

CAPÍTULO VIII

LA NO JUSTICIABILIDAD DEL ESTADO

SUMARIO

I. <i>Planteo general del problema</i>	VIII-1 / 341
1. Los diferentes conceptos de “gobierno”	VIII-1 / 341
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno	VIII-2 / 342
3. Gobierno y actos de gobierno	VIII-5 / 345
4. Carácter metajurídico de la teoría	VIII-7 / 347
5. Problemas a considerar	VIII-8 / 348
II. <i>Origen y evolución de la teoría</i>	VIII-9 / 349
6. Origen	VIII-9 / 349
7. La tesis subjetiva: No se revisa lo que el Poder Ejecutivo no quiere que se revise	VIII-11 / 351
8. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administra- ción	VIII-13 / 353
9. Insuficiencia de la distinción	VIII-13 / 353
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia	VIII-14 / 354
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)</i>	VIII-15 / 355
11. En la Constitución no hay excepción a la garantía de la defensa en juicio	VIII-15 / 355
12. Derecho natural, <i>Ancién Régime</i> , <i>Res pública</i> , Estado democrático de Derecho. El peso de nuestra herencia cultural	VIII-17 / 357
13. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos	VIII-19 / 359

13.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan	VIII-21 / 361
13.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él	VIII-22 / 362
13.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente	VIII-25 / 365
13.4. El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada de los hechos	VIII-26 / 366
13.5. Continuación. Principios jurídicos	VIII-28 / 368
13.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea “soberano en su esfera”	VIII-29 / 369
14. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad y el orden supranacional	VIII-30 / 370
15. Estructura infraconstitucional del Estado	VIII-31 / 371
16. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto	VIII-32 / 372
IV. <i>El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial</i>	VIII-34 / 374
17. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos	VIII-34 / 374
18. Qué es “revisión judicial”	VIII-35 / 375
19. Diferencia entre “revisión judicial” y “anulación judicial del acto”	VIII-37 / 377
20. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisables judicialmente	VIII-38 / 378
21. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo	VIII-38 / 378
22. Aplicación de esos límites por el juez	VIII-38 / 378
V. <i>El acto de gobierno ante la política</i>	VIII-39 / 379
23. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política	VIII-39 / 379
24. El principio de la irrevisabilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público	VIII-40 / 380
VI. <i>Conclusión</i>	VIII-41 / 381
25. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, institucionales, etc. y subsunción de estos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos	VIII-41 / 381

Capítulo VIII

LA NO JUSTICIABILIDAD DEL ESTADO¹

I. Planteo general del problema

1. Los diferentes conceptos de “gobierno”

La palabra “gobierno” designa el conjunto de los tres poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo. Ese es el sentido en que nuestra Constitución emplea el término, al tratar en la segunda parte, título primero, del “Gobierno Federal;” sección primera, “Del Poder Legislativo,” sección segunda, “Del Poder Ejecutivo,” sección tercera, “Del Poder Judicial;” en igual sentido habla en el título segundo de los “Gobiernos de Provincia.” En Francia, en cambio, el art. 20 de la Constitución de 1958 de la Vª República, llama “Gobierno” al gabinete ministerial, al igual que la Constitución alemana de 1949² y la austríaca:³ Es el conjunto de los más altos órganos ejecutivos del Estado.⁴ Ese es el uso común en nuestro país, pero por supuesto el uso común no es el que debe necesariamente regir para la interpretación de un texto normativo que no lo utiliza.

Pero hasta el uso común ha cambiado, pues el *B.O.* incluyó durante un breve tiempo una sección destinada a publicidad de programas, proyectos, etc., gubernamentales, bajo el algo pomposo pero en todo caso neutro nombre de “Actos de gobierno.” Esa forma de difusión de la palabra oficial devino redundante con la copiosa y cuestionable presencia del Estado en los medios adictos de comunicación social, manejados mediante una arbitraria y desviada distribución de la llamada pauta oficial de propaganda pública.

¹Mantenemos aquí la posición expuesta en *El acto administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 y en sucesivas ediciones.

²Constitución alemana, art. 62. Ver SARTORIUS, CARL, *Verfassungs und Verwaltungsgesetze*, t. 1, Munich y Berlín, 1959, § 66, p. 19.

³ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1954, p. 8.

⁴Su origen está en MERKL, ADOLF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena/Berlín, 1927, p. 57.

2. *Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno*

Los dos empleos señalados del vocablo y particularmente el segundo, pertenecen a la teoría política, y deben ser distinguidos de una tercera acepción del término, que pertenece específicamente al derecho administrativo. Con este tercer empleo de la palabra, se designa a ciertas actividades del Poder Ejecutivo. Se trata de la teoría de los “actos de gobierno,” nacida en Francia con referencia a un cierto tipo o conjuntos de actos realizados por el Poder Ejecutivo (el “Gobierno” en el segundo sentido) y recogida nominalmente en nuestro país por obra de jurisprudencia que ya desapareció. La misma teoría tiene una multivocidad llamativa: Desde el derecho norteamericano nos viene bajo el nombre de cuestiones políticas no justiciables; desde el gobierno militar brasileño, en su época, llegó como “actos institucionales,” aquí recogida primero por la doctrina de MARIENHOFF y luego, con tales antecedentes, por nuestro último gobierno militar;⁵ un discípulo de este último intenta hacerla revivir bajo el nombre de actos constitucionales, pero los esfuerzos parecen vanos. Siempre es la misma cuestión, preguntarse si existe o no revisión judicial suficiente y adecuada de determinadas actividades del gobierno en su segunda acepción; si no existe acaso privación de justicia respecto de ellos. El derecho francés, que en su peculiar historia no reconoce a la justicia potestad alguna de intervenir en asuntos administrativos, menos problema se hizo en no admitir el acceso a la revisión allí llamada “contencioso administrativa” respecto de alguna parcela de poder administrativo,⁶ pero eso ya no es doctrina corriente en la actualidad. En derecho administrativo, pues, el problema del llamado acto de gobierno (“cuestiones no justiciables,” “actos institucionales,” “actos constitucionales,” etc., según los variados modos de ocultamiento de la realidad) debe entenderse sólo con referencia a ese tipo de actos del Poder Ejecutivo.⁷

En los últimos años no se ha recurrido a esta doctrina para escapar a la anulación judicial, pero se ha hecho uso de otras. Una es la utilización de vías de

⁵ Como lo recuerda el propio Estado en el caso *Noro*, CSJN, *Fallos*, 320: 1469, año 1997, cons. 4°: “del acta institucional del 1° de septiembre de 1977.”

⁶ El sistema francés tiene peculiaridades que no lo hacen trasladable a los sistemas como el español o el nuestro, pero los autores o los fallos argentinos y de alguno que otro país latinoamericano han insistido en acudir a esa fuente sin siempre advertir las diferencias. Por eso en una obra española, contemporánea y completamente moderna, se hace necesario a los autores puntualizar a cada paso las diferencias. Es indispensable por ello la consulta de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, con notas de AGUSTÍN GORDILLO. Es interesante ver el equilibrio hallado en el proyecto de Constitución Europea para acomodar la garantía de acceso a la justicia y el sistema francés. Lo explicamos en la obra citada, nota XXIV.2, “La aproximación: «tutela judicial efectiva por juez imparcial e independiente» o «recurso efectivo ante un tribunal imparcial e independiente»,” pp. 618-A y 618-B; nuestro “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union/La Constitution de l'Union Européenne*, “European Public Law Series/Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294.

