

LA FUNCIÓN CONSULTIVA JURÍDICA EN LA ADMINISTRACIÓN ARGENTINA*

The Legal Advisory Function Within The Argentinean Administration

POR: D. EZEQUIEL CASSAGNE

Profesor de Derecho Público en la Universidad Católica Argentina
Socio en Cassagne Abogados

ezequiel@cassagne.com.ar

RESUMEN: El respeto al procedimiento debido de todo acto administrativo se erige en los Ordenamientos Jurídicos de los países latinoamericanos como un requisito esencial para la validez del acto. En el caso argentino, el dictamen jurídico de los servicios permanentes de asesoramiento del Estado adquiere vital importancia dentro de la formación de los actos administrativos que tienen afectación a derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares. A través de estas líneas se hace un pequeño estudio de la importancia de los dictámenes jurídicos preceptivos de los órganos de asesoramiento estatales, a la hora de dar cumplimiento a las garantías constitucionales que todo acto administrativo hubiera de observar. Así, se analizará su importancia dentro del conjunto de actos de trámite que dan vida a un acto administrativo definitivo, tanto en actos de carácter reglado o discrecional, así como su alcance y finalidades. Por último, en línea con lo ya enunciado se aportarán una serie de propuestas que podrían incurrir, a buen seguro, en una mayor eficacia de la función consultiva de la Administración argentina.

PALABRAS CLAVE: Acto administrativo, asesoramiento legal, dictamen, interés legítimo, procedimiento administrativo.

ABSTRACT: The regarding of the due process in all administrative act is, in the Latin-American legislations, an essential requirement for the validity of the act. In Argentina, the legal report sent out from the permanent legal advice service of the Government, acquires a vital importance within the creation of administrative acts which have effects in subjective rights and legitimate interests. Through these lines, a brief study of the importance of the

* Recibido para publicación: 29 de octubre de 2012.
Enviado para evaluación externa: 30 de octubre de 2012.
Recibida evaluación externa positiva: 20 de noviembre de 2012.
Aceptado para publicación: 23 de noviembre de 2012

legal reports from the national legal advice services will be brought up, in reference with the respect of the constitutional guarantees that all administrative act shall observe. Thus, the significance within the remaining stage acts which build up a definitive administrative act will be analysed, as well as its extent and purposes. Finally, along the same lines as the exposed, several proposals will be shown, that surely could maximize a higher effectiveness within the consultative function of the Argentinean Administration.

KEY WORDS: Administrative act, legal advice, report, legitimate interest, administrative process.

SUMARIO: I.- EL DEBIDO PROCEDIMIENTO PREVIO COMO REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. II.- LA FUNCIÓN CONSULTIVA JURÍDICA III.- EL DICTAMEN PROVENIENTE DE LOS SERVICIOS PERMANENTES DE ASESORAMIENTO JURÍDICO. 1.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DICTAMEN. 2.- SU CONDICIÓN DE REQUISITO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. 3.- EL CONTENIDO DEL DICTAMEN. A) *Alcance del análisis jurídico.* B) *El dictamen frente a la ley inconstitucional.* 4.- SU FINALIDAD. 5.- PROPUESTAS PARA FORTALECER SU EFICACIA.

I. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO PREVIO COMO REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En Argentina, la ley de Procedimientos Administrativos prescribe en forma expresa que el procedimiento es un requisito esencial de todo acto administrativo¹.

El debido procedimiento previo a todo acto y, por ende, el respeto a las formas establecidas, implica no sólo una garantía frente al Administrado, sino también persigue garantizar la juridicidad del obrar administrativo y, de esta manera, alcanzar el interés público comprometido.

Este concepto, propio de un Estado de Derecho, abarca también al principio del “debido proceso adjetivo”, que constituye una manifestación especial de aquél², e importa una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de la

¹ Artículo 7, inciso d, de la Ley 19.549.

² Cfr. COMADIRA, Julio R. y MONTI Laura, *Procedimientos Administrativos – Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, págs. 62/63.

Constitución Argentina, y de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³.

El principio del debido proceso adjetivo comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y sobre todo, el derecho a obtener una decisión fundada⁴. Y aunque no lo diga expresamente la ley, va de suyo que también comprende la publicidad de las actuaciones⁵.

Ahora bien, el debido procedimiento previo a todo acto administrativo es más genérico, y apunta directamente a la legalidad y razonabilidad de la función administrativa. Como destaca Fiorini, “el debido procedimiento administrativo es toda la actividad administrativa y el debido proceso adjetivo que menciona la ley es una sección del mismo; el primero tiende a la justicia de muchos otros bienes en especial, mientras el segundo se refiere a derechos particulares”⁶.

³ Cfr. MEDAUAR, Odete, *Derecho Administrativo Moderno*, 15 ed., San Pablo, Brasil, 2011 p. 178.

⁴ Artículo 1, inciso f, Ley 19.549. El derecho a ser oído implica la posibilidad de exponer las razones de las pretensiones y defensas de los particulares antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos, mediante la interposición de recursos o reclamos. Se trata del derecho civil de peticionar ante las autoridades, reconocido expresamente en la Constitución Nacional (artículo 14), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que al igual que los convenios internacionales antes referidos, tiene jerarquía constitucional (artículo 24). Para el ejercicio de ese derecho, es también importante y necesario el reconocimiento del derecho a ofrecer y producir en el expediente administrativo la prueba pertinente. El debido proceso adjetivo no se agota con la posibilidad cierta de ser oído y producir prueba, sino que requiere para su cumplimiento que la Administración decida en forma fundada la cuestión propuesta, debiendo considerar los principales argumentos expuestos por el particular, en tanto fueren conducentes para resolver el caso. Es importante aclarar que si bien el deber impuesto es de considerar sólo los argumentos principales expuestos, la decisión fundada debe decidir todas las peticiones formuladas por el particular, dado que de lo contrario podrían configurarse auténticas hipótesis de indefensión. Esta obligación ha sido expresamente considerada en el artículo 7, inc. c, de la LNPA, que dispone como requisito esencial del acto administrativo que su objeto sea cierto y decida todas las peticiones formuladas, aunque claro está también pueda involucrar otras cuestiones no propuestas por el administrado. El deber de emitir una decisión administrativa fundada encuentra también su cimiento en la obligación de que todo acto contenga una motivación donde se exprese en forma concreta las razones que inducen a emitir dicho acto, sustentándose en los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvieron de causa. En este entendimiento, una decisión que debe resolver una petición de un particular deberá valorar –y expresar– como antecedentes los hechos y el derecho aplicable, así como también las peticiones del administrado. Cfr. CASSAGNE Ezequiel, “El control de la inactividad formal de la Administración”, *La Ley*, 19-5-2010 y, del mismo autor, “El amparo por mora de la Administración”, *La Ley* 8-9-2010.

