

§15. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA¹

Isaac Augusto Damsky
Profesor Derecho Administrativo
Universidad Austral, Argentina

*Este propósito mínimo,
hacer realidad los derechos del ser humano,
es, precisamente por su sencilla elementalidad,
el más grande y difícil que puede hacer el ser humano*
Hanna Arendt²

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la organización administrativa en la actualidad se encuentra -en mi opinión- enmarcado dentro del análisis de un fenómeno mayor; el de la comprensión de la crisis y transformación del Estado³, lo que determina la necesidad de replantear las categorías desde las cuales fueron pensadas las teorías organizacionales de la administración pública, aún vigentes en los sistemas jurídicos iberoamericanos.

Así, un buen ejemplo de ello lo constituye la complejidad cada vez mayor que actualmente presenta todo intento de comprender las actuaciones de sujetos privados bajo formas de poderes públicos y consecuentemente las actuaciones de poderes públicos bajo formas privadas⁴, a lo que se agrega el problema de los contornos difusos que ya presentaba la pregunta por la identificación de la Administración Pública. Respecto de este último elemento, se apreciaba que en su noción subjetiva como organización que depende del Poder Ejecutivo, resulta inaprensible dada la existencia de estructuras bu-

1 El autor agradece, con afecto y admiración, al Dr. Allan Randolph BREWER-CARÍAS por su invitación a participar en esta obra.

2 *La Tradición Oculta*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 74.

3 Al respecto, se sugiere ampliar en CASSESE, Sabino, *La Crisis del Estado*, Lexis Nexos, Buenos Aires, 2003, y en los siguientes trabajos del Profesor Argentino SALOMÓN, Jorge Luis, "Interés público y emergencia", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, "La defensa del Estado Argentino en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos", *Revista "El Derecho"*, Buenos Aires, 28 de octubre de 2003.

4 Como lo señala SALOMÓN, "La crisis del Estado nos trae, como observará y percibirá el lector, un intento certero de racionalización de la novedad, del nuevo entramado jurídico que se está produciendo día a día, y que trastoca los paradigmas sobre los que se construyeron el estado nacional, sus vinculaciones jurídicas con otros Estados y con sus propios órganos, como así también sus vinculaciones con los particulares, en sus distintas expresiones, colectivas, individuales, empresariales, etc., y por lo tanto, se trastocan la producción y la aplicación de los ordenamientos jurídicos. En ese contexto aparece con claridad el concepto de ordenamiento público global o global governance (...) la aparición de nuevos poderes públicos que no necesitan distinguir su naturaleza estatal o no estatal y que son productores y aplicadores del derecho, mas allá de sus formas y procedimientos estatales nacionales, y aún en contra de estos" (SALOMONI, Jorge Luis, "Estudio Preliminar" en CASSESE, Sabino, *La crisis del Estado*, pp. 7, 8).

rocráticas en los otros Poderes y la existencia de otras formas de gestión pública realizada por sujetos privados. En su noción material, se presenta el problema de determinar cuándo una actividad se comprende dentro de la imprecisa noción de “función administrativa”.

A lo expuesto se agregan otras circunstancias: en primer lugar, la falta de coordinación entre las organizaciones públicas, y, la consecuente falta de intermediación -de las administraciones públicas tradicionales- con los particulares. En segundo término, los vallados que encuentran las estructuras de control público, las cuales están limitadas en la modalidad de sus funciones y condicionadas en cuanto a la oportunidad de su ejercicio. Finalmente, la dificultad de acceso a la información generada por las autoridades administrativas en tiempo oportuno, tanto por los individuos como por la organización estatal de control.

Las circunstancias descritas son significativas de la insuficiencia de las categorías normativas aún imperantes, en la materia. Al respecto resultan elocuentes las expresiones del Catedrático español Dr. Luciano Parejo Alfonso, quien, una década atrás, en la introducción a su -ya célebre- obra *Eficacia y Administración*, señalaba: “Cualquier reflexión actual sobre la Administración Pública debe partir y ser conciente del clima de desorientación e incluso confusión que se padece en la materia. Las causas de la desorientación son variadas, pero entre ellas destaca, el cuestionamiento hoy del Estado, y la paralela reafirmación, como paradigma, de la sociedad civil, con postulación de la retirada de aquél a favor de dicha sociedad”⁵.

Sin lugar a dudas, el cuadro de situación presentado ya evidenciaba que las desconexiones e imprecisiones existentes en torno al contenido organizacional de lo que debe entenderse como Administración Pública, su rol, sus cometidos y sus fines, obedece, entre otros componentes, a la inutilidad de buscar un concepto único totalizador de todas sus formas y predicable en todo tiempo y lugar.

En realidad, la comprensión de qué es, o qué representa, la Administración Pública en la actualidad -si es que representa algo, o sólo constituye, un resabio de una estructura estatal en crisis- cuál es su rol y cuáles son sus técnicas, solo se logrará dimensionar a la luz de un proceso mayor; el de comprensión de la crisis del Estado y las peculiaridades con que ella se manifiesta en las respectivas dimensiones temporales y espaciales específicas.

Dentro de este contexto, se inscribe -a mi entender- la problemática de los principios jurídicos de organización administrativa. Por ello, creo necesario formular algunas reflexiones que -a modo introductoria- motiven al análisis en torno a la vigencia de su formulación tradicional.

Así es que, en orden a los clásicos principios jurídicos de la organización administrativa, se invitará a pensarlos a la luz del impacto que la reforma constitucional argentina de 1994 produjo sobre la materia, al constituirse en uno de los basamentos de la internacionalización del ordenamiento jurídico argentino⁶. Así, inicialmente se advierte que me-

5 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, INAP, Madrid, 1995, p 19. Asimismo en la presentación refiere: “en muy breve tiempo el sujeto central y razón de ser del Derecho Administrativo, La Administración Pública, ha experimentado cambios, que forman parte de un proceso aún no concluido en tanto que parte del más amplio de transformación social y del Estado al que estamos asistiendo. Los datos más significativos son, el peso adquirido por la actividad económica y la asunción progresiva de responsabilidades en nuevos sectores de alta sensibilidad social. Tales datos hacen realidad la crisis del Estado y de lo público, y su teorización como factor clave de la vida social”.

6 Al respecto me remito a los trabajos citados del Profesor argentino Jorge SALOMONI y, a lo dicho por el autor en: “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucio-

diante la jerarquización constitucional del sistema interamericano de derechos humanos, principios como el de “jerarquía” -en el derecho público argentino- se han visto impactados en orden a la reducción de la intensidad de sujeción del poder sobre los agentes públicos, y, asimismo, se han dado los condicionamientos para el desarrollo de otros principios en seguridad de los derechos humanos fundamentales de los particulares frente al Estado, los cuales poseen un cariz procedimental y se perfilan como verdaderas garantías instrumentales, como se analizará a continuación.

En consecuencia, desde la perspectiva expuesta, en el presente trabajo se pretende revisar las siguientes categorías: el órgano, entendido a través de los postulados de la “Teoría del Órgano”, la noción de potestad, y los principios jurídicos de la organización administrativa.

II. LA TEORÍA DEL ÓRGANO

Una considerable cantidad de autores nacionales y extranjeros se han ocupado de esta formulación para explicar un tipo especial de vinculación entre funcionario-función administrativa, y los efectos jurídicos de los actos dictados bajo esta habilitación competencial. Básicamente se persigue justificar porqué las consecuencias jurídicas de las voluntades de las personas físicas que integran la persona jurídica estatal son imputables a ésta y no a dichas personas físicas. Y de esta forma se superan las insuficiencias de las anteriores teorías, del mandato, y de la representación⁷.

Adviértase una primera idea: La importancia de la teorización del órgano es tal, que en la génesis histórica de su formulación se la troncó con la idea de la existencia misma del Estado. Así Jellinek⁸ sostuvo en 1892 que “El Estado es una persona jurídica y no puede alcanzar sus fines si no valiéndose de personas físicas-órganos”. Y enfatiza: “El estado sólo puede actuar por medio de sus órganos; si se eliminasen, desaparecería también la figura misma del Estado”.