⁷ MAIRAL hace un desarrollo diverso, pero también crítico de la doctrina del acto de gobierno: *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 503 y ss.

hecho de la administración, no documentadas por escrito, donde se confía en la clásica reticencia del sector empresario a cuestionar judicialmente el accionar administrativo. La otra que se ha utilizado es la vía de los decretos de necesidad y urgencia.⁸ En una u otra hipótesis, no se trata de omisiones o falencias de control que cometa *todo* el Poder Judicial, sino a veces de incontables extralimitaciones de poderes políticos salidos de todo margen normativo.⁹ Los fallos de primera y segunda instancia federal no incurrir en esas violaciones al orden constitucional,¹⁰ ni tampoco los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires.¹¹

Hasta era posible soñar con que había sido una etapa superada, hasta que la concentración de poder político que culminó en el año 2006 y siguientes ha logrado que los decretos de necesidad y urgencia sean ratificados legislativamente sin que exista debate público, que las vías de hecho de la administración sean normales y no sean cuestionadas judicialmente, que la intervención estatal en la economía termine destruyéndola sin que nadie ose acudir a la justicia a pedir el cese de los desmanes, etc.

Es la política de los hechos consumados, de los cuales la CSJN no siempre está dispuesta a rectificar el camino.

El gobierno no necesita recurrir a las doctrinas que lo eximían del control judicial; contando con la falta de cuestionamiento judicial de los afectados, la ratificación legislativa, la aprobación legislativa ficta, el control de los jueces por medio de un politizado Consejo de la Magistratura, etc., el control judicial se torna complaciente, tanto que no necesita argüir la irrevocabilidad, le basta con utilizar la vasta panoplia con la cual limita su control de la irrazonabilidad legislativa.

El acto de gobierno y el poder de policía, las armas mortíferas del derecho administrativo autoritario de otrora, han quedado tan desautorizadas moral y políticamente que ya no parece necesario recurrir a ellos, cuando se han descu-

⁸ D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2006, 2ª ed., pp. 81-82, nota 76.

⁹ A partir de un estado de emergencia real que justificó medidas de urgencia en el 2001/2, pero no para adoptar las medidas irrazonables, confiscatorias y desviadas que se adoptaron. En lugar de acudir a teorías excepcionales, el gobierno optó por destruir todo el sistema jurídico. Ver MAIRAL, HÉCTOR A., "La degradación del derecho público argentino," en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; "El efecto de la crisis económica en el derecho," 24 de noviembre de 2003, conferencia organizada por la RAP, Globalización, crisis argentina, reforma de la regulación y seguridad jurídica: El artículo se encuentra en Circular Leter N° 23, en www.revistarap.com.ar; "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, 2004, pp. 3-18; "Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina," en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Buenos Aires, FDA, 2003, ps. 129-35.

¹⁰ D'ARGENIO, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹¹ El Tribunal Superior de Justicia de la CABA ha rechazado la supuesta no justiciabilidad de los "actos de gobierno:" ver STUPENENGO, JUAN ANTONIO, "Un acertado rechazo a las denominadas «cuestiones políticas no justiciables»," *LL*, 2002-A, 94.

bierto palabras nuevas con las cuales conseguir el mismo resultado: Hoy son la emergencia, la delegación legislativa *sine die* por culpa de un Congreso que desafió durante una década la condena histórica del art. 29 de la Constitución nacional,¹² sumado al manejo hiperdiscrecional de los fondos públicos, los superpoderes, tanto más. No hace falta más. Pero no conviene olvidar los monstruos que la historia ha muerto, pues pueden sorprender con su buena salud. Esa es la única razón para insistir con un tema que podría considerarse superado.¹³ Bástenos como argumento que Rosas, el emblema de la interdicción del Art. 29, orna nuestros

¹² La ley 25.148 (con vigencia a partir del 24-VIII-99, según lo establecido por DNU 924/99) prorrogó por tres años (hasta el 24-VIII-02) las delegaciones legislativas anteriores al 24-VIII-94, pero además, aprobó la totalidad de la así llamada legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994. Es decir, no solo prorrogó las leyes delegantes sino que otorgó rango provisorio de *ley* a las normas inferiores (decretos, resoluciones, comunicaciones) emitidas como supuesta legislación delegada. Las leyes posteriores adoptaron la misma técnica (prórroga de la legislación delegante y aprobación de la legislación delegada) calzadas unas a otras a medida que iban perdiendo vigencia tanto las leyes de prórroga de la delegación y de la mal llamada “legislación delegada.” La ley 25.645 (del 24-VIII-02 al 24-VIII-04), la ley 25.918 (del 24-VIII-04 al 24-VIII-06) y la ley 26.135. (Del 24-VIII-06 al 24-VIII-09.) Por último, la ley 26.519 dispuso una última prórroga de la legislación delegante hasta el 24-VIII-10 —fecha en que caducó dicha legislación—, pero sin aprobar la legislación delegada dictada a partir del 24-VIII-06 —fecha de la última ratificación por ley 26.135.

La Corte en *Camaronera Patagónica* (14-IV-14, LL, 28-IV-14, p. 7) parece haber concluido en: a) la constitucionalidad de la técnica empleada en las leyes descritas, es decir, la prórroga temporaria y con fecha límite de la legislación delegante y la aprobación, con igual alcance, de la legislación delegada, y b) la aprobación de la legislación delegada no sana retroactivamente actos nulos dictados con fundamento en las leyes delegantes preexistente a la reforma constitucional de 1994. Esos actos serán legítimos desde el momento de la entrada en vigencia de la aprobación legislativa, en caso de ser dada válidamente con carácter de permanencia. En esa inteligencia, los actos dictados en virtud de leyes delegantes anteriores al 24/8/94 (vigencia de la nueva Constitución) tuvieron rango de *ley*, en virtud de las sucesivas aprobaciones dispuestas por leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135, con dos salvedades: i) que hayan sido emitidos hasta el 24-VIII-06, fecha de entrada en vigencia de la ley 26.135 (última aprobatoria de la legislación delegada); ii) que no sean nulos, es decir, que no adolezcan de una nulidad absoluta e insanable. Caso contrario, resultarán válidos sólo a partir de la fecha de aprobación legislativa y no desde su emisión.

iii) Cabe observar, con todo, que falta declarar la inevitable, total e insanable inconstitucionalidad de las leyes de prórroga de la delegación que excedieron el claro límite temporal impuesto por la Constitución. Cabe suponer que la Corte esperará el momento oportuno para hacerlo, pues mientras se va develando la dimensión del desequilibrio y déficit fiscal, el importante endeudamiento público a corto plazo, el monto real de las reservas, etc. *Necessitas non habet legem*. Parafraseando a RIVERO, es la jungla de la ley, aunque para nuestro parecer es más la ley de la jungla.

¹³ Hace cuatro décadas MARIENHOFF sostuvo que los actos de gobierno eran revisables judicialmente, pero en un giro verbal “descubrió” una “nueva” categoría, que llamó los “actos institucionales,” al estilo del gobierno militar brasileño de ese entonces, “actos institucionales” de los que postulaba su irrevisabilidad jurisdiccional. El mero juego semántico era obvio, pero tuvo algún andamio. JUAN CARLOS CASSAGNE realiza un parecido juego verbal, pero con otras palabras y con un alcance sensiblemente más moderado. El acto de gobierno, admite, es revisable. Pero habrá una nueva categoría de actos, propuesta por él en su trabajo, que se llamarán “actos constitucionales,” los cuales serán a veces sí, a veces no, revisables: CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Sobre la judicialización de las cuestiones políticas,” LL, 2006-A, 857. Son particularmente interesantes sus dos últimos párrafos, pues parecen decir, o dicen, cada uno exactamente lo contrario del otro: En el estilo del autor, es su forma de evitar dar una definición tajante al problema y dejarlo abierto.

billetes de \$ 20: O sea, se pretende que sea al mismo tiempo el paradigma de la dictadura en la delegación absoluta de facultades, y un prócer de la patria.