⁵ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Lexis Nexis, Bs. As., 2003, pág. 279.

⁶ FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, 2ed actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 457.

sustantiva en el Derecho Administrativo que tiene como elemento central la adopción de decisiones administrativas de calidad¹⁰.

A esta altura es importante destacar que entre los distintos tipos de procedimientos administrativos, podemos distinguir los meros procedimientos de formación de actos, los procedimientos impugnatorios o reclamativos, y a aquellos que se refieren a procesos de control. Cada uno de estos procedimientos se conforma con una cantidad determinada de actos preparatorios tendientes a la elaboración de actos que luego concretan la finalidad de interés público que persigue la Administración¹¹, que se manifiesta en decisiones de alcance particular o general con efectos jurídicos directos hacia los administrados, e incluso interorgánicas o interadministrativas.

En cualquiera de sus manifestaciones, el procedimiento administrativo constituye un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del buen acierto de los actos administrativos con relación al interés público que debe alcanzarse (oportunidad, mérito o conveniencia)¹². Como precisa el reconocido jurista alemán Schmidt-Assmann, “el procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien, de condicionar a *priori* el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la administración prepare con cuidado sus decisiones”¹³.

La distinguida profesora Medauar sostiene, en este sentido, que la actividad administrativa no es libre, sino que debe ser disciplinada, a los fines de que su actuación sea una verdadera garantía para los administrados, por medio de procedimientos preordenados que, en

¹⁰ Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón, Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación, Ara Editores, Lima, 2011, p. 116.

¹¹ Siguiendo a los destacados juristas españoles Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Jesús González Pérez, CASSAGNE sostiene que “*el procedimiento administrativo no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales tiene una vinculación jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración*”, en CASSAGNE, Juan Carlos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Prov. Bs. As., 2009, pág. 250, con citas a GARCIA de ENTERRIA. Eduardo – FERNÁNDEZ,

Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. II, 2ed, Civitas, Madrid, 1981, págs.. 368-369 y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Manual de Procedimiento Administrativo, 2ed, Civitas, Madrid, 2002, pág. 75.

¹² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. II, 10ma ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, pág. 3. Ver también MUÑOZ, Guillermo Andrés, en MUÑOZ – GRECCO, Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, “Reflexiones en torno a los abogados del Estado”, AD-Hoc, Buenos Aires, 1999, Pág. 485.

¹³ SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003, p. 361.

definitiva, legitiman el poder estatal en el marco de un correcto desempeño de la función administrativa¹⁴.

De esta manera, por ejemplo, no hay dudas de que siempre deberán seguirse los procedimientos de selección de contratistas previstos en las normativas de contrataciones si el Estado Nacional o sus órganos descentralizados pretenden contratar una obra, un bien, o un servicio¹⁵. Otro tanto ocurre en materia sancionatoria o en los procedimientos recursivos, donde deberán respetarse los cauces formales previstos para sus finalidades, así como también deberá respetarse, en estos casos, el debido proceso adjetivo, con la posibilidad cierta de que el particular pueda ser oído, ofrezca y produzca prueba, y obtenga luego una decisión fundada¹⁶. A su vez, existen procedimientos de participación ciudadana, como el de la audiencia pública, que deben respetarse cuando el ordenamiento así lo requiere¹⁷, y aún en los casos en que no se exija un procedimiento determinado, si están en juego los intereses de los consumidores y usuarios de servicios públicos, debe implementarse algún procedimiento tendiente a que puedan participar en el debate previo a la decisión administrativa de alcance general, conforme lo prescribe el art. 42 de la Constitución Argentina¹⁸.

Como lo ha sintetizado Canda, “el procedimiento previo al acto no puede ser cualquier procedimiento sino el “debido”, y ello es así porque sólo siguiéndose el procedimiento

¹⁴ Cfr. MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 15 ed., San Pablo, Brasil, 2011 p. 174 y ss.

¹⁵ Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha declarado nulo de nulidad absoluta un contrato celebrado sin licitación previa, cuando ese procedimiento era requerido por ley. Ver al respecto: Fallos 310:2278.

¹⁶ Cfr. Fallos 295:728, de fecha 02/09/1976. En este precedente, la Corte Suprema declaró la nulidad de una sanción disciplinaria en virtud de haber sido dictada con menoscabo del derecho de defensa, toda vez que “*la naturaleza de la potestad disciplinaria exige que las sanciones de mayor gravedad sean aplicadas sobre la base del respeto a los principios del debido proceso, para lo cual es menester contar con adecuada oportunidad de audiencia y prueba*”.

¹⁷ Por ejemplo, los artículos 73 y 74 de la Ley 24.065 en el caso del sector eléctrico; los artículos 67 y 68 de la Ley 24.076 en el caso del servicio público del gas; y el artículo 30 del Decreto 1185/1990 en el caso del servicio de telecomunicaciones. Cfr. FONROUGE, Máximo, *Las audiencias Públicas*, REDA, N° 24/26, Lexis Nexis, pág. 183. Ver también CASSAGNE, Juan Carlos, “La participación pública en el control de los servicios públicos”, en RAP, núm. 250, p. 13. Cfr. también CASSAGNE, Ezequiel, “Algunas cuestiones jurídicas controvertidas en la renegociación de los contratos públicos”, 2004, publicado en www.cassagne.com.ar.

¹⁸ El artículo 42 de la Constitución Argentina, incorporado con motivo de la reforma del año 1994, dispone, en lo pertinente, que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. Esta cláusula es operativa. Así lo ha interpretado la jurisprudencia en los casos en que le ha tocado pronunciarse sobre el asunto. Cfr. CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, caso “Youssefian” antes citado.; y sentencia dictada el 23 de febrero de 1999 en “Unión de Usuarios y Consumidores c. Secretaría de Transporte y otros”, LL 1999-E, pp. 211 y ss.

debido se verán garantizados el derecho de defensa y el dictado de un acto administrativo justo”¹⁹.