En el Siglo XX Forsthoff⁹, continuando la línea expositiva, enseñó: “toda unidad administrativa, toda autoridad de la Administración del Estado, forma parte del conjunto de la institución del Estado”. En Argentina, Marienhoff continuó la argumentación señalando: “el Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas constituyen los llamados órganos personas”¹⁰. Y entonces con acierto observa Cassese, resulta ser que no es la organización en su conjunto, sino que es el órgano el tema dominante; estableciéndose por esta razón una ligazón aún subsistente, estado - órgano como sujeto representante inmediato del Estado.

nal de 1994”, DAMSKY, Isaac Augusto, en VVAA, “A una década de la reforma constitucional”, BIDART CAMPOS – GIL DOMÍNGUEZ, Coordinadores, EDIAR, B.A., 2004.

7 A fin de no distraer el objeto central de esta exposición, no se abordaran las nociones que inspiran a las teorías del mandato y de la representación. En aras de una mejor comprensión de ellas se sugiere ampliar en las obras de MARIENHOFF y CASSAGNE.

8 Autor citado, “System der subjectiven öffentlichen Rechte” 1892, 2ª ed, Tübingen, 1905, p. 225.

9 FORSTHOFF, Ernst, “Lehrbuch des Verwaltungsrecht”, I, 8ª ed., München, 1961, p. 103.

10 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado...*, t. I, p. 516.

Llegados a esta altura pasaré revista a las nociones que integran la teoría del órgano, para luego ensayar las críticas que pueden formularse en aras de superar sus postulados organizativos.

Esta formulación se basa en la inexistencia de la relación jurídica de representación entre el órgano y la organización, en virtud de que ambos son expresión de una misma realidad que es la persona jurídica. Por esto se explica que entre la noción de órgano y la de representación hay una diferencia esencial. La calidad de representante deriva de una norma o acto precedente; en cambio la calidad de órgano deriva de la propia constitución de la persona moral: integra la estructura de ésta y forma parte de ella. El órgano nace con la persona jurídica¹¹.

Dicho en otras palabras, el órgano deriva de la propia persona jurídica por ser elemento integrante de su estructura; al actuar el órgano actúa la persona jurídica, no existiendo vínculos de representación entre ambos¹². De esta forma no actúa en base a un vínculo exterior con la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización.

La dinámica de su actuación resulta explicada en base a la existencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se caracteriza por un “haz de competencias” que resultan integradas en un cúmulo de potestades. El segundo se encuentra referido a la persona física del funcionario que actúa al órgano en los aspectos que hacen a su voluntad y capacidad, contextualizada dentro del “principio de especialidad” por virtud del cual se imputa al órgano la expresión de voluntad del acto administrativo. Ello llevó a la doctrina a conformar una “idea unitaria” sobre el órgano para así unificar el haz de imputaciones de órgano físico - órgano institución, por cuanto ninguno de estos tiene existencia autónoma.

1. Crítica a la teoría

En síntesis, puede decirse con Santi Romano¹³ que el principal carácter distintivo del órgano no está en su función, sino, todavía antes, en su compenetración con un ente jurídico, el cual recurre para la obtención de sus fines, a personas que, prestándole su propia voluntad, y su propia actividad, desaparecen en los engranajes del conjunto, transformándose en medios idóneos para hacerle querer y obrar. Esta y todas las explicaciones nos retrotraen a las nociones extraídas desde Jellinek a Forsthoff en torno a la importancia de la figura: es el órgano quien actúa o hace actuar al Estado. Se preguntará el lector el porque de la crítica desde su aspecto fundante.

La crítica inicial apunta a denotar que el enfoque expuesto trae como consecuencia que se desentienda de la organización y su conjunto, pero se interese por el órgano. Vale decir, se liga Estado-Órgano pero con prescindencia de toda vinculación con la

11 MARIENHOFF, *ob. cit.*, p. 518.

12 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, pp.60 y ss. El autor demuestra la importancia de esta formulación teórica a partir de los presupuestos de configuración de la responsabilidad estatal, enseñando que “es presupuesto para la existencia de responsabilidad la conducta de un órgano o funcionario que le sea jurídicamente imputable, y de ahí la importancia de establecer cómo se imputa la voluntad al órgano estatal”. Y señala luego: “La Corte Suprema nacional ha dicho en este sentido que la actividad de los órganos y funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”. (autor y obra citados, p. 161).

13 SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico voz órgano*, Milán, 1983, p. 148.

organización -o repartición pública- en la que se haya inserto el órgano. Su efecto será, como lo señala Palomar Olmeda, “el abandono científico de la organización administrativa”¹⁴.

A la luz de esta teoría, un sector de la doctrina italiana encarnada en Sabino Cassese, se encarga de señalar que “una organización en sentido propio, como conjunto de órganos, no existe siquiera, ni puede existir, si la unidad de los órganos se realiza en el Estado - persona”¹⁵. Así se critica a la teoría puesto que el enfoque propuesto resulta parcial y no abarca el fenómeno en su conjunto, sino solo en cada una de sus partes, engendrando importantes disfunciones, como por ejemplo en el régimen de la responsabilidad del Estado, y la difusa imputación a los agentes públicos. Ello se aprecia a poco que se comprenda que si bien la función del órgano es la de permitir obrar al Estado, siendo el órgano el individuo; este al no identificarse completamente con aquel por ser solo su titular y necesitar del “elemento objetivo”, torna difusa la imputación del acto y el deslinde de responsabilidades, ya que, por ejemplo, ¿es responsable el órgano Director General o la persona que lo encarna?

Le sigue a su vez otra duda, si el órgano se integra por un sujeto bajo un supuesto régimen de responsabilidad de funcionarios públicos, ¿como puede suceder que luego se imputen todas las consecuencias de sus actos al Estado? Y concediendo que se distingan hipótesis en las cuales ciertos efectos del acto recaigan sobre el funcionario, ¿puede el órgano para algunos efectos ser parte del Estado, y para otros no serlo?

Relativa a la desconexión del órgano con las relaciones y los circuitos administrativos internos de cada repartición, cuadra recrear una observación formulada por Cassese: ¿que relación existe entre el Estado y sus órganos y entre los propios órganos? Al no ser los órganos personas jurídicas, no podrían existir relaciones entre el Estado y los órganos, ni entre los órganos entre sí¹⁶.

En este sentido denuncia Cassese que detrás de la unidad de la persona-Estado se vienen a esconder, algunos de los problemas mas importantes del derecho administrativo moderno, aquellos relativos a la relación jurídica entre órganos, cuya complejidad es tal que requiere no sólo una minuciosa regulación procedimental (que establece qué órgano toma la iniciativa, cuál dicta el acto, y cuál lo controla), sino el recurso frecuente a acuerdos, con los cuales los órganos públicos, después de haber negociado al igual que los particulares, estipulan contratos relativos a obligaciones recíprocas.

Puede afirmarse sin hesitar que esta desconexión es la pretendida por esta teoría. Piénsese en sus consecuencias: no justiciabilidad de toda la actividad administrativa que no ocasione efectos jurídicos directos a terceros, pero que sin embargo pueda generar efectos indirectos por los perjuicios al erario público o la insatisfacción del interés público que puedan ocasionar las distintas formas del relacionamiento administrativo, y los consecuentes actos de administración. Piénsese asimismo en los males que aquejan a nuestra Administración: excesiva presupuestación para satisfacer a un núcleo mínimo de necesidades, o el geométrico crecimiento del aparato administrativo mediante la incorporación incontrolada de agentes.

14 PALOMAR OLMEDA, Alberto, “La organización administrativa: tendencias y situación actual”, Introducción, Ed. Comares, Granada 1998, p. XIII. Allí remarca la importancia del estudio contextualizado y regionalmente situado de la organización administrativa, al decir: “no puede dissociarse el estudio de la organización de la Administración misma y ésta, a su vez, del modelo de sociedad a la que aquella sirve. Aquí ha habido cambios notables con una incidencia plural que han transformado los esquemas preexistentes. De esta forma, el modelo de sociedad es un condicionante evidente de todo cuanto se refiere a la Administración pública”.