3. Gobierno y actos de gobierno

Haciendo pues un poco de historia, algunos autores clásicos relacionaron al primer y tercer concepto buscando ubicar a la teoría del acto de gobierno dentro del concepto constitucional argentino de Gobierno.¹⁴

Sin embargo, si bien el “gobierno” es el total de los tres poderes del Estado, bajo el nombre de “actos de gobierno” se estudiaba una categoría de actos que son solamente del P. E. La importancia del tema reside en la consecuencia que de la teoría se quería antaño desprender, a saber, su no justiciabilidad, la imposibilidad de atacarlos judicialmente, o la imposibilidad judicial de revisarlos, o la revisión limitada a supuestos de extrema irrazonabilidad, etc. Todas variantes de nuestro caudillismo hiperpresidencialista de siempre que ahora, como ya dijimos, ha encontrado mejores y más fértiles canales de expresión satisfactoria para el poder con la invocación de la emergencia y el uso del cetro de la delegación legislativa virtualmente ilimitada. Da lo mismo que se los llame “actos de gobierno,” al estilo francés, o “actos de Estado,” en la usanza inglesa; “cuestiones políticas” o “actos no justiciables,” al estilo norteamericano, y argentino de otrora; “actos de autoridad” o “actos soberanos,” como en Alemania, además de “actos de gobierno;” “actos institucionales” y “actos complementarios,” como era en Brasil; “actos institucionales” como propuso MARIENHOFF o “actos constitucionales” como sugiere CASSAGNE. El trasfondo político es siempre el mismo: Cómo retacear el control judicial, cómo permitir que la administración actúe fuera de la ley, en contra de la Constitución, de la racionalidad,¹⁵ impunemente.

La resistencia cultural al control judicial hace que muten las denominaciones: Por ello la sociedad civil debe estar vigilante para defender su derecho al acceso irrestricto a la justicia. En Brasil se utilizan ahora las “medidas provisionales,”¹⁶ lo cual acarrea “la exagerada cautela” de la Corte, con más abusos del Poder Ejecutivo.¹⁷ Esas teorías, con distintos ropajes semánticos, coinciden en la pretensión

¹⁴ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1966, 6ª ed., p. 701; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 518; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 402, quienes siguen a RANELLETTI, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed., p. 50.

¹⁵ CASSAGNE, con todo, deja en claro que en tales supuestos la revisión judicial existiría, aunque parece limitarlo a supuestos muy excepcionales. Es la estrategia de siempre: Dar la impresión superficial de una cierta moderación, pero siempre dejar la vía de escape para los poderes públicos que quieran abusar de su poder.

¹⁶ Puesto que es una calificación unilateral del P. E., es un retroceso de dos siglos a la época francesa en que la no justiciabilidad la decidía el propio autor del acto, calificándolo de determinada manera, *infra*, § 7, “La tesis subjetiva: no se revisa lo que el Poder Ejecutivo dice que no.”

¹⁷ MERLIN CLÈVE, CLÈMERSON, *Medidas provisórias*, San Pablo, Max Limonad, 1999, 2ª ed., pp. 136, 137-9: “La postura del Supremo Tribunal Federal ha sido, lamentablemente, tímida.” MAIRAL,

de que ciertos actos, partes o aspectos de actos de la administración estén exentos de control judicial suficiente y adecuado; en negar el acceso pleno a la justicia.¹⁸ Consagrar la privación de justicia, uno de los derechos humanos fundamentales en una sociedad democrática.¹⁹ En ocasiones, el origen autoritario es desembozado, como ocurrió con el “acto institucional n° 3” dictado por el gobierno militar de la revolución brasileña en 1966, que autorizaba el dictado de “actos complementarios” del “acto institucional” y actos de ejecución, *todos* los cuales quedaban por expresa disposición del citado “acto institucional n° 3,” “*excluidos de apreciación judicial.*” Poco importa la denominación o caracterización que se les dé, si la consecuencia es la indicada;²⁰ a la inversa, si se les quita esa particularidad de su pretendida irrevisabilidad jurisdiccional total o parcial, entonces ninguna diferencia jurídica tendrán con los demás actos administrativos y no habrá por tanto razón para distinguirlos. Es más, la discusión entraría en la pura terminología estéril si los tribunales dijeran que *no* revisan los actos pero *de hecho los revisarían*. Para tribulación del lector, *esa es exactamente la situación del derecho argentino.*²¹ Una constante y fina lectura entre líneas que diferencie lo que los fallos resuelven o hacen y lo que dicen que hacen o resuelven y el modo en que fundamentan o hablan del tema mientras se aprestan a resolver, es así cuidadosamente indispensable para no entrar en más equívocos que los que cada fallo hace.²² Pero hay que reconocer a toda la jurisprudencia —analizada en el largo plazo— que hace este tipo de afirmaciones, no por confusión mental ni desvarío político, sino por el mismo tipo de “prudencia política” que inspiró al “contencioso administrativo” francés. Toda vez que aquí nos refiramos a lo que se llama actos

op. cit., t. I, p. 510 y ss., señala que hay cuestiones políticas “falsas” en que el acto es válido pero la CSJN no quiere comprometerse legitimándolo y prefiere eludir el tema.

¹⁸ D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 82, nota 76: “Es tiempo que la idea de «no contrariar al poder» se elimine definitivamente de las sentencias de nuestros tribunales en miras al respeto de los derechos del hombre, componente de la sociedad a la que el poder no debe trabar en su desarrollo.”

¹⁹ En este mismo sentido, comparando la terminología europea y norteamericana, SCHNEIDER, HANS, *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Tübingen, 1951, pp. 78-9. Por ello habla de actos “libres de la justicia,” comprendiendo allí todas las diversas denominaciones y categorías; lo cual destaca que el problema es el mismo aunque se cambie la terminología, incluyendo la brasileña de facto que algunos han seguido en nuestro país, como veremos en la nota siguiente.

²⁰ MARIENHOFF nos dice que no admite los actos de gobierno pero introduce los actos institucionales, que no son revisables y son los mismos, algo que no pudo dejar de advertir la doctrina argentina, por ej., FARRANDO (H.), ISMAEL, “Estado, poder, órganos y funciones,” en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 20. Los intentos ulteriores de repetir el experimento son más morigerados que el original, como vimos *supra*, notas 11 y 13.

²¹ Ver BIELSA, RAFAEL ANTONIO y GARBER, CARLOS ABELARDO, “Aeropuertos: algo más que un caso difícil,” *LL*, 1999-A, 110, nota al fallo de la CSJN, *Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, *LL*, 1999-A, 113, año 1997.