No obstante lo expuesto, la ley procedimental en Argentina se preocupa en exigir en forma expresa que, sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, debe considerarse esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. En tal sentido, independientemente del procedimiento administrativo que deba seguirse en cada caso particular, siempre deberá producirse el dictamen jurídico al que alude la normativa general, antes de la emisión de un acto administrativo, si se llegaren a afectar tales derechos e intereses²⁰.

II. LA FUNCIÓN CONSULTIVA JURÍDICA

La actividad consultiva es la actividad de la administración que se dirige a ilustrar con sus pareceres, opiniones e interpretaciones a los órganos activos sobre actos que deben dictar en el ejercicio de sus funciones²¹. Como decía Bielsa, “el asesoramiento en las funciones gubernativas es una consecuencia no solamente de la división orgánica del trabajo, sino también del progreso institucional. Se sabe que el gobernante, cualquiera sea la esfera en que actúa, rara vez tiene la preparación jurídica, ni financiera ni en materia económica, que el cargo exige”²².

Teniendo en cuenta que toda actividad administrativa debe respetar la legalidad, y por eso realizarse de acuerdo a normas legales y principios de derecho, resulta de vital importancia

¹⁹ CANDA, Fabián, “El debido Proceso Adjetivo. La llamada Teoría de la Subsanción”, AAVV, en TAWIL Guido (dir.), Procedimiento Administrativo, Abeledo Perrot, 2009, pág. 150.

²⁰ Barra sostiene, en una posición que compartimos, que “si el dictamen jurídico es esencial cuando se hallen comprometidos derechos de terceros, esto es así porque en el contenido de la decisión, en su elemento causa, se encuentra la aplicación o interpretación de una norma jurídica. De la misma manera, entonces, el dictamen consultivo tendrá la calidad de parte necesariamente integrante del procedimiento cuando la decisión consista en –y contenga en su causa- la aplicación de un mecanismo, o de una solución o de un procedimiento que involucre, con el mismo grado de compromiso que en el caso jurídico, cualquier ciencia, técnica o rama especial del arte o conocimiento, profesión u oficio especializado, naturalmente utilizando como fuente de producción un organismo de la Administración con el debido *expertise*, o, a falta de ello, recurriendo a los servicios de terceros ajenos a la propia Administración, contratados al efecto. Esta solución está prevista por el art. 7º d, LPA, cuando prescribe que, antes de la emisión del acto, deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”. Ver BARRA, Rodolfo, “Administración y Actividad Consultiva”, en AAVV, Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Ed. RAP, Bs. As, 2006, pág. 537.

²¹ Cfr. DIEZ, M. M. Derecho Administrativo, T. I, Plus Ultra, Cap. Fed, 1974, pág. 184.

²² BIELSA, Rafael, Ciencia de la Administración, 2ed. act, Depalma, Bs. As, 1955, pág. 265.

institucional la función consultiva en derecho previa a la toma de decisiones por parte de la Administración activa.

La consulta jurídica ha existido en todas las épocas de desarrollo del Estado, cualquiera haya sido su forma político jurídica. De hecho, dicha función consultiva interna del Estado reconoce orígenes muy remotos, dado que, por ejemplo, ya en el Imperio Romano existía la figura de los *consilarii*, que asesoraban a los *prefectos de pretorio* en temas de derecho²³. A su vez, en la Edad Media, la institución de los Consejos -los “Consejos Reales”, que luego fueron sucedidos por los “Consejos de Estado”- fue creada para aconsejar a la autoridad que decidía²⁴.

En la Argentina, la función consultiva fue ejercida primigeniamente por el Fiscal General, designado en 1862. Luego, en el año 1865 el Fiscal General fue sucedido por el Procurador del Tesoro de la Nación, máximo asesor jurídico del Estado, que a partir del año 1947 dirige, a esos fines, el actual Cuerpo de Abogados del Estado creado²⁵.

Entre sus funciones, el Procurador del Tesoro de la Nación asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios y a las máximas autoridades de las entidades descentralizadas, además de ser el representante del Estado en juicio, cuando lo dispone el Poder Ejecutivo²⁶. También debe intervenir en los trámites de recursos administrativos contra resoluciones de ministros o secretarios de Presidencia, en los casos que corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme, cuando la índole del interés económico comprometido requiera su atención, o cuando el Presidente de la Nación lo estime conveniente²⁷.

Por su parte, el Cuerpo de Abogados del Estado que dirige está integrado por todos los servicios de asesoramiento jurídico del Estado Nacional y de sus entidades descentralizadas. Estos abogados dependen técnica y profesionalmente de la Procuración,

²³ Cfr. BIELSA, R, Ciencia de la Administración, 2da ed., Depalma, Bs. As. 1955, pág. 266.

²⁴ Cfr. BIELSA, Rafael, Ciencia de la Administración, 2ed. act, Depalma, Bs. As, 1955, pág. 265. Ver también MURATORIO, Jorge, “El dictamen jurídico en la Administración Pública”, Revista de Derecho Administrativo, Año 14, Lexis Nexis, 2002, pág. 536.

²⁵ Ver la Ley 27 del año 1862 que creó al Fiscal General de la Nación, y la ley 74 del año 1863 que dio origen a la figura del Procurador del Tesoro de la Nación. También ver la ley 12.954 del año 1947, por la cual se creó el Cuerpo de Abogados del Estado. Finalmente, con la ley 24.667 el Procurador del Tesoro de la Nación es un órgano desconcentrado dependiente en forma directa del Presidente de la Nación.

²⁶ Cfr. Ley 12.954, y Ley 17.516 y modificatorias, t.o. por dec 1265/1987.

²⁷ Cfr. art. 92 Dec. 1759/72, t.o. Dec. 1883/91 (RLNPA).

pero orgánicamente mantienen su posición -y por ende su vinculación administrativa (jerárquica y funcional)- en la estructura de los organismos a los que asesoran²⁸.

La dependencia técnica aludida ha sido establecida en la propia ley 12.954, en cuanto dispone que la interpretación de leyes y reglamentos que la Procuración del Tesoro de la Nación realiza a través de sus dictámenes es de carácter obligatorio para los servicios jurídicos que conforman el Cuerpo de Abogados del Estado, sin perjuicio de lo cual el dictaminante podrá dejar sentado su criterio personal²⁹.