15 CASSESE, Sabino, *Las Bases del Derecho Administrativo*, p 132.

16 Autor y obra citada, p. 133.

Se sigue la peligrosa afirmación de que si tales relaciones, Estado - órgano, u órganos entre sí, no son relaciones jurídicas, no son actos administrativos por no trascender en sus efectos a los particulares. Esta suerte de actos son los que Marienhoff llamaba actos de administración. Desde esta postura, tradicionalmente aceptada por la praxis burocrática, estos actos se encontrarían dentro de la zona de reserva, y consecuentemente exentos de revisión judicial y fuera del control tanto legislativo cuanto de los órganos extra-poder.

Sin embargo aclaro que -en el caso argentino- frente a dicha postura, se inscribe otra que comparto plenamente y que parte de sostener que en “nuestro sistema constitucional, por imperio de los arts. 18, 109, y 116 de la Constitución argentina, no puede en caso alguno excluirse la revisión judicial plena de cualquier acto estatal”¹⁷. En el capítulo respectivo será abordada con mayor precisión.

Apreciará el lector que esta teoría del órgano acarrea otras consecuencias jurídicas:

En primer lugar, se encuentra a un órgano investido de potestades y facultades para actuar en el mundo jurídico. Esto se traduce en la posibilidad del funcionario de establecer normas, dictar actos administrativos y en definitiva, realizar afectaciones presupuestarias y obligar patrimonialmente a la administración con entera libertad, ya que no es pasible de las sanciones por mandatario infiel, por la inexistencia de la relación de mandato.

En segundo lugar, se aprecia que el funcionario u “órgano persona” es parte integrante de la repartición o persona pública estatal. Pero adviértase con claridad que dicho órgano no es sujeto de derecho¹⁸. Ello acarrea dos consecuencias: la primera que no le es alcanzado el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado, y que aun en los casos en que le quepa responsabilidad esta nunca tendrá la entidad y alcances que aquél. La segunda es la relativa a la escasa posibilidad de control administrativo y reproche personal sobre los actos y compromisos a los que anude a la Administración, ya que al obligar a aquella y no tener esta personalidad jurídica¹⁹, solo será posible auditar, controlar o enjuiciar a aquella y no a éste.

Finalmente, y en los aspectos organizativos que aquí interesan, se la crítica por su pretendida contribución a la “impersonalidad del poder”, a la que llega la teoría al proponer que “no es el Estado sino sus órganos los que estipulan los contratos”. Ello fue muy loable en el contexto histórico en el cual se formuló, pero ya no es más predicable.

Adviértase que lo pretendido fue “hacer impersonal el poder del soberano, desvinculando el Estado de la figura del monarca y sometiendo el mismo monarca al Estado y al derecho, allí donde, precedentemente, el monarca era soberano del Estado y sobre el Derecho. Por tanto la primera exigencia a resolver era la de permitir el paso del Estado absoluto al Estado de Derecho”²⁰. Sin embargo, hoy día no puede sostenerse la “imper-

17 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, p. I-7

18 CASSAGNE, *ob. cit.*, p. 162. Siguiendo la obra del autor uruguayo Aparicio MÉNDEZ, enseña que “la relación orgánica suele ser distinguida de la relación de servicio. En la primera, la persona física titular del órgano actúa en la organización, identificándose con ella, mientras que en la relación de servicio el agente público es titular de derechos y obligaciones entablándose una relación jurídica de tipo inter subjetiva”.

19 No es casual el énfasis con el cual MARIENHOFF señaló esta circunstancia. En reiterados pasajes de su obra se encargo de puntualizar: “los órganos que, como tales, integran una persona jurídica, no pueden considerarse como sujetos de derecho, con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. La personalidad, en tal caso, le corresponde a la persona jurídica...los meros órganos de una entidad no tienen personalidad: no son sujetos de derecho...Así, los órganos legislativo, judicial y ejecutivo, integrantes de la persona jurídica estado, carecen de personalidad, la cual le corresponde al estado.” (autor y obra citada, t. I, pp. 520-521).

20 CASSESE, Sabino, *ob. cit.*, p. 134.

sonalidad del poder” por el hecho de encontrar una Administración apropiada por el Estado. No existe más la necesidad de suponer la existencia de una ficción jurídica para “despojar a sus ejecutores de su capacidad de desear intereses personales, porque basta que los titulares de los órganos estén al servicio del pueblo soberano”. Así, si para Europa vale la máxima de “los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación”, a nosotros nos basta el principio representativo contenido en la manda del art. 22 de la Constitución Nacional: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”.

De esta forma, si bien esta teoría significó un avance en la conformación de la voluntad administrativa, no puede desconocerse que en los términos actuales de conformación del Estado, se contribuyó a conformar un vallado al control y un principio de desconexión en los circuitos administrativos, y en la organización administrativa en su totalidad. Finalmente, sobre estas conclusiones, deberá erigirse una nueva teorización en la cual sea la organización administrativa y no el órgano quien tenga el lugar preponderante.

III. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Se entienden por tales a aquellos de los cuales surgen reglas y normas organizativas dirigidas a establecer, ordenar, y regular las relaciones entre los componentes de la organización administrativa, la cual comprende tanto a las relaciones “interorgánicas” cuanto a las “intersubjetivas”. Si bien la generalidad de la doctrina se ha ocupado de su distinción, debe precisarse que por relación interorgánica se entiende a las que se refieren al ejercicio de las potestades de los poderes públicos frente a otros poderes públicos, las cuales, como se vio, tienen como partes a figuras subjetivas que no son necesariamente sujetos. Por su parte, las intersubjetivas consisten en relaciones que se dan entre figuras subjetivas que tienen la “cualidad” de sujetos²¹. Recuérdese que en su acepción doctrinaria tradicional, sólo las últimas resultan controlables. Es por esto que, como fuere adelantado, se propondrá el control y revisión pleno de los actos anudados bajo relaciones interorgánicas; no sólo por virtud del principio de plena revisión, sino básicamente porque todas estas relaciones, son relaciones jurídicas²².

Ello supondrá, que los principios jurídicos de organización administrativa sean formulados no ya desde la prerrogativa o privilegio estatal, sino en garantía y seguridad del particular para exigir una administración eficiente, contextualizada en un marco de ac-

21 GIANNINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 285.

22 Esta es una postura que se abre paso día a día en la doctrina. Autores como GORDILLO, BIDART CAMPOS, SPISSO y tantos otros han ya teorizado con mucha mayor profundidad las implicancias de este pensamiento. Por ello para una mejor comprensión del tema, sugiero al lector ahondar en el análisis de sus textos. No obstante ello, me parece oportuno citar las expresiones del célebre catedrático italiano Massimo GIANNINI, quien al respecto señaló: “las relaciones interorgánicas no formalizadas son también relaciones jurídicas: la relación entre el soberano absoluto y los estados generales es una relación jurídicamente definible. En el estado moderno existe la formalización de dichas relaciones no solo en el sentido de una mayor extensión, sino también en el sentido de que se da un principio general de organización que impone esta definición como una regla; es decir, un principio normativo de formalización. La función de dicho principio está vivamente debatida entre sociólogos y políticos: garantías de las libertades, equilibrio de poderes, control recíproco de poderes, necesidad de asegurar niveles mínimos y máximos para el desarrollo de funciones. Es probable que en el terreno jurídico no se pueda individualizar una sola función, sino que antes bien existan todas al mismo tiempo”. (obra y autor citado, nota a la p. 286).

tuación temporal y regional determinado. Desde esta perspectiva la organización administrativa argentina para lograr su legitimidad necesita satisfacer las garantías constitucionales consagradas por el ordenamiento supranacional de los derechos humanos, lo cual implicará una adecuación de los principios rectores de su estructura -a abordar a continuación- al igual que el procedimiento.

Al estudiarse “los principios”, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, y las normas de procedimiento administrativo, hacen alusión a los siguientes: Jerarquía, competencia, avocación-delegación, y centralización-descentralización.

En su acepción tradicional ello obedece a que constituyen los pilares básicos sobre los cuales se organiza y estructura el andamiaje del poder estatal. Como lo señalara Marienhoff: “esencialmente, el poder de organización se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias, o más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos”²³. A lo que pueden agregarse las reflexiones de Diez, para quien la organización administrativa es “un conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo” siendo su finalidad esencial “la coordinación entre los distintos organismos”. Desde esta perspectiva, expone con claridad que por organización administrativa ha de entenderse: “el conjunto de reglas de derecho que determina la competencia de los órganos por los cuales manifiesta su voluntad el Estado, sus relaciones jerárquicas, su situación jurídica, su forma de actuar, cómo debe controlarse su acción, cómo debe coordinarse en interés de la unidad del Estado”²⁴.

