las reglas del procedimiento administrativo ya que es el instrumento jurídico que se vale el Poder Ejecutivo para arribar a una decisión que no carezca de sustento fáctico y normativo y se ajuste razonablemente a los objetivos legislativos.

BLANKE hace un distingo entre el margen de discreción y el poder de apreciación que puede revestir la Administración Pública en el proceso de concretización, en virtud de la menor o mayor apertura de una Ley por el legislador, lo que también determina el alcance del poder jurisdiccional:

El margen de discreción: es la potestad para resolver o seleccionar dentro de consecuencias legales. Estas decisiones no pueden ser sustituidas por una decisión del poder judicial, que solo podrá intervenir en el caso de que se hubieran traspasado los límites normativos discrecionales, en razón de que es un vicio que torna automáticamente ilícito el accionar administrativo.

Poder de apreciación: la concreción de una norma se produce a través de un acto cognitivo que viene a sustituir un concepto jurídico indeterminado establecido por el Legislador. Sostiene que la Administración posee un poder de valoración y decisión independiente que no está sometido al control judicial en estos casos. Sin embargo, el concepto jurídico indeterminado que abre un margen de apreciación y la fijación de los hechos del tipo legal son judicialmente controlables.⁷⁶

Respecto de la intensidad del control jurisdiccional, se ha dicho también que *“el control pleno es la regla y que el reconocimiento a la Administración de una facultad sectorial para decidir en última instancia constituye la excepción, lo que no excluye el control judicial, sino que restringe su intensidad.”*⁷⁷

Considero que en nuestro país el alcance del control judicial en las zonas autónomas de la administración para la concretización de una Ley, es pleno en razón de los principios de interdicción de la arbitrariedad y razonabilidad.

Incluso los jueces, *“aunque no ejercen las funciones que competen a la Administración Pública pueden, excepcionalmente, sustituir sus decisiones, cuando sea imprescindible para la realización de la justicia, en supuestos en los que no exista otra posibilidad de realizarla o sea la única solución válida.”*⁷⁸

En estos casos excepcionales, el esquema constitucional de división de poderes no se verá trastocado en razón de que la tutela judicial efectiva exige que no existan

⁷⁶ BLANKE Hermann Josef 'La función del procedimiento administrativo... Op. Cit. Acápites III 1) y 2). Subrayo que el autor refleja el análisis del orden jurídico Alemán.

⁷⁷ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard 'La teoría general... Op. Cit. Pág. 229.

⁷⁸ CASSAGNE, Juan Carlos 'El principio de legalidad... Op. Cit. Pág. 175.

zonas de la administración pública exentas o inmunes de un control judicial suficiente por órganos independientes y preparados a tal fin.

IX.- CONCLUSIONES

El Estado de Social y Democrático de Derecho, impone a la Administración la persecución del interés público, no existiendo para ello, potestades sin sustento normativo expreso o implícito.

La juridicidad que precede a la actuación administrativa, hace que toda su actividad siempre esté sometida, no solo a las normas nacionales y supranacionales, sino también a los Principios Generales del Derecho que dotan de coherencia al ordenamiento jurídico.

En aras al orden social justo, el Derecho Administrativo actual debe trabajar para hacer efectivo el principio constitucional de ‘promover el bienestar general de todos los individuos’, y no contentarse solamente con ser un elemento de la organización estatal. La humanidad es testigo de estados organizados legalmente, pero distantes de lo que exige el Derecho y la Justicia.

En este marco, el poder estatal, es el medio más idóneo para satisfacer los derechos esenciales del hombre, tipificados en diversos compromisos jurídicos internacionales con carácter operativo en el territorio nacional, pero que lamentablemente, la realidad nos hace testigos de que es un privilegio que dista de gozarlo la totalidad de la población (acceso a una vivienda, agua potable, trabajo, etc.).

Por lo tanto, el quid no es quitar poder a la Administración, sino encauzarlo al servicio del individuo, sus necesidades sociales y la defensa del Estado de Derecho.

Asistimos a la fragmentación del concepto de la “zona de reserva de la Administración”, receptado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional, entendido como un conjunto de competencias jurídicas exclusivas del Poder Ejecutivo que reconoce su origen en la división de poderes.

En virtud de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad y como órgano garante de la tutela judicial efectiva, el Poder Judicial ***podrá descorrer el velo del Poder Ejecutivo***, cuando una decisión fundada en ‘reservas administrativas’, no resista el test de proporcionalidad y razonabilidad, pues ***“la tutela efectiva de los derechos fundamentales es la pauta rectora frente a aparentes disputas acerca de los límites de las competencias de la Administración, el Poder Legislativo y el Poder Judicial: la degradación de la calidad de vida de quien pide protección jurisdiccional de sus derechos no puede ser***

soslayada o postergada ni disimulada bajo un pseudodebate en torno de los alcances del poder de la administración.⁷⁹.

La invocación de 'facultades reservadas' como único motivo para la reglamentación de derechos de manera exclusiva por la Administración, es un fundamento huérfano de contenido jurídico, por lo tanto, no legitimador de ninguna actividad estatal.

Sin perjuicio de ello, y en virtud de la imposibilidad de determinar todas las funciones administrativas por el Poder Legislativo, cabe reconocer un ámbito nuclear de competencias propias de la administración para su existencia como poder estatal (cuyo contenido se encuentra siempre sujeto a regulación legislativa) y zonas de autonomía de la administración en el proceso de concretización de una Ley.

Subrayo en que tanto el ámbito nuclear como las zonas de autonomía, no se encuentran exentas del control judicial suficiente en un caso concreto.

Huelga reseñar también que es la máxima misión del órgano judicial mantener el equilibrio jurídico en las decisiones sometidas a su estudio, pues de entrometerse en un ámbito de legítima actuación administrativa, vendría a sustituir a los Representantes del Pueblo y/o a un poder electo para llevar adelante el Gobierno de un país, una provincia o una ciudad, siendo la génesis de un indeseable conflicto de poderes.

Finalizo, con las palabras del Doctor COMADIRA, respecto a que todo lo desarrollado en el presente trabajo, *'Se trata, sin duda, de una cuestión en la cual es necesario procurar un delicado equilibrio, porque para la República es tan pernicioso consagrar la irrevisibilidad de la discrecionalidad administrativa, como su control sustitutivo por la Justicia. Tan grave es, pues, una administración incontrolada como una justicia politizada'*⁸⁰.

⁷⁹ TSJ C.A.B.A. - Expediente: 7.086/2010 'Polakis C/ G.C.B.A.' Voto Dra. Ruiz

⁸⁰ COMADIRA Julio, Op. Cit. Pag. 520