

LA ORGANIZACIÓN ESTATAL

118. Teoría del órgano

Vamos a empezar el estudio de la parte orgánica que comprenderá un aspecto teórico sobre conceptos de órgano, de cargo, la relación que existe entre el órgano o el cargo y el funcionario que lo ocupa, y luego un aspecto de Derecho positivo describiendo en concreto cómo están organizadas las distintas personas jurídicas estatales uruguayas, qué atribuciones tienen y cómo funcionan.

Lo primero son los conceptos de órgano, cargo y funcionario que lo ocupa.

De anteriores cursos de asignaturas jurídicas, supongo conocido lo que quiere decir en Derecho órgano de una persona. Las personas jurídicas pueden funcionar, pueden tener una voluntad jurídica, en virtud de que algunas personas físicas le prestan, diríamos así, su voluntad psicológica y, además, en virtud de que existen ciertas reglas que permiten formar, sobre la base de la voluntad psicológica de los individuos que actúan por la persona jurídica, una voluntad jurídica. Por ejemplo, se puede establecer la regla de la votación por mayoría y entonces la voluntad jurídica será el resultado de esa votación, se considerará voluntad jurídica de la persona jurídica correspondiente, aquella que cuente con el acuerdo de las voluntades psicológicas de la mayoría de los miembros del órgano, siempre que previamente se haya convocado a sesión con todas las formalidades que correspondan.

De modo que para que exista un órgano de una persona jurídica es necesario que haya, por un lado, normas jurídicas que establezcan el procedimiento de formación de la voluntad orgánica, es decir, de la voluntad que se va a imputar, que se va a considerar como voluntad de la persona jurídica de la cual es órgano el órgano que se considere.

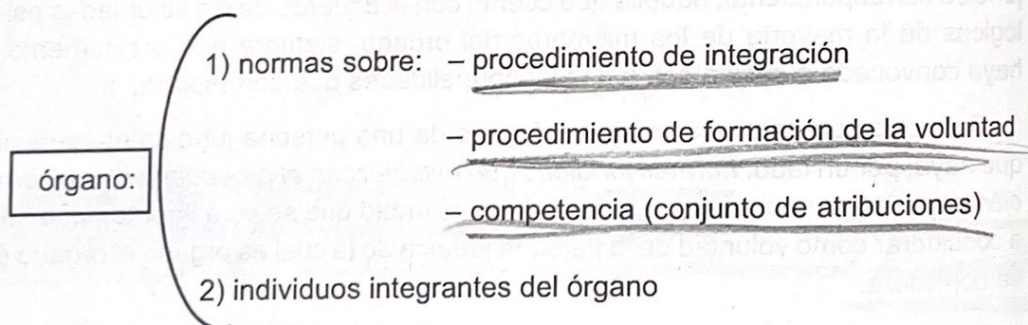
Para hablar de órgano tiene que haber normas y tiene que haber individuos, personas físicas que actúen en el órgano en cumplimiento de esas normas y produzcan así la voluntad orgánica, la voluntad jurídica. Si prescindimos de los individuos las normas solas no van a funcionar, como es lógico, y si prescindiéramos de las normas no habría manera de saber cuándo la voluntad psicológica de los individuos que haya por allí se considerará voluntad de ellos o se considerará voluntad de la persona jurídica de que se trate.

Cuando se le quiere dar cierta estabilidad a la organización, las normas se redactan en abstracto, es decir, con independencia de quiénes vayan a ocupar los lugares reservados a los individuos que actuarán por la persona jurídica. Con esto quiero diferenciar la situación de que hubiera una norma que dijera, por ejemplo, que la voluntad de tal institución, será la voluntad psicológica de Fulano de Tal; posible es, pero de esa manera sólo funcionaría mientras estuviera vivo Fulano de Tal y mien-

tras éste quisiera cumplir con esas funciones que se le encomiendan en la norma. Si se hace una norma que contiene menciones concretas a determinados individuos se tiene el inconveniente de que la solución es necesariamente transitoria, sólo funcionará mientras esa persona física concreta esté viva y tenga intenciones de actuar. En cambio cuando se le quiere dar una cierta estabilidad a la organización, es necesario redactar las normas en forma abstracta, sin referencia a individuos concretos; decir por ejemplo, que el representante de la asociación será designado mediante tal o cual procedimiento que resulte aplicable infinidad de veces de manera que si uno renuncia o se muere se pueda nombrar otro. Cuando se hace así, las normas vienen a definir un procedimiento de integración del órgano, otro procedimiento de formación de la voluntad y además, la determinación de la competencia de ese órgano.

¿Qué es la competencia de un órgano o de una persona? La competencia es el conjunto de las atribuciones, es decir, de lo que puede hacer el órgano imputándose a la persona jurídica correspondiente. Decir, por ejemplo, que la Cámara de Senadores es competente para otorgar o negar la venia para la designación de Fiscal de Corte quiere decir que tiene la atribución de hacer eso. La competencia es el conjunto de las atribuciones. Un órgano "es competente" o "incompetente" quiere decir que tiene o que no tiene las atribuciones de que se trate.

El siguiente esquema ayuda a recordar los conceptos expuestos:



Es necesario establecer normas sobre estos tres aspectos: en primer lugar, el procedimiento para determinar quiénes van a ser los individuos que se van a colocar en ese órgano y cuyas voluntades psicológicas van a servir para formar la voluntad jurídica; en segundo lugar, cómo se deduce de ese conjunto de voluntades psicológicas o de esa voluntad psicológica única (si el órgano es unipersonal) la voluntad jurídica que se va a imputar a la persona jurídica; y en tercer término, la determinación de qué atribuciones serán ejercidas mediante esa voluntad jurídica formada con ese procedimiento.

119. Órgano, cargo y funcionario

Cuando se regula el procedimiento de integración aparece, por comodidad de expresión, el concepto de cargo. En vez de referirse directamente a los individuos

que van a ocupar posiciones en el órgano, resulta más cómodo hablar en abstracto de esas posiciones que tiene cada individuo en el órgano, y éste es el concepto de cargo. Por ejemplo, cuando se habla del órgano Consejo de Facultad; en vez de describir directamente cómo se llega a participar en el funcionamiento del órgano, en vez de decir que aquel órgano va a estar integrado por un individuo que será designado por la Asamblea del Claustro y por otros individuos que serán electos en tales y cuales formas, es más fácil comenzar diciendo, para ordenar la exposición, que el Consejo estará formado por doce cargos de los cuales uno será el cargo de Decano y los otros serán cargos de Consejeros estudiantiles, de Consejeros por los egresados, de Consejeros docentes. De manera que el órgano se describe primeramente sobre la base de los cargos que lo componen y luego, en una segunda etapa, se dice cómo se llega a cada uno de esos cargos, cómo se llega al cargo de Decano, cómo se llega al cargo de Consejero estudiantil, etc. Es simplemente una comodidad de lenguaje lo que hace conveniente (aunque no necesario) introducir el concepto de cargo. Vendría a ser un concepto intermedio entre el de órgano y el de individuo que ocupa el cargo en el órgano.

Cuando se dice por ejemplo, "el cargo de Decano", se está mencionando esa posición que tiene el Decano, a la cual se llega mediante el procedimiento de designación de Decano, y que le sirve para integrar dos órganos: el órgano Consejo y el órgano Decanato. El titular del cargo de Decano puede tomar decisiones en nombre de la Universidad desde el cargo de Decano en la medida en que se trate de atribuciones que entren en la competencia del Decanato y que las ejercite mediante las reglas de procedimiento destinadas a que su voluntad se impute a la Universidad; y puede además participar en la formación de la voluntad del órgano Consejo de Facultad, con un voto en 12, siempre que se trate de decisiones que entren en la competencia del órgano Consejo y que se tomen con el procedimiento de formación de la voluntad del Consejo, procedimiento que en general consiste en la votación por simple mayoría habiendo quórum de sesión y habiendo sido convocada la sesión en forma.