La actividad consultiva de los abogados del referido cuerpo, como del Procurador del Tesoro de la Nación, se realiza a través de dictámenes jurídicos, que a continuación analizaremos.

III. EL DICTAMEN PROVENIENTE DE LOS SERVICIOS PERMANENTES DE ASESORAMIENTO JURÍDICO

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DICTAMEN

El dictamen “es opinión fundada en ciencia o arte emitida por un especialista; si versa sobre cuestión jurídica debe apoyarse en derecho (...) es un consejo que se da sobre una cuestión o asunto”, afirmaba Juan Carlos Luqui en su lúcido trabajo sobre este tema³⁰.

Villegas Basavilbaso sostiene que la naturaleza jurídica de los actos de los organismos consultivos no puede ser la de un acto jurídico, sino que más bien se trata de hechos administrativos, por cuanto no obligan al órgano ejecutivo³¹. En tal entendimiento, los dictámenes, a diferencia de los actos jurídicos, no tienen por fin inmediato establecer entre

²⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. I, 10 ed., La Ley, Prov. Bs. As, 2011, pág. 250. Es interesante destacar que el mismo autor ha sostenido que “el deber de velar por el recto procedimiento administrativo –que no excluye la colaboración- es evidente que no se agota en las funciones de asesoramiento en el caso particular sometido a consulta sino que exige una gestión activa de corrección de las deficiencias generales o particulares que pueden presentarse, promoviendo el dictado de los actos administrativos conducentes a tal finalidad”, en CASSAGNE, J. C., “Función y Organización de los asesores jurídicos del Estado”, ED, 57-832.

²⁹ Art. 6 de la ley 12.954 y art. 4 del Decreto N° 34.952/47. Cfr. CITARA Rubén, La Procuración del Tesoro de la Nación. Funciones que desempeña, en AAVV, Control de la Administración Pública, ed. RAP, Bs. As. 2003, pág. 462.

³⁰ LUQUI, J. C., “El dictamen jurídico”, JA, 1954-IV-44.

³¹ VILLEGAS BASALVIBASO, Benjamín, Derecho Administrativo, T. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, págs. 284-285.

las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos³².

En rigor, los dictámenes jurídicos no son actos administrativos sino actos internos de la Administración, en la medida que no producen efectos jurídicos directos a los particulares³³, siendo opiniones no vinculantes que colaboran para que el funcionario pertinente decida conforme a derecho. Tal actividad consultiva, que se materializa por medio de la producción de dictámenes, importa una actividad preparatoria interna de la Administración, en cuya labor no entra en relación con terceros³⁴.

Para Barra, el dictamen consultivo es, en su funcionalidad procesal, un acto preparatorio, en la medida que sirve para la elaboración de actos decisorios y, en su otra faz, un elemento causal, en tanto “el elemento cognoscitivo contenido en el dictamen debe ser incorporado a la determinación y configuración de los hechos o a la identificación e interpretación del derecho aplicable”³⁵. De esta forma, el dictamen jurídico integra la causa del acto administrativo decisor en tanto que el dato cognoscitivo que contiene es un antecedente fáctico de aquél³⁶.

Por tal motivo, los dictámenes no son objeto de impugnación, ni aún aquellos que fueren notificados al particular, salvo en el caso de que conformen el acto decisorio, y a tal fin sean adjuntados. Pero en definitiva, allí se estaría impugnando el acto administrativo que hace suyo al dictamen, y decide la cuestión remitiéndose a sus fundamentos. No obstante ello, los dictámenes notificados pueden ser contestados³⁷, incluso también aquellos dictámenes que no siendo notificados, sean conocidos por los particulares, sea porque

³² Es esa misma la definición de acto jurídico que da nuestro Código Civil en su art. 944.

³³ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. I, 10 ed., La Ley, Prov. Bs. As, 2011, pág. 251.

³⁴ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Lexis Nexis, Bs. As, 2003, pág. 103.

³⁵ BARRA, Rodolfo, “Administración y Actividad Consultiva”, en AAVV, Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Ed. RAP, Bs. As, 2006, pág. 542.

³⁶ Cfr. BARRA, Rodolfo, “Administración y Actividad Consultiva”, en AAVV, Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Ed. RAP, Bs. As, 2006, pág. 533.

³⁷ El derecho a ser oído implica la posibilidad de exponer las razones de las pretensiones y defensas de los particulares antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos, y no se agota con la posibilidad de interposición de recursos o reclamos. Se trata del derecho civil de peticionar ante las autoridades, reconocido expresamente en la Constitución Nacional (artículo 14), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que al igual que muchos otros convenios internacionales, tiene jerarquía constitucional (artículo 24).

fueren públicos, o en virtud del conocimiento que pueda tenerse con motivo del acceso a las actuaciones³⁸.

2. SU CONDICIÓN DE REQUISITO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Como hemos indicado al principio de este trabajo, la ley argentina sobre procedimientos administrativos prescribe en forma expresa que el dictamen “proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico” es un requisito esencial del acto administrativo cuando este último “pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”³⁹.

Es interesante observar que la referida ley establece la obligatoriedad del dictamen jurídico cuando los actos administrativos que luego se llegaren a dictar “pudieren afectar derechos subjetivos o intereses legítimos”. Dada la distinción que efectúa la propia normativa, resulta necesario analizar estos dos conceptos conocidos por la doctrina. Al respecto, Cassagne precisa, siguiendo la postura clásica, que el derecho subjetivo es un poder jurídico otorgado por el ordenamiento legal a una persona, que se vincula a una actual y concreta relación con una cosa o sujeto determinados, circunscripto al orden patrimonial. A su vez, el autor explica que el interés legítimo es una categoría distinta, que importa un poder de reacción a favor del administrado que se encuentra en una situación especial frente a un reglamento o acto concreto⁴⁰, -agregamos- cierto o eventual.