Si bien estos principios serán analizados a continuación, entiendo que a partir del impacto de la supranacionalidad y la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, la organización administrativa será vista -insisto- como garantía del particular, todo lo cual contribuirá al reconocimiento de “otros principios”, que aseguren esta pretendida vigencia. Me refiero a los siguientes: publicidad de los actos de gobierno, cooperación, programación - desarrollo y control de gestión, servicio efectivo.

A continuación analizaré el contenido de los principios expuestos.

1. Jerarquía

No cabe duda de que se trata de un principio esencial y que permite explicar en la historia la organización y funcionamiento de toda estructura de poder, sea político, económico o religioso. Pero como tal, no cabe establecer un contenido universalmente predicable a todas las estructuras, sino que su formulación debe respetar la peculiaridad de cada ámbito de aplicación. O dicho de otra forma, no puede sostenerse su importación acrítica de un modelo junto con sus respectivas construcciones jurisprudenciales.

Si bien se trata de un principio basal, para su aplicación deberán observarse las distintas graduaciones vinculadas a las circunstancias fácticas y momento histórico de una organización, las amplitudes normativas, las garantías constitucionales y la concepción filosófica política del poder y la libertad imperantes en el Estado que se trate²⁵.

23 Autor y obra citada, t. I, p. 511. En sentido concordante, FORSTHOFF, SPIEGEL, y ALESSI.

24 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, pp. 21, 22.

25 El método de análisis expuesto permite apreciar la inaplicabilidad de los conceptos construidos por MARIENHOFF a las relaciones de empleo y función pública establecidos con posterioridad a la Reforma constitucional del 1994, en virtud del impacto del ordenamiento supranacional de Derechos Humanos.

La importancia de reparar en estas aclaraciones previas se comprende a poco de reparar en el impacto que posee su tratamiento normativo. Es valor entendido que el principio de jerarquía “ha sido siempre un instrumento político fundamental cuyas consecuencias jurídicas negativas se han conocido desde antiguo, aunque curiosamente la Ciencia de la Administración no se ha preocupado de analizar el fenómeno y describirlo”²⁶. Se explica entonces la necesidad de iniciar una reconstrucción teórica. Si bien excede el objeto del presente, baste con formular algunas apreciaciones que partiendo de formulaciones hipotéticas orienten en futuros estudios. Para ello y procurando una mejor claridad expositiva, iniciaré reseñando la concepción tradicional.

La doctrina definió a la jerarquía como “el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados”. Se trata del principio que los reduce a unidad dado que constituye una relación entre órganos de una misma persona jurídica²⁷.

En los términos de Villegas Basavilbaso, el principio es visto como “una relación de superioridad de los órganos superiores respecto de los inferiores”²⁸, y años más tarde Marienhoff reitera la caracterización en estos términos: “la relación de supremacía de los funcionarios superiores respecto a los inferiores y de subordinación de estos a aquellos”²⁹.

Por su parte, Rafael Bielsa definió la jerarquía en idénticos términos³⁰. Solo añadió: “la dependencia de los funcionarios referida a un centro constituye, pues, base o sistema de coordinación, y considerando este sistema respecto de los funcionarios, forma lo que se llama “jerarquía administrativa”³¹.

Se puede establecer en la doctrina contemporánea, encarnada en el Profesor Gordillo, una sistematización de las nociones anteriores. El autor encuentra en la jerarquía “una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar la unidad de acción”³².

Finalmente en el plano comparado interesa rescatar la noción de Baena de Alcázar, quien se ajusta al concepto de Gordillo en estos términos:

[...] la vertebración de las organizaciones mediante la distribución de los órganos en escalones sucesivos subordinados unos a otros, existiendo en dicha organización unas relaciones despersonalizadas que se basan en la obediencia a los titulares de los órganos de acuerdo con normas reglamentarias³³.

Con exacerbación del poder por sobre la libertad, en forma terminante MARIENHOFF iniciaba su explicación sobre el principio de jerarquía diciendo: “no se concibe una organización administrativa donde todos los individuos adscritos a ella -funcionarios y empleados- tuvieren igual rango, lo cual impediría que unos dieran órdenes y otros las cumplieren...imperaría el caos y todo sería inoperante. De ahí la existencia de superiores y de inferiores vinculados entre sí por una relación de supremacía y de subordinación”. (Autor citado, *Tratado...* t.I, p. 591, acápite 191).

26 PALOMAR OLMEDA, *ob. cit.*, p. 92, siguiendo a NIETO GARCÍA, “La jerarquía administrativa”, *Doc. Administrativa* n° 229 (enero-marzo 1992).

27 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I p. 184, siguiendo las formulaciones de los autores españoles SANTA MARÍA DE PAREDES y GALLEGO ANABITARTE.

28 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 270.

29 Autor y obra citados, t. I, p. 592.

30 Si el lector compara las fuentes de las notas al pie de los autores citados descubrirá que la identidad textual de conceptos obedece a haber extractado la noción brindada por el Profesor uruguayo Aparicio MÉNDEZ en sus obras *Teoría del Órgano y La Jerarquía* (pp. 33 y ss.).

31 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 14.

32 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. XII-31. No hay duda de la claridad expositiva que refleja su definición dado que atempera el rigor exacerbado de las formulaciones anteriormente comentadas.

33 BAENA DE ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Madrid 1985, p. 73.

Caracterizando sus elementos explica la doctrina que la línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos en sentido vertical, siendo que el grado es la situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea³⁴. De esta manera la relación jerárquica se determinará siempre que haya superioridad de grado en la línea de competencia y al mismo tiempo identidad de competencia en razón de la materia entre los órganos superior-inferior³⁵.

De las nociones expuestas se aprecia que durante casi cien años, tanto en el derecho argentino como en el comparado, el concepto “jerarquía” no ha sido para los autores mas que el agrupamiento de “una serie de órganos”³⁶ bajo una intensa potestad de sujeción, llamada “poder jerárquico”³⁷. Esto engendró algunas consecuencias.

En primer lugar “el poder jerárquico” determinó una vinculación de connotaciones negativas propias de la relación feudo-vasállica, por implicar “el sometimiento de unos funcionarios a la autoridad de otros”³⁸. Esta es la concreción del concepto “subordinación”, manifestado por el “deber de obediencia”. En este orden de ideas se sostuvo que “la subordinación tiene carácter absoluto” pudiendo también incidir en la vida privada del funcionario. Ahondando esta línea argumental se llegó a sostener, incluso en el ordenamiento positivo, que “para algunos funcionarios ese deber es mas riguroso que para otros; así ciertas categorías deben requerir autorización para contraer matrimonio, suministrando al respecto los datos personales del futuro cónyuge”³⁹.

Si bien estos conceptos han perdido legitimidad, sus formulaciones teóricas y previsiones normativas al mantenerse incólumes, reclaman de un profundo replanteo de las categorías desde las cuales se teorizó.

En segundo lugar, al llevar implicada una relación de superioridad de órganos incardinados bajo los principios de línea y grado, reduce la organización a esto: una serie de órganos. Esto genera otra connotación negativa consistente en la más absoluta despersonalización de la relación jerárquica. Este rasgo fundante de la organización burocrática ha demostrado ser rígido, poco dinámico e ineficaz. Sugiero reparar en lo siguiente:

El proceso de plasmación normativa de las principales potestades y efectos de la jerarquía, fue contemporáneo con el modelo de burocracia construido por Weber a principios del siglo XX. Este modelo contendría tres características estructurales típicas: la rígida división del trabajo por competencias, establecida a través de normas objetivas, que constituiría la dimensión horizontal del modelo; la continuidad de los órganos administrativos y la estructura jerárquica, que completaría el modelo en su dimensión vertical⁴⁰.