Hay casos en los cuales la situación se complica un poco, por ej. la Constitución prevé la existencia de un cargo de Vicepresidente de la República. El cargo de Vicepresidente de la República no corresponde a un órgano Vicepresidencia de la República. ¿Qué quiere decir que no hay un órgano que sea la Vicepresidencia de la República? Quiere decir que no hay ninguna institución que comprenda los tres aspectos que vimos, no hay procedimientos para la formación de la voluntad del órgano Vicepresidencia de la República, el Vicepresidente de la República sólo puede ser útil a la formación de una voluntad estatal en cuanto su cargo le permite integrar otros órganos pero no en el órgano Vicepresidencia de la República porque este órgano no existe. El Vicepresidente de la República, el titular del cargo de Vicepresidente de la República, por eso, por estar en ese cargo, ora actúa como miembro de la Cámara de Senadores, miembro también de la Asamblea General, único titular del órgano Presidencia de la Cámara de Senadores y del órgano Presidencia

de la Asamblea General, ora actúa en el órgano Presidencia de la República o en el órgano Poder Ejecutivo (en caso de licencia o de fallecimiento, etc., del titular del cargo de Presidente de la República). El Vicepresidente de la República no ejerce atribuciones distintas de las que haya de ejercer en calidad de miembro de la Cámara de Senadores o de miembro de la Asamblea General o de titular de sus respectivas Presidencias o de suplente o sustituto del Presidente de la República, pero entonces, el órgano que expide la voluntad del Estado no es el inexistente órgano Vicepresidencia de la República sino el órgano Cámara de Senadores o el órgano Asamblea General o el órgano Presidencia de la Cámara de Senadores o el órgano Presidencia de la Asamblea General o el órgano Presidencia de la República o el órgano Poder Ejecutivo. No hay atribuciones que formen la competencia de la Vicepresidencia de la República.

120. Titularidad, suplencia y subrogación

Queda claro así el concepto de cargo y de órgano como cosas distintas. Vamos a ver ahora en qué relación puede estar el individuo que lo ocupa, con el cargo. La situación normal, la situación ordinaria es lo que se llama la *relación de titularidad* entre el individuo que ocupa el cargo y el cargo. *Una persona física, un individuo de la especie humana se dice que es titular de un cargo cuando ha accedido a ese cargo por el procedimiento normal previsto en las normas de integración.* Por ejemplo, para acceder al cargo de Decano el procedimiento previsto en la Ley Orgánica es la designación por la Asamblea del Claustro de la Facultad. El Prof. Miguel Galmés es Decano, es titular del cargo de Decano porque fue designado por la Asamblea del Claustro con todas las formalidades de la ley.

Pero puede ocurrir, por ejemplo, que pida licencia y entonces la Ley Orgánica dice que será suplido en las funciones de Decano, es decir, la competencia del cargo de Decano será ejercida por el Consejero Profesor titular más antiguo. Ese Consejero Profesor titular más antiguo no pasa a ser titular del cargo de Decano sino que entra como *suplente*, el titular sigue siendo el Prof. Galmés en el ejemplo, lo que pasa es que ese titular no desempeña sus funciones porque está con licencia, entonces, las desempeña un suplente.

Segunda hipótesis: que Galmés no estuviera con licencia pero se tratara de resolver la prórroga de una mesa de exámenes pedida por un hijo de aquél; está impedido de resolver porque ahí hay una implicancia, y entonces, si bien él sigue ejerciendo el Decanato, para ese asunto está impedido: es un caso de *impedimento*, lo tiene que *subrogar* alguien que la ley diga. En este ejemplo, la subrogación se hace con la misma persona a quien le correspondería hacer la suplencia; podría también la Ley establecer un sistema distinto para la subrogación que para la suplencia. Segunda hipótesis, pues, es la de *subrogación*. La subrogación se refiere a casos de impedimento, continúa el ejercicio del cargo pero en determinados casos, por estar impedido, por haber algún motivo de implicancia, tiene que dejarle lugar a otro individuo.

121. Interinato

Podría ocurrir, por último, que el titular del cargo renunciara y le aceptaran la renuncia o falleciera o se le acabara el término de su designación sin ser reelecto, en esos casos, se produce una vacancia definitiva, es decir, ahí no conserva la titularidad del cargo sino que cesa en la titularidad del cargo, no hay titular para ese cargo. El desempeño accidental o extraordinario del cargo, en ese caso, ya no se llamará más suplencia ni subrogación sino que se llama *interinato*; habrá que ver a quién le corresponde ejercer interinamente las atribuciones comprendidas en la competencia del órgano que no pueda funcionar porque los cargos que lo componen están vacantes.

La normal relación entre el cargo y el individuo que lo desempeña es la relación de titularidad, esto es, que el cargo es ocupado por su titular, por la persona que se hubiese designado por el procedimiento normal u ordinario. Habiendo un titular puede, no obstante, ser ejercido el cargo por otra persona en los casos de suplencia o de subrogación. Pero puede también ocurrir que no haya titular; entonces, el desempeño del cargo es un caso de interinato. Durante el interinato puede haber también problemas de suplencia o de subrogación; por ejemplo, el interino resulta ser pariente de la persona sobre la cual se tiene que resolver, en un grado de parentesco que según las normas produzca impedimento; no por eso va a cesar de ser interino sino que respecto de ese asunto tendrá que ser subrogado por quien corresponda.

Esta es la terminología, podríamos decir, más recibida en la doctrina, la terminología técnica, de los especialistas en el estudio de estas cuestiones. Les advierto (para que no se desorienten después si leen alguna ley) que a veces las leyes y los reglamentos uruguayos no se ajustan a esa terminología y le llaman "efectividad" a la titularidad, o le llaman "interinato" a la suplencia y "precariato" al interinato o "subrogación" al ejercicio interino de las funciones de un superior jerárquico o a su suplencia. Técnicamente, la efectividad es la situación de quien es titular de un cargo efectivo, y cargos efectivos son los que figuran en plantilla, por oposición a cargos supernumerarios o excedentarios.

La existencia del interinato sólo se justifica en la medida en que el procedimiento normal de integración sea un procedimiento complicado, que insuma un tiempo; si para designar al interino el procedimiento fuera exactamente igual que para designar al titular, sería absurdo designar un interino pudiendo designar un titular. Por eso no se justifica (si se hiciera para evitar las garantías de permanencia en el cargo que las normas consagran en favor del titular, sería un caso claro de desviación de poder) designar un interino en un cargo cuya designación se hace en forma totalmente discrecional; tanto daría designar interino como designar titular.

En cambio, si la designación tiene que hacerse, por ejemplo, por concurso, durante el trámite del concurso habrá que decir quién va a desempeñar mientras tanto el cargo; habrá que designar un interino. Para esa designación interina no se requieren todos los trámites normales de estudio de los antecedentes que se exigen para

la designación de un titular. Si se requirieran los mismos trámites sería inútil el interinato, porque una vez cumplidos todos esos trámites no habría motivos para llamarlo "interinato": sería una designación titular.

122. Composición interna del órgano

Vamos a ver ahora la relación del órgano con los cargos que lo componen. Ya vimos la relación del titular o interino o suplente —es decir, del individuo que ocupa el cargo— con el cargo. La relación del cargo con el órgano plantea el problema de la organización interna del órgano. Puede ocurrir, caso más simple de todos, que el órgano sea unipersonal, es decir, esté compuesto por un único cargo, ej. el órgano Intendencia Municipal de Durazno está constituido por un único cargo, el cargo de Intendente Municipal de Durazno. Allí prácticamente no hay ningún problema de organización interna del órgano. Los únicos problemas que surgen son los problemas de la relación del cargo con el titular. Pero problemas de organización del órgano propiamente no hay ninguno, porque el órgano es unipersonal, tiene un solo cargo.

En cambio, puede ocurrir y ocurre con mucha frecuencia que el órgano esté compuesto por varios cargos. La situación más simple dentro de éstas es el caso de los órganos colegiados simples en que dentro del órgano no hay distinción entre unos cargos y otros, que todos los cargos tienen la misma eficacia en cuanto a la formación de la voluntad del órgano, y en los cuales las reglas de formación de esa voluntad son por ejemplo, la unanimidad o la mayoría o determinada mayoría calificada habiendo determinado quórum de sesión. Pero también puede el órgano, además de ser colegiado, tener una organización interna desigual, tener algunos cargos con características distintas a otros, por ejemplo el Poder Ejecutivo. El órgano Poder Ejecutivo está compuesto por los cargos de Ministro —que son equivalentes entre sí— y además por el cargo de Presidente de la República, que no es equivalente a los otros, dado que su presencia (o la de quien haga sus veces) es indispensable para que funcione el órgano y su voto, si el Poder Ejecutivo funciona en Consejo, se considerará decisivo en caso de empate. El órgano Poder Ejecutivo no puede funcionar sin el Presidente de la República o quien haga sus veces. Estamos, pues, ante un órgano en el cual no hay igualdad entre todos los cargos que lo componen; y puede haber infinitas combinaciones, puede haber, por ejemplo órganos en los cuales los votos de unos valgan más que los de otros, eso se ve sobre todo con frecuencia en las personas privadas, por ejemplo, en la asamblea de una sociedad comercial los votos de los distintos socios no son equivalentes, dependen del capital aportado.