²² En todo caso y como señala MAIRAL, “Afortunadamente es una noción que va desapareciendo de nuestro derecho:” “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino,” en AA.VV., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 41 y ss., pp. 53-4.

de gobierno, estamos comprendiendo también cualquier otra denominación o giro lingüístico con que se quiera distinguir actos de la administración de los cuales no habría supuestamente revisión judicial, o no la habría suficiente y adecuada. No nos preocupa tanto el empleo de este sistema de palabras —aunque es de lamentarlo, llenas de contenido ideológico autoritario que no contribuyen a la formación cívica—, en cuanto se asegure la mínima revisión judicial suficiente y adecuada, conforme al *standard* de la Convención Americana de Derechos Humanos y nuestra propia Constitución nacional —que en parte alguna limita o condiciona la revisión judicial de la actividad administrativa.²³

4. *Carácter metajurídico de la teoría*

¿Qué es la teoría del acto de gobierno y su cohorte de sinónimos? Más que teoría, en Francia es inicialmente la conducta del Consejo de Estado de negarse a ejercer control sobre un número de actos que designó así. *Praxis* de subsistencia política que otros tribunales y países han encontrado útil cuando no han querido o podido cumplir su función de otorgar acceso a la justicia ni enfrentar o legitimar el poder de turno. En un comienzo se fundaba la decisión de no juzgar el acto en que era “acto de gobierno;” pero la única característica de estos resultaba ser que no eran juzgados... Se trataba de un círculo vicioso y de una jurisprudencia carente de fundamentación constitucional.²⁴ La decisión de nuestra Corte de no entender en estas cuestiones partió igualmente de consideraciones políticas. Estimó que la importancia política del acto hacía necesario que la administración gozara de libertad y por ello se inhibió de intervenir, olvidando que tales razones son extrañas a la función de un tribunal de justicia. ¿Para qué está un tribunal si no es para hacer justicia?²⁵ Era una petición de principios: Se afirmaba que un grupo de actos del Poder Ejecutivo, a los que se denominará, “de gobierno,” “políticos” o “institucionales,” no eran impugnables ante la justicia: Que eran irrevisables judicialmente, o “no justiciables,” etc. Luego se trataba de encontrar un “fundamento” para esa afirmación: Entonces se decía que no eran justiciables porque tenían un alto fin político, porque hacían a las relaciones entre los poderes, porque afectaban a razones de Estado, etc. El tercer paso era deducir de tal supuesto principio general cuáles eran los actos que por su contenido político, institucional, etc., caían en tal categoría. La lista era siempre similar: Actos relativos a las

²³ Por ello la crítica de MAIRAL es distinta: admite supuestos de irrevisabilidad judicial, sólo que a su juicio no responden a una causa ni concepto único; expresa “Ábrase, en cambio el paquete de las cuestiones políticas, como dice HENKIN, colóquese a sus respectivos componentes donde corresponde y descártese luego el envoltorio.” MAIRAL, *Control...*, vol. I, *op. cit.*, p. 559.

²⁴ WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 799.

²⁵ Desde luego, esto lo afirmamos con referencia a los países de sistema judicial y en particular el nuestro.

relaciones internacionales,²⁶ a la seguridad interior,²⁷ a las relaciones entre los tres poderes del Estado.²⁸ Pero siempre tuvo novedades, de país en país, de época en época, según cómo cada uno percibía los vientos políticos de su tiempo y de su lugar. Era una construcción verbal empírica y ocasional, descartable cuando el poder era débil, remozada cuando era fuerte: Pura *praxis* política en el seno de la Justicia. Así lo ha destacado un voto disidente de la decisión mayoritaria de la CSJN en materia de aeropuertos.²⁹ Como dijera PETRACCHI y BOSSERT, este es un mecanismo “*en el cual la mayoría de esta Corte, cada vez que el ejercicio de aquel control por los jueces inferiores no le satisface, saltea las instancias regulares y le niega competencia al tribunal que ejerció ese control.*”

Es que aquí esa mayoría de esa Corte perfeccionó la inconstitucionalidad: Además de negar la propia intervención judicial niega también, sea o no por salto de instancia, la de los jueces competentes. Bien se comprende que esto es un accidente en la historia, no un principio de derecho. Fue un hecho, como también muchas ilegitimidades lo son, que no alcanzan para ser erigidas en teoría jurídica. Los argumentos que se esgrimen son metajurídicos en cuanto invocan razones ajenas a la justicia, proponiendo que fuera ajeno al Poder Judicial hacer justicia. No existen fundamentos *normativos* que prueben que ciertos actos no son atacables ante la justicia, o no lo son salvo supuestos de grave irrazonabilidad; afirmación ésta muchísimo más moderada, como se advierte y que es la clásica versión argentina del problema.³⁰

5. Problemas a considerar

Para poder determinar si esto es así, o sea, si hay o no fundamento jurídico para excluir o limitar la revisión judicial de ciertos actos o aspectos de actos del Poder Ejecutivo, es necesario considerar diversos problemas: 1º) Explicar el

²⁶ Así, la declaración de la guerra o la concertación de tratados internacionales, el mantenimiento o ruptura de las relaciones diplomáticas, etc.

²⁷ Declaración del estado de sitio, intervención federal a las provincias.

²⁸ Designación de magistrados, apertura y clausura de las sesiones de las cámaras, envío de proyectos de ley: Son las cuestiones políticas “falsas” que explica MAIRAL, *Control..., op. cit.*, § 305, pp. 511-3. Pero existe revisión judicial de la designación de magistrados, como explica SCHEIBLER, GUILLERMO, “Algunas cuestiones relativas al procedimiento de designación de magistrados en la Ciudad de Buenos Aires,” nota al fallo *Spisso, LL*, 2002-D, 740. También se controla con mayor rigor el debido proceso legal en el ejercicio de las funciones del Congreso: THEA, FEDERICO G., comentario al art. 8 de la CADH, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 136 y ss.; AMAYA, JORGE ALEJANDRO, “El control jurisdiccional de los *interna corporis acta*,” en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho, UBA, 2013, p. 51 y ss.

²⁹ Ver también BIELSA y GARBER, “Aeropuertos: algo más que un caso difícil,” *op. cit.*

³⁰ Más allá de la fraseología que se elija en cada caso, nadie ignora que no existe fundamento jurídico serio en base al cual excluir la revisión por los jueces de toda una categoría de actos, una parte de ellos, o alguno cada vez que el clima político oficial lo necesita. Como dice HANS SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 79, en ningún país hay una “fundamentación dogmática precisa” de su irrevisabilidad.

origen y la evolución de la cuestión en Francia, pues ese panorama histórico es sumamente claro en cuanto al carácter metajurídico y fáctico de toda la teoría comentada; 2º) hacer un análisis constitucional para establecer si en el juego de las normas constitucionales es posible o no fundamentar que una categoría de actos sean irrevisables jurídicamente; 3º) establecer qué ocurre en la realidad jurisprudencial, o sea, si los jueces en la actualidad realmente entienden de la revisión de tales actos, o en cambio se abstienen de ejercer control judicial sobre ellos; 4º) referirnos al tema de si tales actos son controlados únicamente para determinar su conformidad o disconformidad con la Constitución, o si en cambio también se analiza si se ajustan a la legislación general.

Finalmente, se impone una reflexión sobre la naturaleza política de la cuestión, en el sentido de si es políticamente sano que los actos objeto de control, sean tratados con guante blanco, si es políticamente correcto que los jueces intervengan o dejen de hacerlo y si el criterio con el cual los tribunales juzgan lo que algunos autores llaman con estos nombres especiales, es fundamentalmente diferente del criterio con que juzgan los demás actos de la administración. El problema fundamental es siempre el mismo: Si ciertos actos son o no justiciables, con qué extensión, bajo qué giro verbal.