En rigor, el término interés público fue acuñado en Italia, a partir de la reforma judicial de 1889, que atribuyó a los Tribunales ordinarios la protección de los derechos subjetivos, y al Consejo de Estado la tutela de los intereses en el ámbito del derecho administrativo, luego calificados por la doctrina italiana como intereses legítimos. En Francia, en cambio, ya a principios del siglo XIX el Consejo de Estado Francés comenzaba a reconocer un recurso por exceso de poder –*excés de pouvoir*-, que a partir de su status legislativo en el año 1872, dejó de ser una mera denuncia para convertirse en un verdadero proceso por medio del cual se asegura el cumplimiento de la ley por la Administración Pública. Si bien la mayor parte de la doctrina francesa lo considera un recurso objetivo, donde no se valoran derechos subjetivos sino la legalidad de la conducta administrativa, en este particular sistema de

³⁸ Todo ciudadano tiene el derecho de acceder a cierta actuación para evaluar si el acto a dictarse puede afectarle en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, o simplemente para conocer el contenido de un expediente (pretensión fundada en los principios de publicidad y transparencia de toda actuación administrativa conforme lo dispuesto en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional aprobado por Decreto Nº 1172/2003).

³⁹ Art. 7 de la ley 19.549.

⁴⁰ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. I, 10 ed., La Ley, Prov. Bs. As, 2011, págs. 503 y ss. Para este autor, la potestad también es un poder jurídico, pero genérico, no debiéndose confundir con el derecho subjetivo que consiste en un poder concreto que se refiere a un sujeto determinado o cosa particular.

manera que –como señala Muratorio- “más allá de la mayor versación jurídica de cada órgano –o de otros pareceres y estudios jurídicos que al efecto éste pueda recabar- se unifiquen, armonicen y sujeten a coherencia las diferentes interpretaciones jurídicas, tomando en cuenta que frente a los particulares la Administración se presenta como una sola entidad⁴⁴”.

Sentado ello, siendo el dictamen jurídico proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento un requisito esencial obligatorio para la validez del acto administrativo, si éste no se cumple, el acto administrativo que luego se dicte será nulo de nulidad absoluta⁴⁵, por haberse incumplido ese requisito esencial, exigido por la ley de procedimientos.

La doctrina administrativista en Argentina ha sido pacífica en esta cuestión, reconociendo que el incumplimiento grave del debido procedimiento previo a todo acto administrativo (es decir, la violación de las formas esenciales, entre las que se encuentra el dictamen jurídico exigido en forma expresa por la ley de procedimientos) ocasiona la nulidad absoluta del acto administrativo pertinente⁴⁶. Así lo han entendido también la Corte Suprema de la Nación⁴⁷, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁴⁸ y la Procuración del Tesoro de la Nación⁴⁹.

3. EL CONTENIDO DEL DICTAMEN

Con relación al contenido de los dictámenes jurídicos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que la intervención previa de los servicios jurídicos debe efectuarse mediante dictámenes que individualicen la cuestión traída en consulta, la desarrollen exhaustivamente, desde el punto de vista fáctico y jurídico, con el agregado de toda la documentación que tenga incidencia en el tema. Ello así por cuanto el dictamen jurídico

⁴⁴ MURATORIO, Jorge, “El dictamen jurídico en la Administración Pública”, Revista de Derecho Administrativo, Año 14, Lexis Nexis, 2002, pág. 548.

⁴⁵ CNCAF, Sala II, 04/05/2000, “American Airlines Inc. c/Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI 1085/99”.

⁴⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cuarta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, Tomo II, pág. 483. CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos – comentada y anotada*, cit., pág. 359. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos – Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada*, cit., Tomo I, págs. 308 y sigs. GORDILLO, Agustín y DANIELE, Mabel, *Procedimiento administrativo*, cit., pág. 200.

⁴⁷ CSJN: “Braun y Linder”, Fallos 239:51; “Secchi, Antonio” Fallos 239:142, *Sudamericana de Intercambio*, Fallos: 306:1138, entre muchos otros.

⁴⁸ CNCAF, Sala IV, “Binaghi”, sentencia del 24/12/1985; Sala I, “Benítez, Manuel”, sentencia del 9/12/1999; Sala I, “Gramajo, Raul Ambrosio”, sentencia del 12/5/2000; Sala V, “AADI CAPIF”, sentencia del 5/3/2001; entre muchos otros.

⁴⁹ Cfr. *Dictámenes* 74:391.

A) Alcance del análisis jurídico

Siendo un análisis de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, resultan excluidas las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia⁵⁶, las cuestiones políticas⁵⁷, las fácticas que no pueda apreciar un servicio jurídico⁵⁸ y, por supuesto, las cuestiones técnicas que correspondan a otras ciencias o artes⁵⁹. No obstante ello, el análisis jurídico debe comprender necesariamente también el análisis de la razonabilidad de los actos a dictarse. En tal sentido, Muratorio nos recuerda que “por razonable se entiende lo justo, proporcionado y equitativo, requiere la concurrencia de un fin público, circunstancias justificadas, adecuación del medio elegido al fin propuesto y ausencia de inequidad manifiesta”⁶⁰.

Tomás Ramón Fernández manifiesta, de manera acertada, que “es sencillamente imposible dar un solo paso en el debate jurídico sin acudir a la idea de lo razonable, sin manejar la lógica de lo razonable”⁶¹. Coincide nuestra doctrina vernácula, al sostener –como lo hace Cassagne– que el criterio central del razonamiento jurídico “no se concibe entonces como una operación deductiva apreciada únicamente conforme el principio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable”⁶².

Precisamente, la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad, como la razonabilidad o justicia de los mismos⁶³, siendo necesario, entonces, el análisis jurídico de ambos presupuestos. En efecto, el análisis de la razonabilidad de los actos administrativos que debe efectuar el asesor jurídico, resulta sumamente importante frente a las potestades discrecionales de la Administración o cuando nos encontramos de cara a los famosos “conceptos jurídicos indeterminados”.

En primer lugar, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración, y potestades discrecionales. Al respecto, la actividad reglada reduce a la Administración a la

⁵⁶ *Dictámenes* 105:120, 125:273, 172:036, 249:585, 248:308, entre varios.

⁵⁷ *Dictámenes* 234:235.

⁵⁸ Cfr. *Dictámenes* 206:364, 207:578 y 217:244, entre varios.

⁵⁹ *Dictámenes* 204:47, 207:508, 222:157 y 236:375, entre otros.

⁶⁰ Cfr. MURATORIO, Jorge, “El dictamen jurídico en la Administración Pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, Año 14, Lexis Nexis, 2002, pág. 553.

⁶¹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 216.

⁶² CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 189.

⁶³ Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 119.

constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado⁶⁴. En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho⁶⁵.