Muchas veces las normas jurídicas no regulan especialmente el procedimiento de formación de la voluntad, es decir, hay una laguna, queda sin regular explícitamente ese tema, no se dice cómo se forma la voluntad del órgano, se dice cómo se integra y qué competencia tiene, pero no dice cómo se forma la voluntad. En esos

casos, para integrar el orden jurídico la laguna se tiene que colmar aplicando los principios generales sobre formación de la voluntad de los órganos.

Si fuera unipersonal el principio general es muy sencillo, se considera imputable al órgano la voluntad psicológica de la persona que lo ocupa siempre que esa persona declare estar actuando en ejercicio de las atribuciones del órgano. Si el Ministro de Turismo firma, por ejemplo, una resolución que dice "El Ministro de Turismo resuelve..." está declarando que está actuando en calidad de Ministro, eso es suficiente para que su voluntad se impute al Estado y sea válida si actúa dentro de la competencia del órgano Ministerio de Turismo y con arreglo a Derecho.

Si el órgano es colegiado los principios generales, es decir, las reglas que se aplican a falta de norma expresa, consisten en tomar en cuenta dos requisitos: el requisito de quórum que a falta de norma expresa se considera que se cumple cuando asisten a la sesión del órgano más de la mitad de sus componentes (no digan "la mitad más uno" a no ser que aclaren que es la mitad por defecto; si el órgano tiene, por ejemplo, cinco miembros habrá quórum con tres, es más de 2,5 que es la mitad; si dijeran la mitad más 1 serían 3,5 y se necesitarían 4 presentes para cubrir ese quórum ya que evidentemente, no pueden partirse por 2 los individuos que integran el órgano) y en 2º término, además del quórum se controla después la mayoría, se considera voluntad orgánica imputable a la persona jurídica, aquella que cuente con el acuerdo de más de la mitad de los presentes, de modo que, por ejemplo, un órgano de 5 miembros, si no dicen nada las normas, podrá sesionar con 3 y podrá tomar decisiones por 2 votos si hay 3 miembros presentes y por 3 votos si hay más de 3 miembros presentes.

123. Relaciones interorgánicas: la jerarquía

Vamos a entrar ahora a la relación que puede haber entre un órgano y otro. Hasta ahora estuvimos estudiando aisladamente un órgano, estudiamos la anatomía y la fisiología de un órgano suelto, ahora vamos a ver qué relaciones interorgánicas pueden darse.

La relación más fácil de describir es la llamada relación jerárquica, esto es, sujetar la voluntad de un órgano a la voluntad de otro, establecer que en caso de discrepancia predomine siempre la voluntad de uno de los dos órganos, el órgano llamado superior jerárquico, sobre la del otro, que se llamará inferior jerárquico, y que además el superior jerárquico pueda darle instrucciones y órdenes a los integrantes del órgano inferior jerárquico acerca de cómo han de actuar —tanto en la forma como en el designio y el contenido de sus expresiones de voluntad—, en el ejercicio de las atribuciones del órgano subordinado. Por ejemplo, el órgano Dirección Nacional de Aduanas está subordinado jerárquicamente al órgano Ministerio de Economía y Finanzas, y este órgano, a su vez, está subordinado jerárquicamente al órgano Poder Ejecutivo. ¿Qué significa eso? Que en su actuación como tales los integrantes de los órganos inferiores deben ajustar su conducta a lo que haya dispuesto el órgano

ca común, fomenta la iniciativa de esos órganos que no están subordinados jerárquicamente, les permite realizar planes propios, tener más entusiasmo en el cumplimiento de los fines de su institución. De allí que además de la relación jerárquica se han construido otras relaciones posibles entre órganos, que vamos a ver a continuación.

125. Descentralización

Partimos de la hipótesis de que existan varios órganos jerarcas, es decir, varios órganos que no tienen superior jerárquico. Entre dos órganos que no tienen superior jerárquico puede existir una relación llamada "relación de descentralización". Cuando hay relación de descentralización uno de los dos órganos se considera superior al otro, pero no superior jerárquico; es también una relación asimétrica como la de jerarquía, uno es el llamado "órgano central" y el otro el llamado "órgano descentralizado". Se caracteriza porque el órgano central controla la acción del órgano descentralizado, en un grado variable; la descentralización, a diferencia de la jerarquía, no es un concepto sencillo sino que hay infinidad de grados posibles de descentralización, pero siempre el órgano central es el que actúa como contralor del órgano descentralizado. Por ejemplo puede formar parte de la competencia del órgano central la atribución de anular los actos del órgano descentralizado que sean contrarios a una regla de Derecho; ésta sería una de las formas de control, la cual está incluida entre las muchas formas del control jerárquico, pero que si no está acompañada de todas las demás formas de ejercicio del control jerárquico, constituye una de las maneras en que puede concretarse la descentralización. También se puede establecer, por ejemplo, que el órgano descentralizado podrá dictar actos de cualquier especie sin estar sujeto cada acto a un control del órgano central, pero que el órgano central pueda, en determinadas circunstancias, tomar medidas no sobre los actos sino sobre los individuos que toman las decisiones en el organismo descentralizado. Podrá ocurrir que el control del órgano central sobre el descentralizado tenga que ejercerse acudiendo a un 3^{er} órgano imparcial entre los dos, es decir, el órgano central no puede por sí solo rectificar los actos o sancionar a los individuos que actúan en el órgano descentralizado, sino que el órgano central lo único que pueda hacer sea vigilar la gestión del órgano descentralizado y si la considera inconveniente o ilegal denunciarla a un 3^{er} órgano imparcial que colaborará en esa función de control con el órgano central y que será el competente para tomar medidas pudiendo acoger o no la opinión del órgano central acerca de los defectos de la gestión del órgano descentralizado.

126. Coordinación

Puede ocurrir también que la relación entre los dos órganos no sea ni de jerarquía ni tampoco de descentralización, que se encuentren ambos en un pie de igualdad, que no haya uno al cual le competa especialmente controlar al otro; eso ocurre, por ejemplo, si se compara la situación del órgano Cámara de Representantes con

el órgano Cámara de Senadores, las dos Cámaras cuando actúan en función administrativa actúan con absoluta independencia una de la otra, por ejemplo cuando se nombra un funcionario de una Cámara o de la otra, no hay ninguna relación ni de jerarquía ni de descentralización entre una y la otra sino de absoluta independencia.

Podríamos, entonces, esquematizar y decir que hay dos posiciones relativas en que pueden encontrarse dos órganos jerarcas, dos órganos que no tengan un superior jerárquico: o la de descentralización o la de total independencia. Si entre dos órganos no hay relación de jerarquía quedan solamente dos posibilidades: o la descentralización o la independencia, y en este caso la coordinación entre los órganos se hace mediante procedimientos que no dan a uno de ellos primacía sobre el otro.

ART. 317

127. La jerarquía en la Constitución uruguaya

RECURSO JERÁRQUICO
REVOCACIÓN

En el caso del Derecho uruguayo —ya nos vamos de la teoría general aplicable en cualquier país a estudiar en concreto cómo funcionan aquí estas relaciones—, la Constitución misma reconoce la existencia de la relación de jerarquía y establece a su respecto un mínimo de poderes que tienen los jerarcas sobre los subordinados.

Ese mínimo consiste (es el único aspecto en el cual la Constitución expresamente atribuye a *todos los jerarcas* una competencia) en la potestad de resolver el recurso jerárquico. El art. 317 de la Constitución en su segundo párrafo dice que cuando una autoridad está sometida a jerarquías, el interesado, además del recurso de revocación, es decir, además de poder pedir a la misma autoridad que deje sin efecto o que modifique lo que resolvió, puede interponer conjuntamente el recurso jerárquico, y este recurso jerárquico será resuelto por el jerarca del sistema. Por ejemplo si se recurre contra una decisión de un Gerente de la OSE el recurso jerárquico lo va a resolver el Directorio de la OSE; si se recurre contra una decisión del Ministro de Industria, Energía y Minería el recurso jerárquico lo va a resolver el Poder Ejecutivo, es decir, el órgano que no tenga un superior jerárquico por encima de él y que sea superior jerárquico del que dictó la resolución. Como la Constitución no limita para nada lo que puede hacer el jerarca al resolver ese recurso, lo puede resolver tanto por razones de conveniencia como por razones de legitimidad, tanto por considerar que la resolución recurrida era ilegítima (esto es, violatoria de una regla de Derecho) como por considerar que era inconveniente o impolítica, y puede dejar la resolución como estaba, modificarla, sustituirla por otra o revocarla totalmente, es decir, que no hay límites, en principio, a la actividad del jerarca resolviendo el recurso jerárquico (salvo, naturalmente, los límites que tuviera el inferior al dictar el acto recurrido).