No es solución decir que los “actos de gobierno” son revisables judicialmente, p. ej., pero agregar a renglón seguido que existen otros actos, que no serán llamados actos de gobierno sino una mera lista empírica no categorizable;³¹ o “actos institucionales,” “constitucionales,” etc., los cuales —estos sí— no serán revisables judicialmente.³² Ello no es sino mudar de nombre al problema, que se mantiene en tal tesitura invariable. Lo que importa, entonces, no es cómo llamaremos a los actos irrevisables, sino si existen en la práctica jurisprudencial actos irrevisables en todo o en parte, cualquiera sea el nombre que se les quiera dar.

II. Origen y evolución de la teoría

6. Origen

Recuerda DUEZ que el Consejo de Estado francés, creación napoleónica, fue atacado con el retorno de los Borbones al poder y ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa decidió disminuir sus atribuciones a fin de sobrevivir.³³ Para lograrlo giró a los tribunales judiciales algunas materias

³¹ Comp. MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, p. 559, quien se aproxima así precisamente a la doctrina francesa que mentamos en el § 7.

³² Hay innovaciones semánticas que han sido pegajosamente dañinas: Reputados autores de hoy han adoptado la palabra “institucionalidad” para denotar un nivel de respetabilidad, misterio, mística, superior en los arcanos del poder. Tal es la influencia negativa de los creadores de esas nociones que pretenden justificar lo injustificable; desechos de poder que quieren escapar o fintear al derecho.

³³ DUEZ, PAUL, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, p. 31.

que antes eran de su competencia y a otras cuestiones las consideró “*irrecevables*,” es decir, no revisables y ni siquiera receptibles. La acción o recurso era directamente rechazada mediante la interposición por parte de la administración de algo que se designó como “*fin de non recevoir*.”³⁴ Estas materias que el Consejo de Estado se negaba a considerar y que tampoco enviaba a los tribunales judiciales, quedaban así huérfanas de todo control jurisdiccional; una denegación de justicia que en tal aspecto se prolonga hasta hoy;³⁵ estos son los actos de gobierno del derecho francés.

Si comprendemos en su cabal dimensión el contexto sociológico y político del tema en Francia, nos será más fácil entender cuál puede ser su encuadre en un país *normativa y teóricamente* de régimen constitucional como el nuestro, que no obstante tiene una *realidad* tan poco acorde a su régimen constitucional.³⁶ Es un problema que ha llevado a múltiples denominaciones del malestar en la cultura nacional, sea la anomia colectiva o el vivir permanentemente al margen de la ley y el orden constitucional. Así expuesta la cuestión, no nos hallamos ante construcción jurídica alguna, sino ante una más de tantas abdicaciones que conocemos de los órganos y sistemas de control, insusceptible de fundamentar las violaciones a nuestra Constitución.

Los amparos para defender el derecho de propiedad u otros frente a la administración, que en el pasado fueron rechazados *in limine litis*, retoman luego sentido aunque un muy lamentable voto líder de cierto fallo haya, en el año 2005, querido destruir el sistema.³⁷ Si no hallamos solución para casos puntuales, menos la encontraremos para las falencias estructurales que constituyen grietas de los sistemas de control por donde se ha deslizado siempre y continúa desliziéndose, imperturbable, la gigantesca deuda externa del país. Lo hemos explicado tan incansable como inútilmente desde 1982 en adelante y lo hemos incorporado

³⁴ Algo así como una excepción perentoria de previo y especial pronunciamiento, a fin de que no reciba siquiera el recurso y no se le dé más trámite.

³⁵ WALINE, *op. cit.*, p. 195.

³⁶ Así lo explicamos, paso a paso, en todas nuestras notas a la edición argentina de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson-Civitas/La Ley, 2006, con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

³⁷ En el 2002 se produce un vuelco en la jurisprudencia, que comentamos en “«Corralito.» Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El caso «Smith» (o la razonabilidad cuestionada),” *LL*, 2002-B-790; ALLONA, CECILIA, “El fallo «Smith»,” *LL*, 2002-C, 1238; AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1226; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, I, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191. Sin embargo, la Corte Suprema pareció desconocer en un voto el avance, llegando a descalificar al esfuerzo desplegado por las instancias inferiores, al señalar que habían logrado convertir “a la administración de justicia en una suerte de festival de amparos e inconstitucionalidades que trava el ejercicio de sus atribuciones por los poderes legislativo y ejecutivo”, cons. 12º del voto líder *in re Bustos* ya citado. Criticamos ese voto en “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, pp. 905-921, reproducido en el cap. XI del t. 7.

como tema permanente de nuestra disfuncional realidad.³⁸ En ese contexto, los actos políticos no justiciables, institucionales, de gobierno, constitucionales o como más se quiera seguir inventando nuevas formas de llamarlos, son una anécdota casi trivial al compararla con la disfuncionalidad gravísima del endeudamiento perpetuo a gran escala,³⁹ uno más entre tantos problemas que a nuestra sociedad le resultan insolubles.

*7. La tesis subjetiva: No se revisa
lo que el Poder Ejecutivo no quiere que se revise*

Superada la dificultad, el Consejo de Estado francés empieza a aumentar su control de la legalidad, introduciendo los recursos por desviación de poder y violación de la ley; “pero para no comprometer el éxito de este desenvolvimiento, el Consejo de Estado se resigna a sacrificar algo para salvar el resto; al Gobierno, le concede todo un dominio en el cual por política jurisprudencial, entiende no penetrar.”⁴⁰ Este dominio es elástico y se rige en cuanto a sus límites por el criterio del mismo poder administrativo: es acto no susceptible de revisión por el Consejo de Estado (acto de gobierno) todo acto que tiene un móvil político: “lo que Ud. no quiera, yo no lo reviso.” Algo parecido a nuestros reglamentos de necesidad y urgencia a fines del siglo XX, que continúan y se repotencian con las delegaciones legislativas de fines del siglo XX y comienzos del XXI o las medidas provisionales en Brasil,⁴¹ el decreto-ley en Italia,⁴² etc. No somos originales en la creación del mal, pero nos las arreglamos para repotenciarlo.

Así pudo DUFOUR definir, en la época, y en otras palabras (pues palabras, en esto, es lo que sobra) que “lo que hace al acto de gobierno, es el fin que se propone

³⁸ En la *Parte general*, t. 1, 1ª ed. de esta colección, 2014, cap. II, § 5.3, “El sistema y los intersticios.” Venimos advirtiendo del tema desde 1982, en “El contrato de crédito externo,” en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, 97: 423-449; reproducido en AA.VV., *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, t. II, Buenos Aires Astrea, 1982, pp. 187 a 226; cap. IV de nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996 y 1998; actualmente se encuentra en el t. 7, cap. XXIV, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo24.pdf.

³⁹ Ver FERRERES, ORLANDO, *Dos siglos de economía argentina (1810-2004.) Historia argentina en cifras*, El Ateneo, Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005. Los gráficos demuestran, en números, que esta crisis en la cual estamos inmersos y se ha repotenciado a partir del año 2002, es más grave que la peor que registró la historia argentina previa. Respecto a la peor crisis antes de esta ver CORTÉS CONDE, ROBERTO, *Dinero, deuda y crisis. Evolución fiscal y monetaria en la Argentina. 1862-1890*, Buenos Aires, Sudamericana/Di Tella, 1989. ¿Acaso un “acto de gobierno” permitirá a un hechicero milagroso superar la crisis? Es al revés, solo el cumplimiento férreo del Estado de Derecho permitirá tener un país ordenado en que tales desaguisados no puedan ser cometidos por sucesivos gobiernos exentos de control.

