

XVII JORNADAS Y

VII

**INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA**

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS - UNNE**

Compilación:

Alba Esther de Bianchetti

2021

Corrientes - Argentina



XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad

de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ;

compilación de Alba Esther De Bianchetti.- 1a ed compendiada.- Corrientes :

Moglia Ediciones, 2021.

552 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-393-1

1. Comunicación Científica. 2. Derecho. I. Aiub, Karen Alicia. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.072



ISBN N° 978-987-619-393-1

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliaibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2021

PALABRAS PRELIMINARES

Estamos presentando a la comunidad universitaria la Revista de las XVII Jornadas Nacionales y VII Jornadas Internacionales de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, espacio que ininterrumpidamente desde el año 2006 publica artículos científicos y avances en las investigaciones de docentes investigadores, becarias, becarios, tesistas y estudiantes avanzados de esta Casa de Altos Estudios y de otras universidades nacionales y del extranjero, donde se informan de la marcha de los proyectos de investigación, se exponen las respuestas logradas en el estudio de la realidad jurídica, social y política, desde una mirada rigurosa, metodológica y crítica, propia de la actividad universitaria seria y orientada a realizar aportes decididos para la transformación de la sociedad.

Esta Revista también es una demostración clara de la comunidad universitaria por desempeñar un activo rol de liderazgo en materia de investigación en la Región NEA y en la Argentina, fomentado la apertura y el diálogo entre nuestra Universidad y las instituciones públicas y de la sociedad civil. Hacemos ciencia jurídica y social porque queremos recuperar esa vocación por ser una usina de ideas renovadoras de la agenda pública y el espacio óptimo para que la ciudadanía encuentre respuestas científicas y técnicas a los problemas de su tiempo, produciendo y difundiendo soluciones innovadoras a los problemas de los poderes estatales, de la actividad privada, de las empresas, de las entidades sin fines de lucro, de las organizaciones sociales, de las minorías, de los pueblos originarios y de las personas que integran una sociedad diversa, abierta y democrática.

La sociedad argentina, que financia a esta Universidad Pública, laica, científica, de calidad y excelencia académica, espera que hagamos ciencia en libertad ejerciendo el pensamiento crítico, creando conocimiento con criterio académico libre y con ética, con voluntad de alcanzar la raíz y las consecuencias previsibles de nuestro tema de estudio, aportando análisis, síntesis, discusiones, conclusiones y propuestas de solución concreta, rigurosa y completa a los problemas de la realidad jurídica y social.

Por estas razones, el impacto de la investigación jurídica es clave para trasladar estos conocimientos nuevos al aula formando profesionales con mayor rigurosidad técnica y científica, capaces de comprender y aplicar el derecho, de desarrollar un pensamiento crítico para transformar las instituciones jurídicas. Además, investigar es central para aportar al diagnóstico acertado de los problemas jurídicos y sociales encontrando soluciones racionales y justas para el cumplimiento de los propósitos de la Constitución Nacional, para mejorar la calidad de vida en nuestras comunidades y lograr una Justicia independiente y moderna. Y también, internamente, hacer ciencia es clave para el cumplimiento de las misiones básicas de docencia, investigación, extensión e internacionalización, tratando que la función de las investigadoras e investigadores no se desnaturalice en meras acreditaciones y buenos “papers” presentados, sino que logren un impacto directo en la vida cotidiana de nuestra comunidad que, con esfuerzo, sostiene a la educación superior como un derecho humano fundamental, un servicio público con función social y una responsabilidad indelegable del Estado.

Amparados en este ideario, en esta Revista encontrarán parte de los avances y resultados obtenidos durante este año en los proyectos de investigación, becas, tesis y trabajos de cátedra. Las páginas que siguen son una muestra del trabajo investigativo, colaborativo, de la formación y del talento de investigadoras e investigadores que buscan apasionadamente respuestas innovadoras a los retos del futuro, y que son un incentivo para esforzarnos en la noble tarea de hacer de nuestra Facultad una institución académica de primer orden en el concierto de Universidades del país y del mundo. Este debe ser nuestro compromiso y nuestra mayor satisfacción cívica, porque como institución pública dedicada a la educación y a la ciencia debemos demostrar que nuestra calidad y excelencia académica tienen influencia en la construcción de una sociedad más justa, libre e igualitaria.

Mónica A. Anís
Profesora Titular de Derechos Humanos
Cátedra A

EL DICTAMEN EN LA TEORIA DEL ACTO DE LA ADMINISTRACION

Riera Stival, María de las N.

mariarierastival@gmail.com

Resumen

El Estado desde garantizar la sumisión de su obrar al principio de legalidad, en tanto es el sujeto primario del deber jurídico de respeto a la ley y a los derechos fundamentales de los ciudadanos, al ser la proyección de un modelo constitucional de Derecho. En ese marco, la función que cumple el dictamen administrativo dentro de la Teoría del Acto debiera ser revalorizada en orden a una triple función: formadora de la voluntad administrativa, controladora de la legitimidad y razonabilidad del obrar administrativo y garantista de los derechos fundamentales de los administrados.