128. La descentralización en la Constitución uruguaya

La reforma constitucional de 1997 introdujo un uso de la palabra "descentralización" que no es el que tiene en la Sección XI; en el presente capítulo no trataremos de aquel nuevo uso sino de la relación entre órganos que explicamos en los §§ 123

a 127. La Constitución uruguaya reconoce expresamente la existencia de esta relación de descentralización; es una de las Constituciones que más reglamenta esta relación de descentralización. La prevé con respecto al Poder Ejecutivo, es decir, la descentralización de que habla la Constitución es aquella en la cual el órgano central es el Poder Ejecutivo y los órganos descentralizados son los Consejos Directivos o Directorios o Directores Generales de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados. A su vez dentro de esta relación de descentralización la Constitución distingue dos grados posibles, sin perjuicio de que dentro de cada uno de ellos pueda, a su vez, haber una variada gama de posibilidades. La relación que existe entre el Poder Ejecutivo como órgano central y el jerarca de un Ente Autónomo como órgano descentralizado, configura un grado de descentralización mayor (menor intensidad de controles y más atribuciones del órgano descentralizado) que el que existe entre el Poder Ejecutivo como órgano central y el jerarca de un Servicio Descentralizado como órgano descentralizado.

La Constitución utiliza la expresión "Servicio Descentralizado" para referirse no a todos los órganos descentralizados sino a algunos, a aquéllos que tienen menor grado de descentralización, aquéllos que están más próximos a la subordinación jerárquica que los Entes Autónomos. En el Ente Autónomo también hay descentralización, por ejemplo en el art. 185 de la Constitución se dice, expresamente, con referencia a Entes Autónomos o a Servicios Descentralizados, que tendrán un grado de descentralización que indicará la Constitución o la ley. De modo que no hay una oposición entre los dos conceptos, entre autonomía y descentralización; existen dos nombres propios, "Ente Autónomo" y "Servicio Descentralizado", que corresponden a distintos grados de descentralización. Los Entes Autónomos son más descentralizados que los Servicios Descentralizados. Los Servicios Descentralizados tienen menor grado de descentralización que los Entes Autónomos.

129. La autonomía

La palabra "autónomo" en realidad no alude al grado de descentralización sino a otro carácter que también es común a ambos casos: al carácter de la autonomía. La descentralización consistía en la ruptura del vínculo jerárquico y su sustitución por un control más tenue que la jerarquía. En cambio, la autonomía no se refiere a la ruptura del vínculo jerárquico sino a la posibilidad de dictar su propio ordenamiento jurídico. Los Servicios Descentralizados y los Entes Autónomos tienen ambos su grado de autonomía, y ese grado de autonomía es paralelo al grado de descentralización: a mayor grado de descentralización hay también mayor grado de autonomía, lo cual es lógico: cuanto menos controles tenga la actividad de un Ente es lógico que pueda crear con mayor amplitud, su propio ordenamiento jurídico, pero son dos conceptos distintos, aunque corran paralelos.

La descentralización se refiere al grado de desaparición del vínculo jerárquico; el vínculo jerárquico se sustituye por algunos controles que son algo así como restos o

descentralización¹⁶⁴ $\Rightarrow$ vínculo jerárquico
autonomía = capacidad de darse su propio ordenamiento

vestigios de la relación jerárquica, y en estos controles consiste la relación de descentralización. En cambio, la autonomía es la posibilidad de darse su propio ordenamiento jurídico, de dictar, por ejemplo, sus propios reglamentos. Ya se vio esto en el Capítulo VI, §§ 68 y 70.

130. Visión global de la organización estatal

En resumen, en Uruguay se reconoce la existencia de una gran cantidad de órganos que son jerarcas, que no tienen superior jerárquico.

Entre ellos, tenemos que citar en 1^{er} término a todas aquellas cabezas de sistemas orgánicos de que habíamos hablado en las primeras clases, esto es, el Poder Ejecutivo, la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, las Cámaras, la Asamblea General, la Comisión Permanente, la Presidencia de la República. Esos son todos órganos jerarcas aunque todos ellos pertenecen a la misma persona jurídica: a la persona jurídica Estado Central.

En 2º lugar, tenemos para cada una de las personas jurídicas llamadas Entes Autónomos y Servicios Descentralizados un órgano jerarca que es el Consejo Directivo o Directorio o Director General según los casos, y además para cada Gobierno Departamental tenemos dos órganos jerarcas: el Intendente y la Junta Departamental, y eventualmente autoridades locales no sujetas a jerarquía del Intendente.

Hay pues una gran cantidad de órganos que no están relacionados entre sí con un vínculo de jerarquía, por eso la Constitución uruguaya es una Constitución en la cual hay que regular con bastante cuidado las relaciones de descentralización para evitar que toda la organización estatal funcione en forma incoordinada. Se admiten por eso en la Constitución una serie de controles que configuran al Poder Ejecutivo principalmente como órgano central respecto de los jerarcas de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.

131. Concentración

Vamos a mirar ahora con un poco más de detalle cómo puede ser la organización interna por debajo de un jerarca cualquiera. Si tomamos un sistema jerarquizado, un sistema que tenga su jerarca, ¿cómo pueden estar distribuidos los poderes jurídicos entre el jerarca y sus subordinados? Puede ocurrir que los subordinados no actúen tomando decisiones, que no expidan actos jurídicos sino que se limiten a tareas de preparación, como por ejemplo un auxiliar administrativo que pasa a máquina un proyecto para facilitar su estudio por el jerarca o un asesor letrado que le prepara un informe acerca de cuál es la solución jurídicamente correcta a determinado problema. En esa situación en la cual todos los actos jurídicos son expedidos por un único órgano que es el órgano jerarca, se dice que la organización jerarquizada de que se trate está *concentrada*, es decir *está organizada sobre la base del principio de la concentración*.

Podríamos esquematizar la situación diciendo que dentro de la pirámide jerárquica toda la competencia se encuentra en el vértice, las atribuciones de todo el sistema son atribuciones del órgano jerarca, los subordinados son simplemente auxiliares, preparadores de las decisiones pero no pueden tomar decisiones por sí mismos. En ese caso, como es obvio, no va a poder funcionar nunca el recurso jerárquico desde que no va a haber resoluciones dictadas por órganos sometidos a jerarquía, todas las resoluciones van a ser tomadas por el único órgano jerarca.

132. Desconcentración

→ OPERA DENTRO DE LA RELACIÓN JERÁRQUICA

Pero también puede ocurrir que el sistema no actúe sobre la base de la concentración sino que esté, como se dice, *desconcentrado*. No vayan a confundir la palabra "desconcentrado" con "descentralizado". La desconcentración opera dentro de la relación jerárquica, de modo que no se habla de desconcentrar cuando se está descentralizando. La descentralización es una relación en que ha desaparecido el vínculo jerárquico. En cambio, la desconcentración es simplemente la falta de concentración pero siempre dentro de un sistema jerarquizado.

Que hay desconcentración, significa que —sin perjuicio de pertenecer algunas atribuciones al jerarca— pertenecen otras atribuciones a algún órgano subordinado jerárquicamente. Por ejemplo, en la Universidad de la República hay una importantísima desconcentración en favor de los Consejos de las Facultades. Aunque el Consejo Directivo Central es el jerarca del sistema, los Consejos de cada Facultad tienen la generalidad de los poderes jurídicos que corresponden a la administración de la respectiva Facultad, están subordinados jerárquicamente pero tienen una competencia desconcentrada. En estos casos va a poder funcionar el recurso jerárquico, cuando un órgano subordinado tome una decisión y alguien recurra, además del recurso de revocación, además de pedir a la misma autoridad que deje sin efecto lo decidido, podrá apelarse para ante el jerarca, interponerse el recurso jerárquico para que el órgano supremo, el órgano jerarca, rectifique la decisión tomada por el inferior.

Puede haber desconcentración a distintas alturas de la línea jerárquica; por ejemplo, además de los Consejos de Facultad, en la Universidad de la República tienen también su propia competencia desconcentrada los Decanos. Cuando un Decano toma una decisión esa decisión puede ser corregida por el Consejo de la Facultad o por el Consejo Directivo Central que son sucesivos superiores jerárquicos del Decano, pero el Decano por sí aunque pueda luego rectificarse la decisión, ha ejercido una atribución comprendida en su competencia propia; el acto del Decano no es un proyecto, es un acto administrativo perfecto. El Decano tiene atribuciones propias, sin perjuicio de que los actos dictados en ejercicio de esas atribuciones puedan ser después controlados por el superior jerárquico a través del recurso jerárquico o de oficio, mediante una decisión del jerarca que rectifique lo decidido primeramente por el órgano que es competente en primera instancia.