⁴⁰ DUEZ, *op. loc. cit.*

⁴¹ MERLIN CLÈVE, *op. cit.*, pp. 135-52, “Contrôle judicial das medidas provisórias;” BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2004, 17ª ed., cap. II, ap. II, a), § 29 a 36, pp. 115-23.

⁴² En la doctrina italiana ver PIZZORUSSO, ALESSANDRO, “Un convegno sui decreti-legge non convertiti,” *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, 1995-1: 306-7.

su autor. El acto que tiene por fin defender la sociedad tomada en sí misma, o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos interiores o exteriores, reconocidos u ocultos, presentes o futuros, he ahí el acto de gobierno.”⁴³ De esta manera, todo acto administrativo podía en principio transformarse en acto de gobierno, con el sólo requisito de que expresara tener un fin político.

Esa antiquísima fórmula reaparece en nuestro país con toda comodidad, como si estuviera en el código genético nacional, sin estar escrita, y es así como a fin del siglo XX nadie ignoraba que era la “necesidad” política de la administración lo que llevaba al “fallo político” de la mayoría oficialista de la Corte Suprema; o a comienzos del siglo XXI la legislación de emergencia y de ultra concentración del poder presidencial e hiper presidencialismo, de un Congreso oficialista en el 2005, 2006 y después...

Lo cual nos muestra otra faceta fundamental del problema en la Argentina: No es una *jurisprudencia* que asuman los tribunales federales de primera ni segunda instancia, no es la teoría de *la Corte Suprema*. Esta versión local es el *hecho* producido de tanto en tanto por una mayoría históricamente ocasional en este tribunal y en este país, fruto de una época determinada y en circunstancias puntuales de presidencialismo y caudillismo en sus múltiples variantes y experiencias, siempre diversas en los detalles, siempre iguales en lo esencial. El acto de gobierno en principio pertenece al pasado y puede decirse que se ha superado: Hay argumentos más fáciles para darle la razón al poder.

Pero la doctrina está allí, no en el desván de los recuerdos, sino en la armería, guardada y lista para ser reutilizada si los tiempos la vuelven a requerir. Son cimas del poder público y caídas al abismo anti republicano en un “sistema”⁴⁴ que nunca logró el equilibrio ni la estabilidad de una división y fractura⁴⁵ del poder que permita el ejercicio del control social en libertad y sin abusos de nadie, en el poder o fuera de él.

Hay que saber esperar los tiempos históricos y no confundir los *hechos* con el *derecho*, y mientras tanto tratar de construir una sociedad acorde a los principios de un estado democrático de derecho. Pero no hay que olvidar el pasado en cuyo suelo barroso siempre hemos tenido firmemente hundidos los pies.⁴⁶

⁴³ Citado por DUEZ, *op. loc. cit.*

⁴⁴ Lo entrecomillamos pues no creemos que él exista, en el estado de cosas que estamos describiendo. Así lo explicamos en las glosas a NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 6, “Principios, sistema, principio fundante,” pp. 78 a 80 y más especialmente nota 17, “El sistema, la vida, los tribunales,” pp. 86 a 91.

⁴⁵ Ver *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. III, § 5, “Del sistema de frenos y contrapesos a la fractura del poder como control,” § 5.1, “La transferencia y fractura del poder como control.”

⁴⁶ Un deslumbrante resumen en PÉREZ GILHOU, DARDO, *Presidencialismo, caudillismo y populismo*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005. Cada una de sus líneas, por donde pasa toda la historia argentina que ilustra el título y da fundamento empírico a nuestro aserto, debiera estar grabado a fuego en nuestra conciencia colectiva. No lo está, por ello siempre reincidimos.

8. *La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración*

Al caer el régimen imperial en Francia y desarrollarse el espíritu de la legalidad, el “acto de gobierno” se presentaba como una pieza discordante en el derecho francés. Pero no se pasó del *déni* a la afirmación, sino que se consideró que lo que estaba mal era que la decisión de irrevisabilidad estuviera en las manos del administrador. Se creyó que quizás era suficiente con suprimir ese criterio y sustituirlo por otro que la restringiera y concediera protección en los otros casos. Se intentó entonces determinar cuándo un acto era administrativo y cuándo de gobierno, fijar directivas *a priori* que señalaran una separación precisa destinada a evitar la transmutación subjetiva de un acto administrativo en acto de gobierno; ello condujo a la distinción entre gobierno y administración. Se procuró entroncarla con función gubernamental y función administrativa, considerando a la primera de mayor importancia que la segunda, dominándola y determinando la orientación general según la cual se cumplirá la última.⁴⁷ Constituyó un avance sobre la doctrina del “móvil político,” pues la distinción no la haría ya el mismo poder administrador con su motivación subjetiva del acto, sino el tribunal. Fue un progreso en esa prehistoria jurídica, cambiar la subjetividad de la administración por la del tribunal. En esta etapa LAFERRIÈRE considera que “administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, cuidar las relaciones de los ciudadanos con la administración central o local y de las diversas administraciones entre ellas. Gobernar, es proveer a las necesidades de la sociedad política toda entera, velar por la observación de su constitución, el funcionamiento de los grandes poderes públicos, las relaciones del Estado con las potencias extranjeras, la seguridad interior y exterior.”⁴⁸ Para HAURIUO, gobernar es “solucionar los asuntos excepcionales y velar por los grandes intereses nacionales; administrar, es hacer los asuntos corrientes del público.” Según TEISSIER, gobernar es “exclusivamente [...] velar por el funcionamiento de los poderes públicos en las condiciones previstas por la Constitución y asegurar las relaciones del Estado con las potencias extranjeras. Administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con el Poder Público y las diversas administraciones entre ellas.”⁴⁹

9. *Insuficiencia de la distinción*

Pero ya BEQUET observó que “la delimitación de las atribuciones de las dos autoridades, así hecha, es más aparente que real [...] ¿Qué es en efecto, en administración, asegurar la aplicación diaria de las leyes? ¿Qué es velar por las relaciones de los ciudadanos con la administración central? ¿Qué es, en gobierno, proveer a la

⁴⁷ DUEZ, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁸ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, París, 1906, 2ª ed., p. 32.

⁴⁹ TEISSIER, GEORGES, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 41.

seguridad interior o exterior? Si el gobierno, para proveer a la seguridad interior, suprime la ejecución de una ley; si para proveer a la seguridad exterior suspende las relaciones de los ciudadanos con la administración central, ¿realizará él un acto de administración o de gobierno?”⁵⁰

Todos los ensayos de distinción han caído en la misma imprecisión que impide toda connotación útil; la diferenciación entre asuntos “comunes” y “trascendentes” es un buen ejemplo de ello.

Igual observación puede hacerse al intento de parte de la doctrina argentina de distinguir actos constitucionales, que serían a veces revisables y a veces no, de los actos administrativos, que serían siempre revisables. Las lecciones de la historia demuestran que estos intentos están destinados a no tener éxito.

10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia

La jurisprudencia francesa, al abandonar en 1872 la teoría del móvil político, dijo que “no son los motivos de la decisión de un funcionario los que imprimen a un acto su carácter esencial. Este carácter resulta de la naturaleza misma del acto, de su objeto.”⁵¹ No ha tenido más éxito que la doctrina en precisar ese objeto, ni ha podido decir qué es “gobierno” o “administración.” Desechado el fin político para fundar la irrevisabilidad y siendo insuficiente la distinción entre gobierno y administración, la jurisprudencia se muestra huérfana de todo fundamento.