Palabras claves: Dictamen, razonabilidad, legitimidad

Introducción

En el proceso de toma de decisión de la Administración Pública, la actividad consultiva cobra relevancia no solo en orden a determinar la razonabilidad y legalidad de la decisión que se adopte sino, además con un fin tutelar de los derechos de los administrados a quienes la decisión alcance. Por otra parte, dicha actividad de consulta no solo permite evaluar los elementos de razonamiento que ha tenido la autoridad para tomar la decisión, sino que también permitirá determinar si esta ha sido la derivación de un proceso razonado, lógico, analizado, consultado y concluido legalmente.

Así, la actividad consultiva que realiza la Administración a los fines de la correcta adopción de una decisión conlleva numerosos actos previos, uno de los cuales por su importancia es el dictamen administrativo.

La presente investigación tiene por objeto responder a los siguientes interrogantes: ¿Qué tipo de acción realiza la Administración cuando requiere y se emite un dictamen? ¿Es el dictamen administrativo un acto o una actividad de la Administración?

Materiales y método

A fin dar respuesta a los interrogantes investigativos y cumplir los objetivos propuestos dentro del marco teórico referencial, se abordó el tema propuesto desde una metodología cualitativa, con foco en la teoría fundamentada a cuyo fin se hizo énfasis en la Doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia, en particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego, desde una perspectiva inductiva se realizaron apreciaciones y valoraciones de cada una de las informaciones recolectadas y se realizó un análisis del discurso respecto a la información recolectada de fuente doctrinaria y jurisprudencial, analizándose comparativamente para, finalmente, efectuar conclusiones propias en función del marco teórico conceptual con el único fin de aportar una visión más de análisis dentro del mundo del Derecho.

Resultados y discusión

En la Argentina, y durante el siglo pasado y el inicio del presente, los administrativistas han analizado el dictamen únicamente desde aspectos sustanciales, tales como sus elementos, caracteres, efectos y consecuencias para definirlo y establecer una naturaleza jurídica sobre el instituto como un acto preparatorio dentro del procedimiento administrativo previo al acto, es decir como actividad interna de la Administración puramente consultiva.

Así, Roberto Dromi definió al dictamen como una manifestación de la actuación interadministrativa de la Administración y la forma jurídica más común de expresarse la actividad consultiva, definiéndolo también como los actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen opiniones e informes técnicos jurídicos preparatorios de la voluntad administrativa (Dromi, R., 2008).

En la misma línea, y luego de analizar pormenorizadamente los elementos que componen su definición de dictamen, Rodolfo Barra conceptualizó al dictamen como el acto procesal servicial que contiene un juicio de conocimiento emanado de un órgano competente a tal efecto como resultado de un procedimiento consultivo de práctica obligatoria y destinado a exclusivamente a integrar, en su valor cognoscitivo, los elementos estructurales “causa” y “procedimiento” del acto decisorio para el que es emitido conforme con el requerimiento que los insta en el curso de un procedimiento decisorio determinado, perjuicio de su valor científico para la organización productora y para terceros (Barra, R., 2006).

Este autor, además, cita al maestro italiano Massimo Giannini para explicar que la actividad consultiva da siempre lugar a una secuencia de actos constitutivos por actos de procedimiento. Los actos que componen la secuencia son: la formulación del tema sobre la cual se solicita el parecer, el pedido del parecer y la emisión del parecer. Incluso cada una de estas instancias se componen de actos de procedimiento (Giannini, M., 1993, como se cita en Barra, R., 2006).

Esas posturas doctrinarias analizan el dictamen como un acto integrante de una etapa del procedimiento previo al dictado del acto administrativo, por lo tanto, incluyéndolo dentro de la Teoría del Acto de la Administración.

Al respecto, Díez señalaba con precisión que la actividad consultiva entonces, conforme esta línea argumental, puede ser definida como aquella actividad administrativa que ilustra, orienta, instruye a la Administración activa sobre las

cuestiones respecto de las cuales esta última está llamada a tomar una decisión. Conforman, por tal, parte indispensable del procedimiento de formación de la decisión administrativa (Diez, M., 1974 como se cita en Cassagne, E., 2012).

Estrechamente vinculado con las conceptualizaciones anteriores, Bielsa expresa que "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" (Bielsa, R., 1955).

La normativa nacional se inclina por considerarlo, también, un acto preparatorio. En ese sentido nos encontramos con la ley 19459 en cuyo art 7 inc d expresa "antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérese también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos" (ley 19549, BO abril de 1972 Argentina). Su decreto reglamentario N° 1759 (Decreto 1759 art 80, BO abril 1972 (Argentina), utiliza el término "medidas preparatorias de decisiones administrativas" y como medidas preparatorias forman parte del procedimiento previo al acto, procedimiento de formación de la voluntad administrativa es decir son actos de procedimiento y actos preparatorios.

Ahora bien, en orden a los efectos del dictamen, las opiniones de la doctrina nacional no han sido tan coincidentes. Al analizar el instituto desde sus efectos, la posición tradicional considera que, si los efectos que produce un acto no son directos, no son jurídicos. Así, Gordillo llama actos "no jurídicos" a aquellos actos jurídicos que producen efectos jurídicos indirectos (Gordillo, A., 2000). Marienhoff también conceptúa como "no jurídica" a la actividad administrativa cuando alude a toda la actividad interna de la administración (Marienhoff, M., 1965).