Otro ejemplo de desconcentración muy importante y conocido es el de los Ministros. El art. 181 de la Constitución determina una competencia de los Ministros como órganos unipersonales. En el ejercicio de las atribuciones comprendidas en su competencia, los Ministros están sujetos a la jerarquía del Poder Ejecutivo, pero la decisión del Ministro es por sí misma un acto perfecto, no es un proyecto. Si nadie interpone el recurso jerárquico y si el Poder Ejecutivo no modifica de oficio lo que había resuelto el Ministro, vale el acto expedido por el Ministro. Los Ministros actúan de dos maneras: cuando actúan en ejercicio de esas competencias desconcentradas resuelven por sí y su sola firma basta, cuando actúan como integrantes del Poder Ejecutivo necesitan acordar sus decisiones con el Presidente de la República o plantearlas en Consejo de Ministros.

133. Delegación de atribuciones

1967

La reforma constitucional de 1967 introdujo en este tema de las relaciones entre los órganos, la delegación de atribuciones. Hasta ahora habíamos hecho referencia a la competencia que según las reglas de Derecho tenga cada órgano. Cuando hablábamos, por ejemplo, de que el Consejo de la Facultad o el Ministro tenía una competencia desconcentrada, nos referíamos al hecho de que la Constitución o la ley orgánica, es decir, reglas de Derecho, determinaban que tal atribución tendrá que ser ejercida por tal órgano, esto es, que no dependía de una resolución que le encomendara al Consejo de Facultad o al Ministro que tomara tal decisión, sino que ya la distribución de competencias establecida en las reglas de Derecho le daba determinadas atribuciones al órgano inferior y determinadas atribuciones al órgano superior; estábamos pensando en una desconcentración.

Pero la Constitución admite que el Poder Ejecutivo, los Ministros y los Intendentes puedan delegar sus atribuciones; es decir que —sin tocar la distribución que las reglas de Derecho hacen de las competencias—, puedan autorizar a un órgano que no es el órgano competente a ejercer una atribución en nombre del titular de la competencia. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo (actuando en Consejo de Ministros) puede autorizar al Ministro de Economía y Finanzas a expedir en nombre del Poder Ejecutivo ciertos actos jurídicos, tales como reglamentos sobre liquidación de ciertos impuestos o designación de funcionarios de la Dirección Nacional de Aduanas. Esa decisión no significa renunciar a la competencia que tiene el Poder Ejecutivo de reglamentar las leyes o de designar funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo; simplemente le comunica al otro órgano, en este ejemplo el Ministro, la posibilidad de ejercer atribuciones que siguen siendo de competencia del Poder Ejecutivo.

Por la delegación no se altera el esquema de las reglas de Derecho que determinan las competencias, pero se le superpone la posibilidad de que un órgano ejercite una atribución que compete a otro órgano. Esa posibilidad se efectúa por resolución del titular de la competencia, mediante la cual autoriza al otro a tomar medidas en su nombre. Como las medidas que el delegatario tomará después, en ejercicio de las

atribuciones delegadas, van a ser expedidas en nombre del delegante, se va a considerar como si la medida hubiera sido tomada por éste. Así, si un órgano jerarca delega una atribución en un inferior jerárquico, el acto expedido por el inferior en ejercicio de la atribución delegada se imputa al jerarca.

Puede, inclusive, delegarse una atribución en quien no tuviera competencia propia, por ejemplo en un funcionario al cual no le correspondiera por las reglas de Derecho dictar ningún acto administrativo. En este caso las únicas decisiones que podría dictar serían por delegación, esto es, en ejercicio de atribuciones ajenas delegadas en él.

134. Delegación, concentración y desconcentración

En un sistema concentrado, esto es, en que no haya ningún órgano subordinado con competencia propia, los subordinados podrán expedir actos administrativos sobre la base, pura y exclusivamente, de la delegación; la delegación es compatible con la concentración, cuando la delegación se hace en un sistema concentrado todas las decisiones adoptadas por los inferiores serán tomadas por delegación, no podrá un órgano inferior tomar ninguna medida a título de competencia propia, todo tendrá que hacerse siempre en nombre del único jerarca, del único órgano competente para tomar decisiones según el sistema de la concentración.

En cambio, cuando la delegación ocurre en un sistema desconcentrado, habrá que considerar, según los casos, cuándo la medida se tomó en ejercicio de la competencia propia del inferior y cuándo se tomó en ejercicio de atribuciones delegadas, esto es, en nombre del delegante.

135. La delegación en la Constitución uruguaya

En el caso de Uruguay la Constitución prevé expresamente la delegación del Poder Ejecutivo en los Ministros; de los Ministros (la Constitución no dice en quién, de modo que ese punto puede ser reglamentado por las leyes o por los reglamentos, sin que la Constitución imponga una solución determinada); y de los Intendentes en los Directores Generales de Departamento, en Comisiones especiales o (esta tercer posibilidad se incorporó al texto constitucional en la reforma de 1997) en las autoridades locales.

La solución uruguaya admite la subdelegación, es decir, puede darse el caso de que el órgano Poder Ejecutivo resuelva delegar una atribución en el órgano Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, por ejemplo, y que después, sin que vuelva a intervenir una nueva decisión del Poder Ejecutivo, el Ministro tome otra decisión, delegando a su vez la atribución delegada en la Dirección de los Servicios Veterinarios. Puede haber, así, varios escalones en la delegación.

Normalmente la solución práctica es que se delegue en los órganos jerárquicamente inferiores. Pero puede haber circunstancias que justifiquen en determinados

Intendentes → - 168 - Directores Generales de Dpto
Comisiones Especiales
Autoridades Locales

casos, la delegación en órganos que no sean inferiores jerárquicos del delegante. Por ejemplo podría ocurrir que se delegara en una Comisión especial es decir, se designe especialmente un conjunto de ciudadanos aunque no tengan antes de la delegación ninguna función pública y se les encomiende el ejercicio de funciones nada más que por delegación. Las personas se convierten en funcionarios públicos (por ejemplo a los efectos de la responsabilidad penal) al recibir la delegación, pero no serán funcionarios permanentes, durará su situación nada más que mientras esté vigente la resolución delegatoria.

Podría ocurrir, también, otro caso de delegación fuera de la jerarquía, si la ley atribuyera vocación delegatoria a un Ente Autónomo (por ejemplo que el Poder Ejecutivo delegara la atribución del art. 168-3° en el Ministro de Trabajo y Seguridad Social y éste la delegara a su vez en el Directorio del Banco de Previsión Social); en esta hipótesis la relación que existiría entre el delegante y el delegatario no sería la relación de jerarquía sino la de descentralización según se dijo en el § 128.

136. Resumen sobre relaciones interorgánicas

Hemos visto la jerarquía, la descentralización y la delegación.

La jerarquía y la descentralización son relaciones que están establecidas, cristalizadas por las reglas de Derecho. La delegación, en cambio, es algo flexible, que desaparece o aparece por simple resolución del órgano titular de la competencia, que autoriza a otro a ejercerla; es una situación precaria porque en cualquier momento el que lo autorizó puede revocar la delegación y desde ese momento en adelante el único que puede ejercer la atribución será el órgano competente. La manera más gráfica de diferenciar bien una cosa de la otra es pensar que hay un esqueleto, una distribución de competencias establecida en la Constitución, las leyes y los reglamentos; y que, sin cambiar ese esqueleto, se pueden poner o quitar hilos de delegación, que consisten en autorizar a algún órgano, al cual no le compete, el ejercicio de una atribución de otro, por voluntad de éste.

Como ejercicio, para que vean si realmente comprendieron el tema, consideren el caso de que el Poder Ejecutivo dicta un decreto reglamentario diciendo que la tarea de liquidación de cierto impuesto será realizada por tal Oficina, pero no le asigna a ningún funcionario de dicha oficina la atribución de dictar un acto administrativo que declare la cuantía debida; eso no es delegación ni desconcentración sino mera distribución de tareas. Si el decreto reglamentario atribuye al Director de esa Oficina la potestad de dictar la resolución de determinación de la deuda tributaria, tampoco hay delegación, eso es una desconcentración, se está estableciendo que la competencia de ese funcionario incluirá la atribución de dictar el acto administrativo que fija la cuantía del impuesto que debe pagar un contribuyente. Si dicta un reglamento que dice así, como este reglamento es una regla de Derecho, no estaremos ante una delegación sino ante una desconcentración. Consideren ahora que ese funcionario, después de haberse dictado aquel reglamento que le atribuye una

Ministro de Trabajo
y SS
Directorio del Banco de Previsión Social

competencia, resuelve encomendar su ejercicio a un órgano subordinado; él no puede modificar lo que dice el reglamento del Poder Ejecutivo, obviamente, pero, si está autorizado a delegar, podrá permitir que otro órgano ejerce la atribución que le compete a él por el reglamento. Claro que de esa manera no podrá librarse de las responsabilidades y obligaciones que tiene impuestas por el reglamento. Lo que haga el delegatario —aquél en quien delegó—, comprometerá la responsabilidad del delegante. Si delega su competencia en un funcionario que no sabe nada y empieza a hacer disparates, lo podrían sancionar al delegante por haber delegado en un funcionario inepto.