Esto lleva en Francia a la conclusión que la irrevisabilidad de tales actos no es más que un hecho: Los tribunales se niegan a ejercer control sobre ciertos actos que por ello se llaman “de gobierno.” Se abandona la distinción entre gobierno y administración como fundamento de una diferenciación pues la distinción es tan incierta y vaga que no distingue nada.⁵² Sólo con carácter verbal la doctrina menta allí una diferencia entre “gobierno” y “administración.” Nadie pretende obtener de ella conclusiones ni fundamento; si lo tiene, seguramente no es jurídico.

Ya lo dijo BONNARD: “Actualmente, la categoría de los actos de gobierno es mantenida. Pero no se ensaya ya dar una definición general. Se explica la inadmisibilidad del recurso por la necesidad, basada en razones de hecho, de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconveniente en dejar desarrollarse la cuestión.”⁵³

También lo adelantaron HAURIU⁵⁴ y RIVET,⁵⁵ en lo que DUEZ llama la “concepción empírica del acto de gobierno,” y que consiste pura y simplemente en su

⁵⁰ Citado por BRÉMOND, “Des actes de gouvernement,” *RDP*, t. V, París, 1896, p. 23 y ss., p. 32.

⁵¹ Comisario de Gobierno CHARDENET, *R.D.P.*, p. 674 (París, 1911); DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

⁵² BONNARD, ROGER, *Précis de droit public et administratif*, París, 1948, p. 127.

⁵³ BONNARD, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁴ HAURIU, MAURICE, *Précis élémentaire de droit administratif*, París, 1938, p. 262.

⁵⁵ Concl. Com. Gob. RIVET, *Couiétas* (1923), *R.D.P.*, París, 1924, p. 86; DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

enumeración;⁵⁶ acto de gobierno es “aquel que figura en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos.”⁵⁷ Tiene al menos la virtud de la honestidad, ese tan necesario no mentir a los ciudadanos, no pretender engañarlos, no creer que se puede hacerlo sin que nadie tenga sentimientos adversos que a la larga se los hará pagar. El consentimiento de los gobernados necesita como base mínima la confianza en la veracidad y sinceridad gubernamental, algo que entre nosotros provoca casi hilaridad. Si un gobierno no sabe ganarse esa confianza, siembra con prodigalidad las semillas de su propia caída. Claro que para entonces ya no le importa.

III. El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)

11. En la Constitución no hay excepción a la garantía de la defensa en juicio

¿Puede admitirse en el derecho argentino una categoría de actos del Poder Ejecutivo que no sean susceptibles de revisión judicial? Empecemos por la dogmática jurídica.

Nuestro sistema constitucional y supraconstitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial al menos en la cual ventilar sus reclamos. Es un aspecto del requisito de la defensa en juicio, establecido en el art. 18 de la Constitución, con el alcance de que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos,” cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia. Esa garantía constitucional no es exceptuada en norma expresa constitucional ni supraconstitucional alguna.⁵⁸ Algunos fallos confieren facultades amplias al Poder Ejecutivo, niegan acceso a la justicia por no haber caso,⁵⁹ tratarse de un amparo, etc., pero nunca afirman que el acto del Poder Ejecutivo está exento de revisión judicial en la Constitución nacional. Si la

⁵⁶ DUEZ, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido DE LAUBADÉRE, ANDRÉ; VENEZIA, JEAN CLAUDE y GAUDEMÉT, YVES, *Traité de droit administratif*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., p. 704 y ss., § 912.

⁵⁷ HAURIU, *op. loc. cit.* En cambio VIRALLY considera que es un falso problema, pues la irrevisabilidad del acto se explica por el juego normal de las reglas del procedimiento contencioso-administrativo: “L’introuvable acte de gouvernement,” *R.D.P.*, París, 1952, p. 317; VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, 1961, p. 207 y ss.

⁵⁸ Comisión IDH caso n° 10.087, *Carranza*, informe 30/97, § 68, 72, 75, 77; caso 11.481 *Monseñor Oscar Arnulfo Romeo y Galdaméz*, informe 37/00, § 139 y 140. Nuestra CSJN a partir de los precedentes *Giroldi*, *Fallos*, 318: 514, año 1995, *Bramajo*, *Fallos*, 319: 1840, año 1996 y *Arce*, *Fallos*, 320: 2145, año 1997, estableció que aquéllos son obligatorios en nuestro derecho interno: *supra*, t. 1, cap VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” §1.2, “Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI.” Este criterio fue expresamente ratificado por la Corte en *Carranza Latrubesse* (6-VIII-13) al declarar vinculante el mencionado informe 30/97.

⁵⁹ D’ARGENIO, *op. cit.*, p. 101: “sin importar su grado en la jerarquía de competencias orgánicas, la persona alcanzada por los efectos jurídicos de ese ejercicio estará habilitada para demandar directamente [...] En la medida en que tal procedimiento sea facultativo, la garantía constitucional del «acceso irrestricto a la justicia» [...] permanecerá incólume.”

regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla debe interpretarse restrictivamente y al menos figurar expresamente contemplada en las normas. No existiendo esa expresa excepción constitucional sino sólo vagas referencias a otras cuestiones, vanos son todos los esfuerzos de autoridad que quieran forzar un texto constitucional hacia el significado de que contenga en algún caso una excepción clara al principio general. Tampoco en el derecho supranacional, sólo hallaremos la condena por violación a la garantía de acceso irrestricto a la justicia.

El principio es que debe haber adecuada y suficiente “defensa en juicio de la persona y de los derechos;” una excepción, por ende, debe decir que “respecto a determinada facultad del PE, no es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos;” no gastemos la vista, no está. Si el problema debatido es “revisabilidad jurisdiccional,” no es acertado sostener que la pretendida excepción esté hablando de fortísimas facultades del Poder Ejecutivo *pero no mencione para nada la revisión judicial*. Es el caso del art. 23 de la Constitución, que faculta al PE a adoptar diversas medidas durante el estado de sitio, pero que en momento alguno expresa que ellas estén exentas de revisión judicial; al contrario, aclara explícitamente que no por ello puede el PE aplicar penas: La atribución que se le otorga no es la de ejercer funciones de los jueces, ni la de dictar actos que no sean atacables ante los jueces; si el PE pudiera dictar actos no revisables por un tribunal, ello equivaldría a que su acto tendría la misma fuerza normativa que una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que un juez no podría alterarla. No lo leerá un dogmático en parte alguna de la Constitución.⁶⁰ Corresponde así partir de la aseveración de que siempre debe haber oportunidad de ocurrir a una instancia judicial en procura de justicia, contra los actos del PE y demás órganos administrativos.⁶¹ La Constitución lo prevé en dos partes: En el art. 18 le dice al individuo que su garantía de la defensa judicial es inviolable; en el art. 109 le dice al PE que él no puede ejercer funciones judiciales. Los dos sujetos que se enfrentan en la relación planteada por el “acto de gobierno” están contemplados en la Constitución, que a ambos les dice lo mismo: A uno que siempre podrá ir a la justicia, al otro que nunca podrá ejercer funciones de la justicia.

¿Puede pedirse una construcción dogmática más clara, en el sentido de que los actos del segundo nunca pueden dejar sin protección judicial al primero?