Precisamente, siendo que las alternativas deben ser justas, el dictaminante debe analizar esa justicia, esa razonabilidad. Y si bien —como sostiene Muñoz Machado— “la actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente”⁶⁶, lo cierto es que esta actividad discrecional debe ajustarse a derecho, o sea, ser justa, equitativa y razonable, dado que, aunque demás está decirlo, en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera actos arbitrarios —injustos e irrazonables—⁶⁷.

La Corte Suprema Argentina ha reiterado, en un pronunciamiento reciente, que “la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga

⁶⁴ Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 444.

⁶⁵ Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 449 y ss.

⁶⁶ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T. I, Thompson Civitas, 1 ed., Madrid, 2004, pág. 519. Por su parte, Balbín señala que “la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos sin de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso, casi inexistente”, en BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, pág. 806.

⁶⁷ Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN sostiene que “la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones —sobre todo cuando se trata de normas de programación final—, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea”, en SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003, p. 221.

validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias”⁶⁸.

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de la Constitución Argentina establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de esa Carta Magna, que estatuye que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos⁶⁹. Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de dicha Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Por otra parte, el análisis jurídico que se efectúe en el dictamen también deberá valorar cada concepto jurídico indeterminado que resulte aplicable al caso. Si bien reconocemos que no resulta una tarea sencilla de afrontar, dado que estos presentan una estructura compleja, lo cierto es que no admiten más que una solución justa en cada caso determinado⁷⁰. En tal sentido, no debe confundirse la actividad discrecionalidad con la técnica de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque en muchas oportunidades estas dos técnicas se presenten en forma conjunta. Con relación a estos últimos, Grecco explica que “es compartible hoy sin mayor esfuerzo la idea de que las estructuras normativas se encuentran constituidas de tal forma que los jueces y también los funcionarios administrativos no pueden fundamentar sus decisiones a través de la mera aplicación del mecanismo lógico de la subsunción en conceptos jurídicos fijos, cuyo contenido pueda ser descubierto mediante simples parámetros interpretativos, sin que, contrariamente, sea imprescindible, en mayor o menor grado, una cierta valoración autónoma (...) conceptos tales como *idoneidad* o *reconocida aptitud*, *medidas necesarias*, *integridad moral* o

⁶⁸ CSJN, en “Silva Tamayo Gustavo Eduardo c/ EN – Sindicatura General de la Nación – Resol. 58/03 459/03 s/ empleo público”. sentencia del 27/12/2011. Ver también *Fallos*: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa “Editorial Río Negro” (*Fallos*: 320:1191) y en la causa “Perfil”, esta última in re “Perfil c/Estado Nacional s/ amparo”, CSJN, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.

⁶⁹ Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, págs. 198 y 201.

⁷⁰ Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pág. 185.

informan, resulta importante precisar qué ocurre cuando las leyes vigentes son, a juicio del dictaminante, inconstitucionales.

En primer término, es incuestionable que la Administración debe someter su conducta a la ley y al Derecho, por imperio de la concepción de la separación de poderes propio de nuestro esquema republicano de gobierno, y del principio de legalidad propio del Estado de Derecho, que en nuestro ordenamiento reconoce la supremacía constitucional⁷⁵. A su vez, como aclara Cassagne, “la mención al Derecho no constituye una fórmula aislada que prescribe la vinculación a la ley positiva, pues la Administración se encuentra también vinculada a los principios generales del Derecho”⁷⁶.

En tal entendimiento, la interpretación que el dictaminante deba hacer de las distintas normas jurídicas –como ser leyes y reglamentos- deberá realizarse siempre conforme a la Constitución, los Tratados Internacionales y los principios Generales del Derecho. Si en este análisis, el asesor jurídico no encuentra una interpretación adecuada a este ordenamiento, no puede, bajo ningún motivo, apartarse del mismo y avanzar en la aplicación de una ley, reglamento o acto administrativo que repugne de manera evidente la legalidad de nuestro Estado de Derecho.

De esta forma, si en su análisis el servicio jurídico permanente reconoce la existencia de un reglamento nulo, de nulidad absoluta, por ser contrario a la Constitución, los Tratados internacionales o los principios Generales del Derecho, no debe aconsejar su aplicación mediante actos administrativos, sino más bien su inmediata revocación por razones de ilegitimidad⁷⁷, aún a pesar de que el mismo se haya fundado en ley formal. Lo mismo debiera ocurrir si la aplicación a un caso concreto de un reglamento resulta a todas luces inconstitucional. En este último supuesto, también deberá recomendarse su revocación,

⁷⁵ Cfr. art. 31 CN.

⁷⁶ Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pág. 48. No obstante ello, el autor sostiene que “como la mayoría, si no la casi totalidad de los principios generales que se vinculan con el principio de legalidad, tienen su anclaje positivo, expreso o implícito, en textos constitucionales, no puede plantearse duda alguna acerca de su prevalencia sobre las leyes y reglamentos, en atención a la jerarquía de ley suprema que posee la Constitución (art. 31 CN).”

⁷⁷ Los reglamentos administrativos son actos esencialmente revocables. Al respecto, el art. 83 del RLNPA establece que “los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos a los administrados”.

dada la imposibilidad de la Administración de derogar de manera singular dicho reglamento⁷⁸.

A su vez, si el dictamen se produce en el procedimiento de formación de ese reglamento, deberá en estos casos aconsejar que no se dicte el mismo y, de ser posible, la corrección del proyecto a los fines de encuadrarlo a Derecho. De igual manera, el dictaminante mediante su consejo también deberá intentar impedir el dictado –o ejecución- de actos administrativos nulos⁷⁹ o inconstitucionales, no obstante estos estuvieren de acuerdo con reglamentos o leyes positivas o, peor aún, sean consecuencia directa del mandato de las mismas, si estas fueren manifiestamente inconstitucionales.

Por cierto, es evidente que en Argentina el Poder Ejecutivo no puede derogar ni declarar la inconstitucionalidad de las leyes⁸⁰, siendo una atribución propia del Poder Judicial⁸¹. A su vez, también es verdad que el poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes⁸². No obstante ello, el Poder Ejecutivo en Argentina tiene la atribución -como ha destacado Marienhoff desde la doctrina y desde su función de Procurador del Tesoro de la Nación- de no aplicar una ley que considera manifiestamente inconstitucional⁸³.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha reconocido esta facultad en casos en que es manifiesta e indudable la violación por parte del Congreso Argentino de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, y también cuando existen declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁴, e incluso en casos donde se han pronunciado en ese sentido instancias inferiores de la justicia⁸⁵. También lo ha reconocido cuando la violación constitucional aparece de un modo indudable y manifiesto⁸⁶.