En su contexto histórico, esta estructura de órganos alineados en relación jerárquica, dio respuesta a la exigencia de la revolución industrial de decisiones rápidas y previsibles, estableciendo una red geométrica de estructuras y procesos diferenciados. De esta

34 CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 184.

35 GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, p. XII-32. En estos términos explica la tradicional “organización administrativa lineal”, con una dirección en estricta línea jerárquica directa. Sin embargo resulta de interés sus innovadoras apreciaciones que se citan a continuación: “se propugna el sistema de doble o múltiple comando, en el cual se admite la relación de jerarquía, no solo por parte de los superiores jerárquicos directos, sino también por parte de otros superiores, siempre, desde luego, que las ordenes se refieran a las tareas propias del inferior”.

36 NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 23.

37 V., BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p. 15.

38 BIELSA, *op. cit.*, p. 15.

39 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado...*, t. I, Ed Abeledo Perrot, edición 1964, pp. 595-596.

40 Para una mejor comprensión de las ideas expuestas se sugiere consultar la obra de WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

manera, las formas de legitimidad surgidas con el ideal racional-weberiano partían de un ejercicio del poder rigurosamente impersonal. Con tales elementos este esquema implicó un gran avance ya que superó el desorden y la tortuosa arbitrariedad de las antiguas administraciones señoriales.

Es entonces que tienen nacimiento algunas de las potestades inherentes a la jerarquía, que la doctrina uniformemente calificó como de: dirección, supervisión, revisión de actos y fiscalización⁴¹.

Pero esa situación compatible con el bajo nivel de prestaciones que el Estado de principios del siglo XX debía asumir, resultó menos adecuada al aumentar el intervencionismo estatal y al modificarse luego sus fines. Los ulteriores procesos políticos y económicos provocaron un cambio de tal entidad que tornaron obsoleta esta estructura de trabajo. Ello determinó -en algunos modelos- que el poder impersonal, cuya expresión paradigmática sería la máxima “gobierno de las leyes y no de los hombres”⁴², fuese adquiriendo características cada día más personalizadas. La introducción de grupos antagónicos en el poder modificó el proceso decisorio y la base de legitimación, que si antes se fundamentaba en la superioridad del poder impersonal, ahora lo es en la relación personal, basada más en el resultado y la eficiencia que en la legalidad o conformidad con los procedimientos⁴³.

Sin embargo, en otros modelos como el nuestro, a contrario del cambio operado en el plano filosófico Político y el rol de Estado, se solidificaron los postulados de la jerarquía, se mantuvieron -en algunos casos se forzaron- las facultades que el poder jerárquico entrañaba, generándose una disfuncionalidad y consecuente pérdida de legitimidad del ordenamiento⁴⁴.

Sólo en fechas relativamente recientes ha sido sustituida esta visión material por otra muy distinta que centra la jerarquía no en órganos sino en el modo peculiar en que estos se estructuran, sustituyéndose la dependencia orgánica por la dependencia funcional, dadas las fuertes críticas que se le han formulado y la deslegitimación que el “valor social jerarquía” ha experimentado en los últimos años. Así señala Santamaría Pastor que a este fenómeno de descrédito contribuye la desconexión entre el principio real de jerarquía y la jerarquía funcionarial.

De allí, la moderna tendencia de la organización administrativa de recurrir a organigramas matriciales con desconcentración de los niveles de decisión, que sustituyan las vetustas estructuras piramidales basadas en rígidas líneas de mando. Esto demuestra la necesidad de replantear el alcance del poder de dirección y de las técnicas para dirigir, más allá de las “autorictas personales”⁴⁵, la que debe ser reemplazada por el liderazgo de la persuasión.

41 En la doctrina argentina, CASSAGNE ha sistematizado los principales efectos que se derivan de dichas potestades nacidas de la relación jerárquica. Por ello recomiendo ampliar en su obra (autor y obra citada, pp. 184 y ss.).

42 En este punto se recomienda ampliar en la obra de BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 1984, pp.148 y ss.

43 Sobre las cuestiones relativas al policy-making se sugiere ampliar en la obra de SUBIRATS, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Parte I, INAP, Madrid,

44 Debe advertir el lector que España no ha sido ajena a la disfuncionalidad denunciada. Prueba de ello lo constituyen diversas previsiones de la “Ley de Procedimiento Administrativo” del 17 de julio de 1958, que exteriorizan las potestades jerárquicas criticadas. Así a las potestades de dirección del art. 7º le corresponden estrictas de avocación y sujeción del art. 8 incs. “cuatro” y “cinco” mediante las cuales se prohíbe a los inferiores “requerir de incompetencia a otro jerárquicamente superior”, y se autoriza a los superiores a resolver su competencia “si así lo entienden”. (*Procedimiento Administrativo*, Ed Segura, Madrid, 1983).

45 Autor citado, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1998, p. 943. En igual sentido ver en OLMEDA, Palomar, *ob. cit.*, p. 95.

Debido a que las principales facultades y efectos que confiere la jerarquía se nuclean en torno a diversas potestades como las de avocación y delegación, entiendo necesario formular a continuación algunas consideraciones relativas a su atributo fundamental: la potestad.

A. Referencia sobre la noción de potestad

Enseñaba Santi Romano que en la escala de las manifestaciones jurídicas subjetivas, el poder y la potestad aparecen muchas veces como un momento intermedio entre la capacidad y el derecho subjetivo: es consiguiente a la primera, pero precedente respecto del segundo, un preliminar y un presupuesto de este último, como la capacidad es preliminar y presupuesto del poder. De ello se sigue que un poder, como manifestación directa y primaria de la capacidad jurídica, no puede ejercitarse más que en el presupuesto de que se tenga un cierto derecho o título jurídico preexistente⁴⁶. Por esto no se traduce en una relación, está por encima de las relaciones singulares y es limitado y condicionado -en su vigencia- al respeto de esos “límites”. De esta forma se presentan deberes negativos, atinentes a la observancia de sus límites, y positivos por los cuales deviene obligatorio ejercitarlo de un modo determinado. Esto último funda el carácter de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de la prerrogativa, que dará como consecuencia la distinción entre “potestad” y “derecho subjetivo”, que impide hablar de derechos potestativos y su consecuente posibilidad de renuncia. Las notas que los distinguen son las siguientes:

En primer lugar, la potestad es general, y ejercida sobre una pluralidad de personas, sea esta determinada o no. Ello determina que en su ejercicio, dicho poder, continúa único e inagotablemente idéntico no resolviéndose en tantos poderes distintos cuantos sean aquellos casos en los que se verifican sus relaciones.⁴⁷ Esto último, como sucede en el plano relacional de los derechos subjetivos que se despliegan y se contienen dentro del círculo de una actual y concreta relación con una cosa y un sujeto determinado.

En segundo lugar, la potestad que es normativamente habilitada por el principio de legalidad preexiste a las relaciones y derechos que por consecuencia serán anudadas. Luego se afirma la posibilidad de que del ejercicio de un poder nazcan relaciones jurídicas. En cambio el derecho subjetivo es una posición jurídica establecida en el contexto de una relación, si bien creada su favor por el derecho objetivo mediante un concreto mandato jurídico pero que no la preexiste; del derecho subjetivo no nacen relaciones jurídicas.

Corolario de la anterior es la siguiente; la potestad no es facultativa, los derechos sí. Todo derecho subjetivo se resuelve en un número más o menos amplio de facultades, las cuales son pasibles de renuncia y de subrogación. La potestad es irrenunciable, debe ejercerse, y su no ejercicio a más de acarrear la responsabilidad estatal por omisión, legitima al particular a su reclamo judicial.

En cuanto la índole de las relaciones, en la de potestad se aprecia con mayor o menor intensidad una relación “de sujeción” en la que se encuentran los sujetos pasivos de ella.

Concretando la anterior se aprecia una distinción fundamental; la potestad entraña la competencia para el dictado de actos normativos, mientras que el derecho subjetivo es la cristalización del status jurídico enmarcado por la potestad normativa.

⁴⁶ ROMANO, Santi, Voz “poderes potestades”, *Diccionario Jurídico*, pp. 345 y ss.

⁴⁷ Es el principio formulado por Santi ROMANO de inagotabilidad e identidad del poder a través de los singulares ejercicios suyos, autor y obra citada, p. 319.

2. Competencia

Junto con el principio de jerarquía, constituye uno de los pilares fundantes de la organización administrativa en su acepción tradicional y elemento esencial de validez del acto administrativo, como -para el caso argentino- se establece en el art. 3° y 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos⁴⁸.