137. Competencia y atribuciones

Vimos las relaciones entre los órganos partiendo de una definición de órgano que incluía, por un lado, la existencia de normas sobre su integración, es decir, quiénes eran llamados a desempeñar las funciones del órgano; normas sobre su funcionamiento, es decir, sobre el procedimiento de formación de la voluntad del órgano, y normas sobre su competencia, es decir, cuáles eran las atribuciones de cada órgano.

Vamos a referirnos ahora, con un poco más de detalle, a este aspecto de las atribuciones de los órganos, es decir, lo que hacen los individuos que están en el órgano cuando actúan en ejercicio de sus atribuciones.

Es frecuente confundir algunas palabras en esta materia, como las palabras competencia, atribuciones, funciones, cometidos, potestades, responsabilidades y autoridad, que tienen, sin embargo, cada una de ellas un sentido técnico que trataremos de explicar someramente.

Primeras palabras a tomar en cuenta, las de "competencia" y "atribuciones". Competencia de un órgano es —ya lo habíamos dicho— el conjunto de sus atribuciones. Decir, por ejemplo, que el Poder Legislativo es competente para crear monopolios quiere decir que una de sus atribuciones es la creación de monopolios. Decir que el Poder Ejecutivo es incompetente para limitar la libertad de expresión de pensamientos quiere decir que no está entre sus atribuciones la de limitar la libertad de expresión de pensamientos.

Situación DEBER-PODER

138. Aspectos positivo y negativo de la atribución

Si centramos ahora nuestra atención en la palabra "atribuciones" y nos preguntamos qué quiere decir que un órgano tenga una atribución, estudiamos cada uno de esos elementos que constituyen en conjunto la competencia, vemos que darle una atribución o encomendarle una atribución a un órgano significa ponerlo a la vez en una situación de deber y en una situación de poder.

Si se dice, por ejemplo, que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de mantener el orden público quiere decir que, por un lado, tendría algunas potestades, algunos poderes jurídicos que le permitan cumplir con —y aquí aparece el otro lado— el

deber de obtener ese resultado, de mantener el orden público. Si se dice que la Universidad de la República a través del órgano Consejo de Facultad tiene la atribución de reglamentar la aplicación del Plan de Estudios eso quiere decir por un lado, que puede hacerlo y, por otro lado, que debe ocuparse del tema y llegar a la conclusión de si va a ejercer o no en cada caso concreto el poder jurídico que se le ha dado.

La atribución supone un aspecto positivo, un aspecto favorable a la discrecionalidad del órgano que la tiene —el aspecto de poder—, y a la vez, un aspecto negativo —el aspecto de deber— desfavorable a la posición del órgano que la tiene, un aspecto en el cual el órgano resulta recargado con la tarea de apreciar si corresponde en cada momento, según las circunstancias, ejercer o no el poder que se le confiere y en caso de que lo tenga que ejercer, la determinación de cómo lo va a ejercer.

La atribución tendría un aspecto positivo y un aspecto negativo, un aspecto de poder y un aspecto de deber; el aspecto de poder se puede llamar "potestad" y el aspecto de deber consiste en el deber jurídico de atender al ejercicio de la atribución; cuando este deber es mal ejercido o no se ejerce oportunamente habrá responsabilidad del titular de la atribución.

139. Responsabilidad inherente a la atribución

El concepto de *responsabilidad* es una consecuencia del aspecto negativo o del aspecto de deber que integra el concepto de atribución. Si la atribución fuera nada más que un poder, si no comportara además una obligación de ejercerlo cuando corresponda o de no ejercerlo cuando no corresponda, no habría responsabilidad derivada de la atribución; existe una responsabilidad por el ejercicio de la atribución justamente porque la atribución no es sólo una ventaja sino que además comporta una tarea a cumplir. Por ejemplo el Consejo de la Facultad tiene la atribución de fijar el programa de la asignatura; si fuera solamente una facultad de hacerlo, sin comportar ningún deber al respecto, podría sin responsabilidad no fijar el programa de la asignatura o fijar un programa absurdo. Como está el otro aspecto, el aspecto del deber, hay una responsabilidad del Consejo en esta materia si no atiende a su obligación de fijar un programa —en este caso no tiene la posibilidad de no fijar programa porque hay una disposición que impone que exista un programa para cada asignatura a los efectos de determinar cuáles son los temas que se pueden preguntar en los exámenes, por ejemplo—, y de ejercer esa atribución en forma adecuada con los fines para los cuales se le dio; no puede establecer un programa absurdo, tiene que ser un programa conforme al cumplimiento del Plan de Estudios.

Si estas disposiciones que configuran el aspecto de deber de la atribución no se cumplen, o se cumplen mal, se incurrirá en responsabilidad. La responsabilidad puede incumbir a la persona jurídica de la cual es órgano el órgano que funcionó mal, lo que se llama *responsabilidad institucional*, o puede referirse a las personas físicas que integran ese órgano como titulares de los cargos que lo compongan —en el

ejemplo, los miembros del Consejo de la Facultad—; *responsabilidad individual*, que en el sistema uruguayo no se tiene directamente hacia los perjudicados sino que se tiene hacia la persona jurídica que a su vez resulta civilmente responsable ante terceros.

A veces por error de traducción del inglés se dice "autoridad" para decir lo que en español se llama "competencia". Se dice, por ej. que un órgano tiene autoridad para hacer tal cosa, eso no es correcto en español; en español se dice que tiene competencia o que tiene atribución para hacer tal cosa y que por consiguiente es competente para ello. Y también por error de traducción del inglés a veces se usa la palabra "responsabilidad" para referirse a los deberes. En realidad, entre el deber y la responsabilidad hay una vinculación pero no es lo mismo. "Yo debo hacer tal cosa" significa que tengo el deber jurídico de hacerla, "yo soy responsable de hacer esa cosa" significa que si yo no cumplo con el deber que tengo o si lo cumplo mal sufriré consecuencias desfavorables.

140. Cometidos estatales

Otras palabras a estudiar son las de "cometidos" y "funciones". Cuando examinamos una atribución podemos clasificarla desde dos puntos de vista distintos. Podemos referirnos, por un lado, a cuáles son las tareas que se cumplen mediante el ejercicio de la atribución; podemos decir, por ejemplo, que la atribución de fijar los programas de las asignaturas es una atribución que sirve para cumplir con los cometidos de enseñanza, esa atribución forma parte de los medios de que dispone el órgano para cumplir con su cometido de impartir enseñanza, de modo que la palabra "cometido" la identificamos aquí con ese conjunto de tareas o actividades que realiza cada ente público. Existirá el cometido de la enseñanza, el cometido de la salud pública, el cometido de la solución de los conflictos laborales, el cometido del mantenimiento de la paz pública, el cometido del mantenimiento de un adecuado sistema de seguridad social, el cometido de la defensa nacional, el cometido del saneamiento. Las atribuciones de los órganos se dan, se confieren en vistas a la realización de determinado cometido, no se dan atribuciones porque sí.

141. Atribuciones según las funciones jurídicas: clasificación formal

Segunda manera de clasificar las atribuciones: en vez de clasificarlas por el cometido al cual sirven, podemos clasificarlas por la función jurídica que se ejerce. Aquí ya es un poco más complicada la definición, porque las mismas palabras "función jurídica" han sido utilizadas por distintos autores con matices de significado diferentes.

ÓRGANO

Puede hablarse, en primer término, de las funciones en un sentido (el más sencillo de todos), orgánico, es decir, llamarle función legislativa a la que se ejerce cuando actúan los órganos a los cuales la Constitución califique como órganos legislativos. Esa clasificación puramente referida al órgano, la menos interesante de todas

y la más fácil, haría que se considerara como ejercicio de función legislativa, por ejemplo, la que ejerce la Cámara de Senadores cuando nombra un portero del Senado. Evidentemente, ese sentido de las palabras "función legislativa" es el más poco útil porque no hay nada de común entre esta atribución de nombrar al portero del Senado y la atribución de dictar una ley. Evidentemente, lo que nos va a interesar desde el punto de vista jurídico es otra cosa y no el órgano solamente del cual emane el acto. El órgano que ejerce la atribución no nos sirve —si queremos extraer alguna utilidad de la clasificación— para determinar la función que se está ejerciendo. Pero como algunos autores usan este criterio no hay más remedio que advertirles (para que no se confundan si leen algo al respecto) que hay quien utiliza las expresiones "función legislativa", "función administrativa" y "función jurisdiccional" con referencia, exclusivamente, al órgano de que emana el acto, o sea el órgano que es titular de la atribución que estamos clasificando.