⁷⁸ Cassagne sostiene que “la Administración no puede derogar singularmente, por un acto administrativo, un reglamento, ya fuere éste de ejecución, delegado, autónomo o de necesidad o urgencia (...) ya que ello violaría la garantía de la igualdad ante la ley”, en CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. I, 10 ed., La Ley, Prov. Bs. As, 2011, págs. 550/51.

⁷⁹ Téngase en cuenta que el art. 17 de la LNPA prescribe que “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.

⁸⁰ Ver arts. 1, 44, 99 inc.2, 108, 109 y 116 de la C.N.

⁸¹ Ver. arts. 116 y 117 de la C.N.

⁸² Ver arts. 1, 31, 99 inc.2 de la C.N.

⁸³ Cfr. *Dictámenes* 84:102; MARIENHOFF M. S. Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Lexis Nexis, Bs. As, 2003, pág. 430.

⁸⁴ Cfr. *Dictámenes* 159:83, 168:28, 168:282, 192:144, 236:25, 251:339, entre otros.

⁸⁵ Cfr. *Dictámenes* 101:87, 192:144, 251:339 y 186:140.

⁸⁶ Cfr. *Dictámenes* 239:285, 250:52 y 251:224, 207:037, 239:285.

La Corte Suprema, por el contrario, ha dicho en más de un precedente que, en estos casos, no corresponde al Poder Ejecutivo ejercer el control de constitucionalidad de una norma, actividad propia del Poder Judicial, y cualquier declaración de inconstitucionalidad que se realice en el seno de la Administración constituye una “indebida asunción de facultades judiciales”⁸⁷.

No obstante lo expuesto por el Alto Tribunal, compartimos el criterio sostenido por Marienhoff, y por otros muchos juristas, toda vez que -como explica Bidart Campos-, los órganos de la administración están obligados a respetar la supremacía constitucional cada vez que ejercen sus competencias, y si bien reconoce que no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pueden en casos excepcionales dejar de cumplir normas o actos que vulneren en forma grosera y obvia la Constitución⁸⁸.

Por tal motivo, coincidimos con Urrutigoity en cuanto señala que “aceptada la juricidad y supremacía de las normas constitucionales, que vinculan a todos los órganos de gobierno y habitantes en forma más fuerte de lo que pudiera hacerlo otra fuente del derecho positivo, ninguna duda puede haber de que, para no incurrir en supuestos de responsabilidad, más importante que la obediencia a la ley es la obediencia a la Constitución”⁸⁹, que surge, además, en forma expresa del principio de supremacía constitucional que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional.

Comadira, al estudiar la posición de la Administración frente a las leyes inconstitucionales, señala que “no se puede marginar al Poder Ejecutivo de la función de proveer él también a

⁸⁷ CSJN, *Fallos*, 269:243, 298:511 y 311:460, entre otros.

⁸⁸ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, ed. EDIAR, 1986 pág. 102; Sagués coincide con esta postura, dado que entiende que “si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema, e inaplicarla”, en SAGÜÉS, Néstor P, *Derecho Procesal Constitucional, Recurso extraordinario*, T. I, 4ed, Astrea, 2002, pág. 240; Cfr. BIDEGAIN, Carlos M, “El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro”, en “120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983”, PTN, 1983. En su ya clásica obra “Introducción al Derecho Administrativo, de 1962, Gordillo sostenía que el Poder Ejecutivo podía y debía apartarse de la legislación sólo cuando la inconstitucionalidad de la misma se encontrare razonablemente demostrada. No obstante ello, años después el autor ha cambiado su criterio, ya que en la actualidad sostiene que la Administración no puede incumplir la ley inconstitucional. En las últimas ediciones de su “Tratado de Derecho Administrativo”, Gordillo ha manifestado que su cambio de opinión es consecuencia de la posición que luego han adoptado Marienhoff y Bidart Campos, a quienes considera “tradicionalmente partidarios de la extensión de las facultades ejecutivas”, advirtiendo, sin entrar en consideraciones, que su criterio expuesto en el año 1962 ha sido utilizado por dichos autores de modo “cesarista”. Cfr. GORDILLO, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, 1ed, Perrot, Bs. As, 1962, pág. 64 y ss; y del mismo autor, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2009, VII-14/15 y VII-24.

⁸⁹ URRUTIGOITY, J. “Consideraciones sobre el principio de juricidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales” en *Derecho Administrativo (Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff)*, dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, AAVV, Abeledo Perrot, 1998, pág. 332.

la protección de la vigencia suprema de los valores contenidos en la Constitución nacional, cuando el plexo axiológico en ella recogido es afectado, ostensiblemente, por una disposición legal”⁹⁰. Para dicho autor, esa función, ínsita en cuanto compete a la Administración la gestión del bien común, “requiere el reconocimiento de la potestad de no aplicar, es decir, no ejecutar, las normas legales respecto de las cuales existan razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad”⁹¹.

Conviene aclarar que la atribución de no aplicar una ley que se considera inconstitucional es excepcional, y debe realizarse con la mayor prudencia posible, en la medida que la obligación primaria del Poder Ejecutivo es cumplir la ley, en virtud del principio de división de poderes, que hace a la esencia de nuestro régimen constitucional⁹². Por tal motivo, de ser posible, siempre debe intentarse armonizar la ley con la Constitución Nacional, deber que por supuesto también es propio de los jueces⁹³.