Se la entiende como el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer, siendo por ello una suerte de medida de las actividades que conforme el ordenamiento corresponden a cada órgano administrativo; es su aptitud legal de obrar⁴⁹. También se ha dicho que la competencia es lo que verdaderamente caracteriza a una repartición administrativa y la distingue de otra, en virtud de lo cual pudo ser definida como el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, o como la medida de la potestad atribuida a cada órgano⁵⁰.

Como lo enseña el Profesor argentino Dr. Julio Comadira; “la competencia surge, según los casos, de la Constitución, las leyes o los reglamentos dictados en su consecuencia. Es objetiva, ya que solo puede surgir de una norma”⁵¹.

Desde esta concepción doctrinaria se han enarbolado algunas de las siguientes consecuencias jurídicas: que la competencia es objetiva, por encontrar sus bases en una norma preexistente que perfila su aptitud con sustento en el principio de la especialidad, que es obligatoria, por el deber de efectuar la actividad dentro de las atribuciones conferidas, y, finalmente, su carácter de improrrogable e irrenunciable.

Sin embargo, la contracara de lo expuesto genera algunos interrogantes. Así, respecto de la obligatoriedad se afirma que por dicho carácter la competencia no constituye un derecho subjetivo. Precisamente, se sostiene que constituye una obligación del órgano dado que [la competencia] es un concepto de la esfera institucional, en la cual los derechos subjetivos son desconocidos⁵². Siendo ello así, podría pensarse que las cláusulas de las leyes de procedimientos administrativos se encuentran desvirtuadas, ya que al no reconocerse el derecho a reclamar su vigencia, se torna abstracta. Ergo, si no es exigible, lo obligatorio deviene en facultativo.

En base a la especialidad se sostiene que ella debe surgir de norma expresa, fundado en su distinción con la capacidad de los sujetos privados, por cuyo conducto se afirmó que la competencia es la excepción y la incompetencia la regla. Pero sucedió que paralelamente a la construcción del postulado de la permisión expresa, se erigieron las teorías de las competencias implícitas e inherentes, de lo cual resulta que además de lo expresamente establecido en la norma, el agente podrá realizar otras funciones no expresadas

48 El art. 3° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos n° 19549, establece: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario”. Por su parte el art. 7° inc. a), del citado cuerpo normativo, al establecer los requisitos esenciales del acto administrativo, estipula lo siguiente: “son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: competencia a) ser dictado por autoridad competente”.

49 GORDILLO, Agustín, obra citada, t. I, p. XII-8 siguiendo a SAYAGUÉS LASO.

50 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 570.

51 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p 116 y 117.

52 Cfr. MARIENHOFF, Miguel, obra citada, t. I, p. 571.

pero que condigan con la misma finalidad⁵³. Ergo, si para evaluar la validez de un acto administrativo debo atender a la finalidad y a lo implícito en lo expreso, me pregunto entonces cuál es la vigencia del principio de la competencia expresa.

Si bien el principio de competencia genera un sinnúmero de interrogantes que exceden al presente, las cuestiones planteadas evidencian la necesidad de un nuevo enfoque del tema, mediante el cual se conecten sus distintos niveles de argumentación, ya que como se verá el problema tiene su raíz en el campo normativo.

Si se analizan los textos legales, se verá que las competencias de las reparticiones son establecidas con carácter genérico. De la misma manera, la reglamentación, que debiera tener por objeto especificar las funciones establecidas por ley, las desarrolla de manera ambigua -cuando no yuxtapuesta- entre los diversos órganos que componen la repartición. Es lo que sucede con las llamadas “misiones y funciones” y las “responsabilidades primarias” que en lugar de establecer un núcleo de habilitaciones competenciales, se limitan a la enunciación de una cantidad de finalidades. Siendo ello así, los deberes de actuación quedan difusos y con ello se reduce el ámbito de certeza y la consecuente posibilidad de ejercer controles efectivos sobre el desempeño institucional de las áreas administrativas.

Así, creo necesario pensar en un punto de partida que permita reconectar la teorización de las competencias administrativas con una realidad que se nos muestra bien diversa. En primer lugar, puede postularse el reemplazo de la ecuación “competencia-deber”. Ello, dado que la praxis nos exhibe la complejidad, multiplicidad e imprevisibilidad de la acción estatal. Ésta, hace imposible la predeterminación de las competencias a través de normas precisas, ya que nunca se presenta la actividad administrativa como una traducción automática de prescripciones generales en prescripciones concretas⁵⁴.

De esta forma, ya no se hablará de la competencia como “medida de poder”, sino como atribución de funciones a los integrantes de un órgano estatal. De ello se sigue que si las grandes reparticiones del Estado tienen atribuciones en su conjunto y cada uno de los órganos que las componen tiene su propia competencia⁵⁵, ésta resulta sólo una unidad de medida de distribución interna de funciones.

Lo expuesto, si bien puede atenuar el contenido de los caracteres tradicionales, llevará consigo el desarrollo de otros principios de organización administrativa de cariz procedimental que permitirán una reconexión con los particulares, destinatarios del quehacer estatal. Tales principios serán analizados mas adelante.

3. Las técnicas erigidas a la jerarquía de principio

Hasta aquí se trataron aquellos principios de organización administrativa que resultan uniformemente receptados por los ordenamientos particulares, y, reconocidos, por la doctrina especializada como umbral mínimo de validez de cualquier diseño de repartición pública, sus reglamentos operativos y el régimen de validez de sus actos. Sin embargo, me parece útil plantear la necesidad de diferenciarlos respecto de otras técnicas

53 En este sentido, explica Juan Carlos CASSAGNE, que el principio de la especialidad no desplaza la posibilidad de que la aptitud del órgano surja en forma expresa o implícita de una norma. La especialidad surge de la finalidad de la norma. (Autor citado, *Derecho Administrativo*, pp. 208, 209).

54 Cfr. GIANNINI, Máximo, *op. cit.*, p. 240 y CASSESE, Sabino, *op. cit.*, p. 333.

55 Cfr. GIANNINI, *op. cit.*, p. 239.

organizativas, que tradicionalmente fueron equiparadas a la jerarquía de principios, acaso para legitimar actuaciones de poder, en algunos casos, con mengua de los derechos individuales. Así, se abordan seguidamente el contenido de las siguientes técnicas: avocación y delegación, centralización y descentralización.

A. Avocación y Delegación

Atributo de la potestad jerárquica, la avocación es la posibilidad de que el superior ejerza competencia que le corresponde al inferior. Con un criterio restrictivo de la competencia, hay autores que recaban la expresa habilitación legal para su ejercicio⁵⁶. Sin embargo el sistema que presentan las normas de procedimiento administrativo da cuenta de la creación de una autorización genérica salvo idoneidad específica o previsión legal en contrario.

A diferencia de la delegación en la cual los efectos son continuos hasta el acto de su revocación, en la primera no se precisa de un acto de autorización para ejercerla; en el ordenamiento ella surge como una potestad inherente a la superioridad jerárquica. Esto no resulta compartido por Gordillo quien señala que sus efectos se agotan con cada uno de sus ejercicios dado que es competencia primordial del inferior, mientras que en la delegación la competencia es del superior.

Es necesario distinguir la delegación de la descentralización, y la desconcentración, diciendo que en la primera de las figuras no se opera una modificación de las estructuras administrativas, como sí sucede en las restantes. La delegación es una técnica que sólo incide en la llamada “dinámica administrativa”, es un medio jurídico concreto e individual para desgravar en forma temporal, el peso del ejercicio de la competencia propia⁵⁷.

B. Centralización y Descentralización

Por intermedio de la centralización las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos superiores de la repartición de que se trate⁵⁸; de ahí que la desconcentración sea una técnica recurrible para su morigeración, por consistir en la atribución de “porciones de competencia” a órganos inferiores de la misma repartición, y por ello no es abordada aquí como un principio de organización administrativa.

Con acierto ha señalado Giannini que la descentralización “ha sido objeto de discusión mas por parte de políticos que por parte de los juristas, con un resultado de confusión nada común”⁵⁹. Formalmente se trata de un sistema contrario al de la centralización, en el cual se sustituyen las reglas jerárquicas por las de supervisión, que no es otra cosa que el poder de tutela exteriorizado en las previsiones del recurso de alzada previsto por las normas marco de procedimiento administrativo.