PROCEDIMIENTO

Otro criterio —un poco mejor que el anterior— es el que se refiere al procedimiento con que se expide el acto de que se trate, es decir, el procedimiento mediante el cual se ejerce la atribución que estamos tratando de clasificar. Este criterio por ejemplo, nos permite excluir de la función legislativa el nombramiento de un portero del Senado, porque no requiere el procedimiento de sanción y promulgación de las leyes. Con este criterio resultan actos legislativos, resultan atribuciones de naturaleza legislativa, aquellas que se ejercen mediante el procedimiento que la Constitución establece al efecto, procedimiento que consiste en Uruguay en la sanción por un órgano legislativo y la promulgación por el órgano ejecutivo correspondiente, mediante ciertos trámites que están regulados prolijamente por la Constitución. Éste sería un criterio formal, como el anterior, porque se refiere a las etapas previas al momento en que se dicta el acto; no estamos estudiando los efectos del acto, su contenido, sino cómo se llega a dictarlo o quién lo dicta o con qué procedimiento. Por eso los dos criterios formales, no atienden a lo que dice el acto ni a sus efectos.

Con este criterio resultarían atribuciones legislativas (cuyo ejercicio produciría actos legislativos, en ejercicio de la función legislativa) aquellas que se ejercieran mediante el procedimiento de sanción por un órgano legislativo y promulgación por el órgano ejecutivo correspondiente; resultarían atribuciones jurisdiccionales aquellas que se ejercen mediante un procedimiento con "forma de proceso" (véase art. 12 de la Constitución), es decir, procedimiento para resolver un conflicto en el cual hay varias partes y esas partes tienen oportunidad de argumentar y producir probanzas; y serían atribuciones administrativas las que se ejerciten mediante procedimientos que no respeten ni las garantías del acto legislativo ni las garantías del acto jurisdiccional, cuando faltaran aquellos requisitos formales que definirían, según este criterio, la función legislativa o la función jurisdiccional.

142. Atribuciones según las funciones jurídicas: clasificación material

Tercer sentido de lo que es función legislativa, administrativa y jurisdiccional. Me refiero a lo que se llama el sentido material de esos términos. Sería función legisla-

tiva en sentido material aquélla que, cualquiera fuera el órgano que actúa y cualquiera fuera el procedimiento seguido, diera por resultado un acto jurídico que fuese una regla de Derecho, es decir, que contuviera disposiciones de carácter general que crean derechos, obligaciones, intereses legítimos, etc., en sujetos de Derecho no predeterminados al dictarse la norma, de modo que resultan aplicables a un número indeterminado de casos. Podrá ocurrir que ese número indeterminado sea cero en la práctica, que no se dé el caso previsto en la regla; puede ocurrir que sea uno, que se dé por casualidad una sola vez; puede ocurrir que sean infinitos; lo que importa es que están indeterminados, que leyendo la norma no se pueda saber, sin acudir a elementos ajenos a la propia disposición, si se va a aplicar o no y cuándo es que se va a aplicar; que la norma sea abstracta, que se refiera a un número indeterminado de casos. Si es así, hablaríamos de que hay un acto-regla, de que se ejercita función legislativa en sentido material. Por ejemplo, cuando se dicta el programa de la asignatura, la decisión que aprueba el programa, sería un acto legislativo en sentido material porque el programa se va a aplicar a un número indeterminado de exámenes, a un número indeterminado de casos. Podría ocurrir incluso, que no se aplique nunca, que ese año nadie dé examen y que después se reforme el programa; eso no obsta a su carácter de regla de Derecho general y abstracta. Podría ocurrir que se aplique una sola vez, que por casualidad solamente un alumno dé examen con ese programa y después se reforme; eso no le da carácter de acto concreto, igualmente es acto regla porque su contenido no limita su aplicación a determinados casos concretos.

Sería, en cambio, función jurisdiccional o administrativa cuando se tratara de actos concretos, de actos que no fueran generales y abstractos, y aquí hay un pequeño desajuste entre la clasificación material de las funciones y la clasificación material de los actos jurídicos. Desajuste que proviene de que todo esto es un poco forzado y de que se trata de utilizar las mismas denominaciones, "función legislativa", "función administrativa" y "función jurisdiccional" para clasificaciones que entre sí son, en realidad, independientes y que podrían no tener tres términos sino más.

Cuando estudiamos la clasificación material nos estamos refiriendo al contenido de los actos jurídicos que se dictan; ese contenido puede ser un acto-regla y entonces, le llamamos función legislativa, pero si examinamos el contenido de los actos que no son actos-regla, esto es, de los actos con contenido concreto, resulta imposible distinguir la función administrativa de la jurisdiccional atendiendo solamente al contenido de los actos. Los contenidos de los actos concretos nos permiten clasificarlos en estos dos grupos: actos-condición y actos subjetivos. Pero esos dos grupos no corresponden biunívocamente con las dos funciones que nos quedan, función administrativa y función jurisdiccional.

¿Qué quiere decir "acto-condición"? Se dice que un acto jurídico es un acto-condición cuando está previsto ese acto como condición (de ahí el nombre) para que un sujeto de Derecho quede incluido o excluido de una situación jurídica prevista en abstracto por una regla de Derecho. Cuando se nombra un individuo, por ejemplo,

situación jurídica prevista
en abstracto

Fiscal de Hacienda, ese acto es un acto-condición porque ese nombramiento es la condición prevista por las reglas de Derecho (las leyes sobre la organización de las Fiscalías y sus reglamentos respectivos) para que ese individuo quede en una situación jurídica que está prevista en abstracto; hay reglas de Derecho que hablan de las atribuciones de la Fiscalía de Hacienda, de los deberes funcionales del Fiscal de Hacienda, del sueldo que tendrá el Fiscal de Hacienda, etc. No es necesario, cuando se nombre un Fiscal de Hacienda, dictar una resolución que establezca cuáles serán sus obligaciones y cuál será su sueldo y cuándo se le pagará, sino que todas esas disposiciones ya están previstas en abstracto en las reglas de Derecho que configuran la organización y el funcionamiento de la Fiscalía de Hacienda. El nombramiento de un ciudadano como Fiscal de Hacienda, por tanto, es simplemente la condición que faltaba cumplir para que a esa persona le resultaran aplicables automáticamente todas las normas referentes a la situación jurídica del Fiscal de Hacienda; por eso, el nombramiento de un funcionario público es un acto-condición. Vean que para que se pueda hablar de estos actos-condición tiene que haber antes algún acto-regla, el acto-regla que prevé en abstracto la situación que se va a concretar con el acto-condición; tiene que haber reglas de Derecho que prevean la existencia de una Fiscalía de Hacienda y que regulen la situación funcional de su titular para que el nombramiento de Fiscal de Hacienda sea considerado como acto-condición.

Otro ejemplo de acto-condición sería la expedición de un título profesional. Si se expide un título de Contador Público a favor de una persona, se cumple en ese momento la condición prevista por las leyes para que esa persona quede habilitada para ejercer la profesión de Contador Público. No es necesario, al expedir el título, decir todo lo que podrá hacer o lo que no podrá hacer, qué responsabilidades tendrá, que tendrá que afiliarse a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios y que tendrá que hacer esto y lo otro y que no podrá hacer tal cosa y tal otra, que deberá guardar el secreto profesional, etc. Basta decir que se le confiere a fulano el título de Contador Público. Esa era la condición prevista en una serie de reglas de Derecho para que funcionaran una serie de disposiciones que ya estaban hechas de antemano en abstracto, antes de que se dictara el acto-condición de expedición del título profesional.

Otro ejemplo (para que vean que los actos-condición son de muy variada naturaleza): cuando se dicta una sentencia de divorcio al juez le basta decir "disuélvese el matrimonio que unía a fulano con mengana", no necesita decir en la sentencia todas las consecuencias jurídicas que tiene eso, porque ya están previstas en el Código Civil y en las demás leyes; la persona queda colocada en una situación que está prevista de antemano, la situación de divorciado, que comporta una serie de derechos, de deberes, de responsabilidades que están previstos en general en el Código. La sentencia de divorcio es la condición que prevé la ley para que la persona se convierta en divorciado y el ser divorciado es una situación que ya está prevista en abstracto por la ley. El acto condición simplemente concreta en un individuo una situación que ya estaba definida en abstracto, que estaba regulada en abstracto.