Por otra parte, no debe confundirse la inconstitucionalidad manifiesta y grosera de una norma, que como hemos visto permite al Poder Ejecutivo no aplicarla, con la categoría, reconocida por la propia Corte Suprema de la Nación, de leyes que se presumen inconstitucionales, siendo éstas últimas una categoría especial, en la cual se destacan los siguientes casos: a) Distinciones normativas basadas en categorías sospechosas, como ser la nacionalidad y el sexo de las personas, b) normas que violentan la libertad de expresión y c) Disposiciones que imponen el pago de una deuda ajena⁹⁴. Desde ya que en estos casos de presunción de inconstitucionalidad de leyes, el deber del Poder Ejecutivo de no aplicarlas es aún mayor, y evidente, debiendo asimismo procurar su inmediata derogación legislativa mediante el impulso del correspondiente proyecto de ley que derogue la norma inconstitucional, y en los casos particulares, propiciar la declaración judicial de inconstitucionalidad hasta tanto no haya sido derogada, a pesar de no aplicarla, en la medida que como señala Sammartino en un trabajo reciente, “la inobservancia razonada de

⁹⁰ COMADIRA, J. “La posición de la Administración pública ante la ley inconstitucional”, Revista de Derecho Administrativo, N°1, Año 1, Abeledo Perrot, 1989, pág. 161.

⁹¹ COMADIRA, J. ob cit, pág. 161.

⁹² Cfr. *Dictámenes* 239:285, 250:52, 251:224, 254:277, 176:116.

⁹³ Cfr. CSJN Fallos 112:63, 209:337, 245:552, 264:364, entre muchos otros. Ver URRUTIGOITY, J. “Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales” en Derecho Administrativo (Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff), dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, AAVV, Abeledo Perrot, 1998, pág. 335.

⁹⁴ Cfr. BUTELER, Alfonso, “Presunción de inconstitucionalidad y derecho administrativo”, LL 2011-C, pp. 705 y ss.

la ley presuntamente inconstitucional, es la observancia de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce”⁹⁵.

Siguiendo los lineamientos expuestos, el asesor jurídico debe analizar en su dictamen la constitucionalidad de las leyes que sirven de fundamento de los actos y reglamentos objeto de su estudio, pues al hacerlo estará analizando la constitucionalidad de estos últimos, debiendo aconsejar, como hemos dicho, su anulación, derogación o, según fuere el caso, su no dictado, si estos repugnan de manera manifiesta el ordenamiento legal, que reconoce la supremacía constitucional, la fuerza legal de los tratados internacionales por encima de las leyes positivas, y el profundo respeto por los principios generales del Derecho.

4. LA FINALIDAD DEL DICTAMEN PREVIO

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que “el dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad, por una parte constituye una garantía para los administrados pues impide a la Administración el dictado de actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente y, por la otra, evita probables responsabilidades del Estado, tanto en sede administrativa como judicial, al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener”⁹⁶.

Si bien corresponde que coincidamos con estas apreciaciones, debe destacarse que, en rigor, la finalidad de una función consultiva jurídica previa a la emisión de los actos administrativos no es otra que el apego a la legalidad por parte de la actuación administrativa, más allá de la eventual responsabilidad que pudiera evitarse si la fuerza técnica del dictamen disuadiera el dictado de un acto ilegítimo.

El interés público constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia⁹⁷, y en este entendimiento, el dictamen jurídico previo contribuye a la emisión de actos justos y razonables. En este punto, vale la pena

⁹⁵ SAMMARTINO Patricio, “El Principio de Competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites”, en AAVV, Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público, RAP, Bs. As, 2012, pág. 278.

⁹⁶ *Dictámenes* 272:50.

⁹⁷ Cfr. BIELSA, R., “Derecho Administrativo”, t. I, La Ley, Bs. As., 1964, pág. 180; CASSAGNE, J C., “Derecho Administrativo”, t. I, 7 ed., Lexis Nexis, Prov. de Bs. As., 2002, pág. 60.

derechos e intereses de los particulares, en la medida que la función consultiva en derecho no sólo importa una garantía para al administrado, sino que representa una garantía y control de legitimidad –legalidad y razonabilidad- para la propia Administración Pública y, por ende, contribuye a alcanzar el interés público, cuyo fin último es la realización de justicia.

2) En segundo lugar, si bien reconocemos la importancia de un cuerpo permanente de abogados del Estado, que asesore a los órganos administrativos en forma previa, y de manera obligatoria, a la emisión de los actos administrativos, no consideramos adecuado que estas dependencias jurídicas tengan su posición orgánica -y por ende su vinculación administrativa (jerárquica y funcional)- en la estructura de los organismos a los que asesoran.

Como es sabido, las relaciones jerárquicas trasuntan para los órganos superiores el reconocimiento de importantes facultades, encontrándose, entre otras, la de dirigir e impulsar la actividad del órgano inferior, la facultad de vigilar y controlar sus actos y, la que consideramos más importante: la de designar y remover a los funcionarios inferiores¹⁰⁰. No es difícil advertir que en la práctica administrativa las relaciones jerárquicas no permiten el grado de independencia funcional que requiere un órgano técnico que debe emitir su opinión jurídica sobre, nada menos, que la legitimidad del acto administrativo que el órgano decisor impulsa.

En rigor, no vemos la razón que justifique esta dependencia orgánica, dado que, en nuestra opinión, no es necesaria la vinculación jerárquica y funcional para trabajar en forma coordinada y profesional con el órgano al que debe asesorarse. Asimismo, si la intención es dotar a las dependencias jurídicas de un contacto permanente con la materia administrativa propia de la función del órgano decisor, no vemos inconveniente alguno en que los abogados del Estado constituyan delegaciones en cada organismo, pero manteniendo la relación orgánica y jerárquica con la Procuración del Tesoro de la Nación, y no únicamente técnica como ha sido previsto por la normativa argentina actual¹⁰¹.

¹⁰⁰ Hemos obviado, a propósito, la facultad, propia del principio de jerarquía, que permite la avocación por parte del órgano superior del dictado de actos que corresponden a la competencia del órgano inferior, porque esta posibilidad no es admisible cuando la competencia hubiera sido atribuida al órgano inferior en virtud de una idoneidad especial, como es el caso de la competencia que tienen los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento jurídico para emitir el dictamen previo a la formación de un acto administrativo.

¹⁰¹ Un ejemplo de la independencia funcional que se propone se encuentra en la Provincia de Buenos Aires. En esta Provincia, la función consultiva legal interna es ejercida por el órgano Asesoría General de Gobierno, que tiene a su cargo el asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la Administración Pública Provincial. La Ley Nro. 8019, del año 1973, dispuso que en cada Ministerio deberá funcionar una delegación de la Asesoría General de Gobierno, pudiendo crearse otras delegaciones o

ideas, si bien han sido concebidas desde la realidad argentina, puedan proyectarse a repensar el asesoramiento jurídico estatal en los países iberoamericanos.