56 Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, GORDILLO entiende que su ejercicio no es legítimo salvo que la ley la haya autorizado, *op. cit.*, p. XII-26

57 Conf. Sostiene el Profesor Agustín GORDILLO, *op. cit.*, p. XII-23.

58 Así, sostiene GORDILLO que la centralización es el estadio más primitivo en la evolución estructural de la Administración Pública. (*Op. cit.*, p. XIV-1).

59 Autor y obra citados, p. 289.

Este es quizás el principio que apunta directamente al modelo de Estado ya que se identifica con la transferencia del poder desde una estructura centralizada a otros centros situados en la periferia que tienen, a partir del momento de la transferencia, poder de decisión sobre los asuntos y competencias objeto de la misma⁶⁰. Se distinguen dos clases; la territorial y la funcional. En esta segunda el acento se coloca no en el trasvase territorial sino en el trasvase funcional específico.

Entre los efectos jurídicos de la descentralización se cuentan: personalidad jurídica propia del organismo descentralizado, asignación de partida presupuestaria para su ejecución, y potestad de administrarse a sí mismas.

4. La jerarquización de otros principios

Mas arriba señalé que en mi opinión, la reformulación de los principios tradicionales de jerarquía y competencia precisaban no sólo del establecimiento de contornos más precisos, sino también del desarrollo de otros que establezcan mecanismos de inmediatez tanto de los particulares con la Administración cuanto de la organización pública entre sí. De allí su cariz procedimental.

Es útil aclarar que los principios que a continuación serán tratados modifican su concepción tradicional. Ello por cuanto los principios abordados fueron pensados como mecanismos auto-organizativos de circuitos y niveles internos de las estructuras burocráticas. Como contrapartida, esta nueva visión que dan los principios que se pasan a tratar, invita a su replanteo a la luz de la técnica constitucional argentina, que antepone el sistema de derechos al sistema de poder. Si bien un análisis de mayor extensión excede el propósito de este trabajo, me limitaré a su formulación y planteo de sus notas esenciales.

A. Publicidad de los actos de gobierno

Si bien se destaca el neto contenido procedimental de este principio, se enlaza con el principio de transparencia que es claramente instrumental en el ámbito de la Administración, introducido por conducto de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759 en adelante CICC). Así, su impacto en la organización administrativa reside en el deber que tiene la Administración de conformar su aparato burocrático y establecer sus circuitos internos de manera que se asegure al particular la publicidad de toda la gestión pública, entendida como el acceso en tiempo oportuno a la información adecuada y veraz de la gestión.

Por ejemplo, en materia contractual los efectos de la CICC determinan la obligatoriedad para la Administración de dar a publicidad -mediante su publicación en el Boletín Oficial- toda contratación administrativa, incluso las contrataciones directas. Con acierto señala Gordillo que con ello la Administración “no pierde la facultad de contratar directamente, pierde la facultad de hacerlo en secreto y sin debate. La contratación directa que conocíamos queda modificada para siempre con esta norma”⁶¹.

60 OLMEDA, Palomar, *ob. cit.*, p. 96.

61 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. XVI-13.

Asimismo este principio se encuentra reconocido -en Argentina- en el art. 1º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al establecer: “todos los actos de gobierno son públicos”.

Es claro que la mentada publicidad o “transparencia” es una forma de control de la actuación administrativa por la facultad que otorga al particular de conocer el funcionamiento de la Administración en general y de cada antecedente o expediente, en particular. Y sus consecuencias van mas allá de la toma de conocimiento y el acceso a la información: si la publicidad se integra como uno de los principios de la organización administrativa, y por imperio de la CICC de la contratación pública, de ello se sigue que su inobservancia por la Administración acarrea una violación estatal de tales principios, que habilitan la legitimación del particular para ocurrir a la sede judicial⁶².

Esta garantía se encuentra también reconocida en la Ley 104 de “acceso a la información” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al establecerse la facultad del particular de ejercer acciones judiciales expeditas para el acceso a la información. Más adelante volveré sobre algunas cuestiones que plantea el sistema.

Sin embargo con ello no basta. La formulación real del principio exige de la Administración su concreción en las distintas normas organizativas que deben ir recogiendo las diferentes formas de plasmar la transparencia, mediante técnicas que permitan su realización dentro de los circuitos internos de cada repartición⁶³, como condición de validez.

B. Cooperación

Unido al principio de coordinación, constituyen dos caras de una misma moneda y tienden a fomentar la interacción recíproca entre los distintos aparatos administrativos. Se encuentran llamados a regir el campo de las relaciones interorgánicas e intersubjetivas, y se refieren al conjunto de pautas de relación entre poderes. Así, partiendo del respeto a la “autonomía funcional” de cada parte o repartición pública, permite, mediante procedimientos acordados, el entendimiento de todos ellos.

Resáltese que su finalidad es garantizar al particular la toma de decisiones en forma conjunta por las distintas reparticiones en aquellos asuntos que afecten la determinación de competencias, o que las mismas resulten compartidas, o exijan articular una actividad común⁶⁴ la cual trascendiendo lo meramente potestativo, emerge como obligación jurídica para la Administración⁶⁵. Ya no basta el cumplimiento de metas o cometidos propios de cada repartición para excusar la responsabilidad del Estado, sino que reclama la acción conjunta de todo el aparato burocrático para la efectiva satisfacción del interés en juego.

62 GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, p. XVI-14, lo entiende como principio jurídico rector de la contratación pública conforme el art. III inc. 5º de la CICC.

63 Este tema ha sido mejor analizado por la doctrina española, destacándose la obra de SÁNCHEZ MORÓN, “El principio de participación en la Constitución Española”, *RAP* n° 89, Madrid, 1989, y OLEDA, Palomar, *op. cit.*, pp.116 y ss.

64 Se sugiere ampliar en la obra de HERNÁNDEZ LAFUENTE, “Coordinación, colaboración y cooperación. El desarrollo del principio de cooperación”, *El funcionamiento del Estado autonómico*, Madrid 1996.

65 Habrá de tenerse presente la opinión del Prof. CASSAGNE quien lo entiende en sentido diverso al de esta obra, al señalar que “en la doctrina no existe acuerdo acerca de algunos otros principios como el de unidad y el de coordinación. El mismo constituye en realidad un requisito de toda organización y su base, no revistiendo carácter jurídico” (autor citado, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 183).

Dada la virtualidad de constituir un supuesto de responsabilidad del Estado por omisión, es que sus alcances no se encuentran clarificados por la doctrina extranjera. Así se ha entendido que su observación es voluntaria para la Administración y por ello no necesita invocación expresa, siendo un “principio finalista que enlaza con el objetivo o fin a perseguir”. Esta postura resulta matizada por quienes analizan una serie de supuestos en los que existe cooperación forzosa impuesta por ley...es lo cierto que en los supuestos indicados se produce una sustitución de la voluntad por una imposición de la norma hasta el punto de que la cooperación podría no estar aquí bien utilizada como concepto jurídico. Sin embargo adviértase que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha matizado su configuración como “facultad de cooperación” hasta el punto de hablarse de un “deber de cooperación”⁶⁶. En el mismo sentido, con carácter instrumental y no material la jurisprudencia del citado Tribunal se ha pronunciado respecto del intercambio de información como elemento de cooperación.

C. Programación, desarrollo de objetivos y control de gestión

Hasta el momento la Administración ha utilizado la técnica de los objetivos esencialmente para confeccionar sus presupuestos. Sin embargo, es una crítica común la fuerte desconexión entre la actividad o circuito presupuestario y la gestión, dado que en muchos tramos del circuito ambas se ignoran mutuamente y conviven como si se tratase de realidades perfectamente diferenciadas. Como lo explica Palomar Olmeda, una vez definidos los objetivos macro, se convierten cada vez más en algo ajeno a los intereses de las propias organizaciones. De allí la importancia y necesidad de que las normas incorporen esta formulación como uno de los principios jurídicos de la organización administrativa.

Por esto parto de la hipótesis de que no puede existir legitimidad en la organización administrativa si no se erige al control, entendido como un conjunto de actos que van desde la programación, supervisión del desarrollo y culminan en la revisión de gestión, como uno de sus principios jurídicos rectores.