Lo mismo para el matrimonio (no hay por qué poner ejemplos pesimistas); cuando dos personas se casan, están previstos de antemano en la ley los efectos jurídicos del matrimonio. No es necesario inventar un régimen jurídico particular para cada matrimonio. El Oficial del Estado Civil cuando los declara unidos en matrimonio no necesita estudiar el punto y ver qué les conviene a cada uno de los cónyuges y establecer un sistema de regulación de sus relaciones matrimoniales para el futuro, sino que le basta decir "los declaro unidos en matrimonio legítimo" y ya con eso resultan aplicables todas las disposiciones de la Constitución y de las leyes sobre derechos y obligaciones de los cónyuges. Es otro ejemplo, por tanto, de acto-condición.

Pero supongamos ahora que los esposos, antes de casarse, resuelven hacer capitulaciones matrimoniales. Cuando se ponen de acuerdo en hacer una capitulación matrimonial para regular sus relaciones de bienes en forma distinta a la que resultaría de la ley por el solo acto-condición del matrimonio, ya no están simplemente cumpliendo una condición sino que tienen que establecer concretamente cuál es el régimen jurídico que quieren que se les aplique a sus bienes. La capitulación matrimonial pues, ya no es un acto-condición sino que es algo más, es lo que se llama un *acto subjetivo*, es un acto que regula la situación concreta en vez de dejar que quede regulada por los actos-regla preexistentes como ocurre en los actos-condición. Del mismo modo, si un ente público en vez de nombrar un funcionario para un cargo ya previsto, contrata una persona para una tarea especial que no estaba definida en abstracto por ninguna regla de Derecho, ese contrato ya no es un acto-condición, va a ser un acto subjetivo y va a ser necesario incluir entre sus cláusulas disposiciones referentes al sueldo, a los horarios, todo lo que no se necesita incluir en los actos-condición porque ya estaba previsto en abstracto por las reglas de Derecho.

Cuando se establece, por ejemplo, un pliego particular de condiciones para una licitación, se está haciendo un acto subjetivo, se está indicando toda una regulación de la situación concreta que va a surgir. No es simplemente dictar el acto que estuviese previsto como condición para que resulten aplicables disposiciones que ya estuviesen hechas de antemano.

Tenemos, así, una clasificación de actos jurídicos por su contenido (clasificación material) en actos-regla, actos subjetivos y actos-condición.

Los actos-regla establecen en abstracto situaciones jurídicas. Los actos-condición colocan a una persona o extraen a una persona de una situación que ya estaba prevista en abstracto en un acto-regla. Y los actos subjetivos crean ellos mismos la situación en concreto, no se remiten a una situación abstracta sino que regulan directamente la situación concreta que establecen.

Esas tres clases de actos no corresponden biunívocamente con las tres funciones entendidas en sentido material. Los actos-regla corresponden, sí, a la función legislativa; pero tanto la función administrativa como la función jurisdiccional pueden ejercitarse mediante la expedición de actos subjetivos o de actos-condición; en los

ejemplos puestos se vio ya eso. La sentencia de divorcio es un acto-condición de naturaleza jurisdiccional; en cambio, la destitución de un funcionario es un acto-condición de naturaleza administrativa. Lo mismo en los actos subjetivos: un acto de concesión de servicio público que no se limite a remitirse a un régimen general de concesiones que hubiera sido establecido por ley sino que concretamente determine todos los derechos y obligaciones del concesionario, es un acto subjetivo de naturaleza administrativa. Una sentencia que condene al pago de daños y perjuicios determinando la suma y los plazos para el pago en vez de remitirse a una regla general sobre el tema, es un acto subjetivo de naturaleza jurisdiccional.

¿Cómo se distingue entre atribuciones administrativas y jurisdiccionales con un criterio material? Atendiendo al hecho de que la función jurisdiccional tiende a resolver conflictos, se refiere el ejercicio de la función jurisdiccional a un conflicto, que se trata de liquidar. Para que haya función jurisdiccional tiene que haber un conflicto de intereses entre varias partes y ese conflicto tiene que ser resuelto mediante la aplicación de las reglas de Derecho. El acto subjetivo o el acto condición que se dicte en cumplimiento de esas reglas de Derecho resolviendo el conflicto será un acto jurisdiccional en sentido material. Si en cambio no se trata de liquidar el conflicto será un acto administrativo. Claro que el acto administrativo puede darse aunque no haya acuerdo entre varias personas; pero como no tendrá, justamente, el efecto de liquidar el conflicto, si un acto administrativo decide algo que favorece a una parte en un conflicto y no a la otra, ese acto administrativo no se considerará que es la solución del conflicto sino que simplemente podrá dar lugar a que se agrave o se atenúe el conflicto, pero siempre podrá ser revisado mediante otro acto —ése sí jurisdiccional— que en definitiva diga la última palabra sobre el conflicto.

Por ejemplo, puede haber un conflicto entre un patrón y un obrero acerca de cuál es el salario justo y ese conflicto puede "resolverse" mediante un laudo del Consejo de Salarios que fije un salario mínimo. Ese laudo va a ser un acto administrativo, ¿por qué? porque esa resolución del conflicto no va a tener el efecto jurídico de liquidar el conflicto, sino que aun después de dictado el laudo podrá volverse a plantear, esta vez en forma jurisdiccional, la cuestión de si ese laudo estaba bien o mal dictado, y sólo cuando haya un acto jurisdiccional sobre el punto jurídicamente no se podrá seguir discutiendo, se habrá liquidado el conflicto de Derecho.

143. Las funciones jurídicas según el valor y fuerza de los actos

Hemos visto, tres criterios acerca de lo que significan las palabras "legislativa", "administrativa" y "jurisdiccional", referidos a las atribuciones, funciones o actos de los órganos estatales:

a) el criterio orgánico que es el más sencillo y el más inútil, que atiende simplemente a cuál es el órgano que dictó el acto, cuál es el órgano que ejerció la atribución que se trata de clasificar;

→ b) el criterio formal referente al procedimiento, que también usa las mismas palabras "función legislativa", "función administrativa" y "función jurisdiccional", pero refiriéndose al peculiar método de formación del acto, al método de ejercicio de la atribución, legislativa cuando usa el procedimiento que en nuestro país es la sanción por el órgano legislativo y la promulgación por el Poder Ejecutivo, jurisdiccional cuando se sigue la forma del proceso, y administrativa en los demás casos; y

→ c) el criterio material que se atiene al contenido del acto con que culmina el ejercicio de la función, criterio que supone previamente una clasificación de los actos por su contenido en actos-regla, actos subjetivos y actos-condición y después una división transversal de los actos-condición y de los actos subjetivos para distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional.

El 4º *criterio*, el criterio que recoge la Constitución uruguaya, por lo tanto el más útil para la aplicación práctica en el Derecho uruguayo, es el *que se atiene al valor y fuerza del acto producido mediante el ejercicio de la atribución*.

Ya mencionamos los conceptos de valor y de fuerza de un acto jurídico al estudiar el orden jurídico uruguayo en el Capítulo III, §§ 28 a 31 y 37. Se refieren al rango normativo, a la colocación del acto en la escala de normas jurídicas. Así, la fuerza que caracteriza a los actos legislativos (leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley) consiste en su colocación inmediatamente por debajo de los actos constitucionales, su ineficacia para derogarlos y su eficacia para derogar los actos administrativos. En cuanto al valor de los actos legislativos, esto es, al régimen jurídico a que se encuentra sometido el acto una vez dictado, consiste en que el Poder Ejecutivo debe ejecutarlo mientras no se lo derogue por acto constitucional o por un nuevo acto legislativo o resulte no ratificado por el Cuerpo Electoral cuando fuere sometido a votación popular mediante la interposición del recurso de referéndum o se la declare inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia con efecto en el caso concreto y mediante el procedimiento especial de los arts. 256 a 261 de la Constitución; y que los jueces no pueden dejar de aplicarlo al juzgar si no se obtiene dicha declaración de inconstitucionalidad. Los actos legislativos departamentales tienen la misma fuerza que las leyes, y casi el mismo valor, aunque el valor de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley es levemente inferior al de las leyes, dado que además de los métodos destinados a que se deje de aplicar una ley anteriormente recordados, existen otros dos: los establecidos en los arts. 300 y 303 de la Constitución. Según el 4º criterio de clasificación de las funciones del Estado que estoy explicando, tendremos que una atribución de un órgano es una *atribución legislativa* cuando el producto del ejercicio de esa atribución es un acto con fuerza de ley (y con valor de ley con la salvedad referida a los arts. 300 y 303 citados).

El valor y fuerza que caracteriza el ejercicio de la función jurisdiccional sería lo que llamamos el *valor y fuerza de sentencia* que es la *autoridad de cosa juzgada*, es decir, que una vez llegado un momento ya no puede discutirse más lo dispuesto por