En esa misma línea, se expresó Villegas Basavilbaso quien sostuvo que la naturaleza jurídica de los actos de los organismos consultivos no puede ser la de un acto jurídico, sino más bien se trata de hechos administrativos, por cuanto no obligan al órgano ejecutivo (Villegas Basavilbaso, B., 1950).

La doctrina más contemporánea, sin embargo, sostuvo que el dictamen, en tanto posee efectos jurídicos directos sobre el procedimiento mismo, puede ser conceptualizado como acto jurídico, de tal suerte que su existencia otorga legalidad y legitimidad al mismo ya que la necesidad social de una decisión administrativa ajustada a derecho, justa y razonable descansa en la existencia de una valoración, opinión técnica y juicio de quienes tienen conocimientos específicos y están llamados a ilustrar a las autoridades, de tal manera que la decisión que adopten no aparezca con visos de arbitrariedad o irrazonabilidad. De allí que, según esta posición entre los que se encuentran Barra y Dromi, el dictamen sea un acto jurídico y no un simple hecho de la Administración.

En cambio, la jurisprudencia nacional ha sido pendulante, al menos en el valor asignado a este instituto ya que en un principio ha sido consecuente con esta visión orgánica de la Administración y, como actividad meramente consultiva, y preparatoria del acto, ha sostenido que el dictamen jurídico es una declaración de juicio que emite determinado organismo técnicamente calificado a fin de ilustrar la toma de decisión del órgano competente.

Pero luego a partir de fallos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, se creó la Teoría de la Subsanción que, determina que la omisión del dictamen previo al acto no produce la nulidad de este si finalmente el dictamen se produce en la etapa administrativa posterior, como por ejemplo en el trámite del recurso respectivo contra el acto.

Esta teoría ha surgido entre los que se destaca un resonado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el caso del 1979 "Duperial I.C c/Nación Argentina" (CSJN Fallos 301:953). Esta línea fue luego reiterada por el máximo Tribunal en la causa "Laboratorios Ricar SA c/ Estado Nacional" de 1995 (CSJN Fallos 318:2311) y, si bien al año siguiente en 1996, se pronunciara en el caso "Vera González Alcides Juan c/ Estado Provincial y Dirección de Energía de Catamarca" (CSJN Fallos 319:1899) por la nulidad de la revocación de un permiso para la utilización de postes de tendido eléctrico de la ciudad de Catamarca invocando entre otros motivos la carencia del dictamen que con carácter esencial contemplaba la ley de procedimientos administrativos de esa provincia, a la luz de la fuerza con que esta teoría de la subsanción ha irrumpido en la costumbre administrativa lejos parece de desarraigarse.

Conclusión

Como puede observarse, ha habido avances en el estudio independiente sobre el instituto del dictamen administrativo. Se perfila un interés en redefinir y afinar los conceptos. Ahora bien, quedan algunos aspectos que permanecen aún sin explorar. En particular aquellos que permitan investigar si es posible abandonar la calificación del dictamen como simple acto interno, en la medida en que el dictamen trasciende, en cierta forma, también a los particulares al ser garantía para estos de la legalidad y razonabilidad del proceder administrativo, estudiando si sus efectos, no solo se proyectan sobre el procedimiento, sino que también sobre los administrados.

El principio de legalidad que impone a la Administración la sumisión a la ley y -aún más amplio- al Derecho en su conjunto, opera como tutela de los administrados al concederle la premisa de que el Estado obrará conforme a derecho y no conforme a su capricho. Esto es, la garantía de razonabilidad y no arbitrariedad, subprincipios de aquel.

El dictamen es la materialización, por parte de la Administración de los principios generales del Derecho, ya que por su conducta la Administración observa el debido proceso y, ajusta su proceder a la ley, principio de legalidad previsto en el art. 18 de nuestra carta magna, como garantía de legalidad a favor de los ciudadanos y garantiza una posterior decisión razonable, ya que ésta no partirá del capricho o la voluntad arbitraria del funcionario.

Referencias bibliográficas

BARRA Rodolfo, Administración y actividad consultiva, en Cuestiones de Procedimiento Administrativo Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires. Ed. Ediciones RAP 2006

BIELSA, Rafael, Ciencia de la Administración, 2ª ed. act, Depalma, Buenos Aires, 1955

CASSAGNE Ezequiel, El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración, Revista la Ley, Buenos Aires, 15/08/2012,1

DROMI Roberto, Acto Administrativo, 4ta edición, Buenos Aires, ediciones Ciudad Argentina, 2008.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 5ta. Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000

MARIENHOFF Miguel S. Tratado de Derecho administrativo T. I Buenos aires. Ed. Abeledo Perrot, 1965

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, Derecho Administrativo, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, pp. 284-285

Filiación

María de las Nieves Riera Stival, tesis de Doctorando, Doctorado en Derecho de la UNNE 4ta Cohorte