En este punto debo señalar que si bien esta noción fue trabajada en la doctrina comparada, su “idea” no es extraña a la tradición nacional y ha sido motivo de advertencia por el antiguo Publicista argentino Rodolfo Bullrich, quien en 1921 escribió:

“Si la administración pudiese obrar a su albedrío, sin ninguna restricción, sería de temer que se violaran los derechos individuales y se lesionaran los intereses de los ciudadanos, cuyo patrimonio se vería absorbido por las necesidades crecientes del erario, pues la administración tiene detrás de sí la fuerza entera del gobierno, de tal manera que el pueblo se haya en cierta medida a merced de ella.” Y más adelante agrega:

[...] cualquiera sea la organización de los poderes públicos, en una monarquía absoluta o en un régimen representativo, la gestión de la fortuna del Estado, deben estar resguardados por un contralor eficaz y una contabilidad ordenada. Toda gestión requiere un control, así como todo mandato implica una rendición de cuentas. No es necesario realizar un gran esfuerzo de análisis para discernir los intereses sociales y económicos que pone en juego el contralor administrativo. La prosperidad financiera del Estado depende tanto de una sabia administración de los dineros públicos basada en un control severo.⁶⁷

66 Se tratan de las sta. 80/1985 y 125/1988, comentadas en la obra de MORELL OCAÑA, “Una teoría de la cooperación”, *Documentación Administrativa* n° 240 (octubre-diciembre), Madrid, 1994.

67 BULLRICH, Rodolfo, “Curso de Derecho Administrativo...dictado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires por el Profesor Titular de la Materia”, Buenos Aires, 1932, pp. 112-113.

Esta ejecución por objetivos y por programas, implica una atenuación de las rígidas potestades de control jerárquico, y su reemplazo por técnicas que implican el autocontrol: en la medida en que se conocen y determinan a priori los requerimientos que la organización demanda de cada uno de sus componentes, se contribuye a una mejor medición de cumplimiento de los objetivos mediante el recurso a “indicadores de gestión”. Su importancia es más grande de lo presumible ya que pueden cumplir diferentes funciones, como el apoyo a la planificación y a la presupuestación, a la mejora de la gestión y la eficacia, y a la evaluación de políticas y programas públicos.

Piénsese, ¿Cómo podemos formular juicios de presupuestación y gestión si no contamos con evaluaciones de resultados para medir la idoneidad de la aplicación de los recursos?

D. Servicio efectivo

Lleva implicados los de participación y control por el particular. Tiende a que la Administración garantice al particular los siguientes extremos:

- a. la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración.
- b. la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinado al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes standards de calidad.

Este principio formulado desde la corriente del *new public management*⁶⁸, hace a la posibilidad de participación y control permanente de todo particular que entre en relación con la administración, y tiene como efecto obtener una mayor libertad en la gestión de recursos y personal, y una mas oportuna medición del rendimiento. Como lo destaca Palomar Olmeda, se apunta a una figura que comienza a tener cierta implantación y que se ha identificado con la denominación “cartas de servicios”, que constituyen un instrumento de compromiso sobre “standards de gestión y calidad”, al que pueden ligarse criterios de resarcimiento ante el mal funcionamiento del andamiaje burocrático. En suma, concluye el autor, “el potencial de las cartas consiste en expresar un consenso sobre un modelo social que afecta al comportamiento y las responsabilidades, a los derechos y deberes, a las expectativas y a la confianza de funcionarios y particulares”⁶⁹.

No escapará que este precepto tiene también un cariz procedimental ya que una de sus aristas se centrará en la garantía de efectividad de las normas de procedimiento administrativo.

68 Si bien se desarrollará en otra parte de este estudio, para una mejor comprensión del tema sugiero ampliar en las obras de LÖFFLER, “La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector público de los países de la O.C.D.E.” Documentos I.N.A.P. n° 8, Madrid, Julio 1996. También en LANE, Jan - Erik, *New Public Management*, Routledge, London, 2000

69 PALOMAR OLMEDA, *op. cit.*, p 125.

IV. REFLEXIONES FINALES

Los distintos modelos de organización administrativa desarrollados en los sistemas internos, me refiero en especial al caso argentino, no han sido pensadas desde la peculiar realidad a la cual debieran haber servido y que por ello, acaso no satisfagan las necesidades propias de sus contextos, agravándose ello a partir del reconocimiento de un proceso de crisis del Estado que desde tiempo atrás ha comenzado a transformar las esferas de actuación del poder.

Ello evidencia, que aún la teorización vigente no ha sido el producto de un pensar situado, sino que por el contrario ha sido el fruto de una incorporación acrítica de modelos. Es que, como señaló el politólogo norteamericano Dwight Waldo, varias décadas atrás: “El Estado es una institución humana, es humano de arriba abajo; no se basa solamente en un sistema formal, en capacidad y número, sino más aún en actitudes, entusiasmo y lealtad. No es ciertamente una máquina que se pueda desmontar, proyectar y montar de nuevo sobre la base de leyes mecánicas. Es más semejante a un organismo vivo. La reorganización del Estado no es una tarea mecánica. Es una tarea humana y ha de enfocarse como un problema de moral y de personal, a la vez que como una cuestión de lógica y organización”⁷⁰.

De ello se sigue que no puede disociarse el estudio de la Administración Pública misma, y, ésta, a su vez, de las especificidades del contexto al que se encuentra destinada a servir.

Siendo ello así, se piensa en la necesidad de reformular los postulados desde los cuales se construyó la concepción actual de la organización administrativa, que así permitan apprehender la nueva realidad que presentan nociones tales como la de “arena pública”⁷¹.

Relativo a la estructuración de sus principios jurídicos, estos podrán ser abordados no ya desde la prerrogativa, sino desde la óptica de los derechos fundamentales, con la consecuente vertebración de aquellas garantías instrumentales que otorguen a los individuos la posibilidad de utilizar herramientas concretas para exigir una administración eficiente, oportuna y eficaz, a partir de una reflexión contextualizada dentro de un marco de actuación temporal y espacial determinado.

Desde esta perspectiva, aprecio que la organización administrativa argentina, para lograr su legitimidad, necesita satisfacer las exigencias provenientes del plexo de derechos fundamentales especificados en su texto constitucional -con motivo de la reforma constitucional de 1994- no sólo por intermedio de sus nuevos derechos y garantías, sino por las ampliaciones producidas por intermedio de la recepción -en sus condiciones de vigencia- del orden público supranacional de los Derechos Humanos.

En consecuencia, lo anterior implica -desde mi perspectiva- la necesidad de que se produzcan en el plano normativo las adecuaciones necesarias y suficientes provenientes del nuevo orden constitucional -como plano superior- sobre los principios y reglas de organización, al igual que sobre el procedimiento administrativo.

70 WALDO, Dwight, *The administrative State*, Ronald Press Company, N.Y., 1961, p. 262.

71 Si bien la detenida consideración de esta noción excede en mucho el marco del presente, baste con señalar que “el paradigma de la arena pública comprende, por un lado, el espacio en el cual se desarrollan la actividad pública y el intercambio Estado- sociedad, y por el otro, es expresión de confin con la de “esfera pública” de origen habermasiano, que indica el espacio social en el cual se desarrollan diálogos y conflictos y que sirve para la transferencia de las demandas sociales al cuerpo político” (Cfr. SALOMONI, Jorge Luis, “Estudio Preliminar” en CASSESE, Sabino, *La Crisis del Estado*, p. 9).

Un pensar situado en esta materia debe partir de evaluar el modelo de estado, en crisis, dentro del cual se inscribe, ya que una organización administrativa establecida sin relación con la forma y la filosofía política del Estado en que funciona sería miope y estaría edificada sobre una base falsa. La organización administrativa debe llevar adelante la parte que le corresponde de las cargas del gobierno democrático. La administración sola, como fuerza social, es inadecuada⁷².

Es entonces que, para el caso concreto argentino -dentro de la realidad iberoamericana- el análisis debe tener su inicio en la consideración del impacto del orden público supranacional sobre nuestra organización administrativa, para que de manera efectiva, ésta, logre operar como una auténtica garantía instrumental para la protección y promoción de sus destinatarios, los particulares, individuales y colectivos.

72 WALDO, Dwight, *ob. cit.*, p. 264.