Además, la Constitución le dice al PJ en el art. 116 que él tendrá jurisdicción en todas las causas en que la Nación sea parte, o que versen sobre puntos regidos

⁶⁰ Coincide recientemente en esta solución que sostenemos desde nuestra edición de 1963 SANMARTINO, PATRICIO, M.E, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p.112.

⁶¹ REAL, ALBERTO RAMÓN, “El Estado de Derecho,” homenaje a EDUARDO J. COUTURE, Montevideo, 1957, pp. 587 y 601; “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, 1948-2 (doc.): 47, 51.

por esta Constitución. La Constitución *quiere* que el PJ intervenga en todo asunto en que la Nación sea parte o verse sobre la Constitución; que el individuo y las asociaciones tengan *siempre* acceso al órgano judicial para defender su persona y sus derechos particulares o colectivos; que el PE *nunca* pueda actuar en sustitución del órgano judicial.

La fórmula constitucional no tiene fisuras y son improponibles las tesis que intentan eludirla con artificios semánticos. No cabe sino la leal interpretación de la Constitución.⁶² Pretender que de ella pueda desprenderse fundamento alguno para la privación de justicia es absurdo.

Es metajurídico invocar que sería “una grave intromisión,” “una anomalía,” “una intervención judicial en materia política,” etc., pues la Constitución en ninguna parte las enuncia, sino que se pronuncia por *la solución favorable al control judicial de toda actividad del Poder Ejecutivo*. Esas frases altisonantes pretenden ora invocar un erróneo derecho natural, ora una errónea ciencia política, como veremos a continuación.

12. *Derecho natural, Ancien Régime, Res pública, Estado democrático de Derecho. El peso de nuestra herencia cultural*

Si a esos argumentos se los quiere vestir de derecho natural, éste en todo caso no endiosa sino a Dios, jamás al Rey de las monarquías absolutas del *Ancien Régime*⁶³ y menos a un ciudadano presidente. Si se quiere hablar de jurisprudencia de intereses, esa solución es buena para el príncipe de aquellos sistemas, no para la sociedad democrática y abierta de hoy, aún en los caudillismos presidencialistas que nos caracterizan desde siempre. En una república democrática y liberal como la nuestra, al menos en el esquema constitucional,⁶⁴ no hace falta más calificativo para saber de qué queremos hablar y cuáles principios corresponde aplicar. En las modernas monarquías europeas, que necesitan diferenciarse claramente tanto de las repúblicas como de los viejos regímenes monárquicos absolutistas del *Ancien Régime*,⁶⁵ se ha acuñado al efecto la frase *Estado democrático de Derecho*. En cualquiera de ambas expresiones ello supone el establecimiento de un orden jurídico en el que un sistema de normas y principios superiores de carácter supranacional y supraconstitucional tiene entre sus fines primordiales la contención del poder y sus frecuentes, casi frenéticas, pulsiones expansivas contra los individuos. Cuando ellos se resisten, o defienden meramente su derecho, a veces

⁶² Como la que entre otros propone una vez más D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 244.

⁶³ Ampliar en el cap. XIV, “Problemas del acceso a la justicia,” nota 77.

⁶⁴ Para la *praxis* basta con leer los diarios, la historia, y uno se ubica.

⁶⁵ Tema este brillantemente explicado por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, cap. I, “La Administración Pública y el Derecho Administrativo;” cap. II, “El ordenamiento administrativo. La constitución como norma jurídica;” cap. III, “La Ley;” cap. IV, “El Reglamento;” y mis notas a los caps. I, III y IV.

son equiparados al enemigo de una tan implacable como inexplicable guerra interna, inventada por quien está en la ocasión empeñado (una vez más en la historia argentina que nunca aprende de sus errores sino que se retroalimenta sinérgicamente de ellos) en concentrar y multiplicar su poder interno.

Aunque hablamos puntualmente de la Argentina sin perjuicio de las referencias jurídicas que luego haremos, quizás las pinturas más logradas se las debamos a un novelista, a un periodista y a un sociólogo, respectivamente.⁶⁶

Remitémonos, pues, a su lectura. O si no, hagamos un poco de historia, esa que empezó hace más de cinco siglos, no la versión edulcorada.⁶⁷

Quizás convenga entonces, detenerse un momento en este punto para comprender mejor nuestro presente mirándolo desde el prisma de nuestra historia, más difusa que la europea contemporánea. Europa superó las monarquías absolutas donde nacieron y murieron los actos de gobierno y los actos no justiciables en general. Nosotros no somos, como los *pilgrims* norteamericanos, descendientes de familias inmigrantes con vocación de establecerse en forma independiente y definitiva en base al trabajo y no a la explotación de los indios ni a la búsqueda de tesoros.

Nuestros conquistadores no eran familias buscando establecerse y trabajar, eran hombres solos, guerreros y conquistadores, que venían buscando tesoros aquí inexistentes y poblaciones a quienes sojuzgar y explotar. Esas poblaciones a su vez eran en su mayor parte nómades, caudillistas, y reaccionaron con fiereza frente a los intentos de dominación.

⁶⁶ Ver MAIRAL, PEDRO, *El año del Desierto*, Buenos Aires, Interzona, 2005; ELIASCHEV, PEPE, *La intemperie. Argentina entre los brillos y las sombras*, Buenos Aires, FCE, 2005, cuyo título usa MAIRAL como *leit motiv* para su extraordinaria novela de futurología que parece ya mañana...; el dato de sociología urbana, al mismo año de 2005, es también indispensable: MERKLEN, DENIS, *Pobres Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática. [Argentina, 1983-2001]*, Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 14, 66-67. En lo jurídico ver BIANCHI, *Constitución y Administración luego de la reforma de 1994 (una relación sustancial y difícil)*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN y GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS (coords.), *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004 y sus referencias. Como es notorio, en el período 2008/9 la situación ha empeorado notablemente: Ver DIANA, NICOLÁS, "El estado de sitio económico: estado de emergencia (¿o emergencia del Estado?)," en *LL, Suplemento Administrativo*, 22 de junio de 2009, p. 1 y ss.

⁶⁷ Lo hemos intentado en *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Director de la Organización Europea de Derecho Público, EPLO, cap. II, § 6, "Some Indigenous Groups and Us," pp. 38-44; § 7, "Is There More than a Casual Connection?," pp. 44-7; § 8, "The Notion of Time," pp. 47-50; § 9, "The Notion of Contract," pp. 50-1; § 10, "The Exemplary Center," pp. 51-3; § 11, "The Notion of Authority," p. 54; § 12, "The Emphasis on «Our» Presidential Style," pp. 54-5; cap. III, § 1, "A History of Law Avoidance," pp. 57-8; § 2, "Some Instances of Mass Murder," pp. 58-60; § 3, "Five Hundred Years of the Same Kind of Governance. A Few Bubbles of «Wealth»," p. 60; § 4, "A History of Chronic Indebtedness," pp. 60-1; § 5, "An Empty Country," pp. 61-2; § 6, "Imagination and Reality," pp. 62-7; § 7, "A Few More Words about Ourselves and Our Origins," pp. 67-70. Allí se encontrarán referencias más técnicas a los libros de economía, historia, antropología, sociología, etc., que tan bien, por lo demás, expresan en otra veta las obras citadas en la primera parte de la nota precedente. Ver también las consideraciones que hacemos en el prefacio a la 9ª edición de 2009.

La lucha entre indígenas y conquistadores duró casi cinco siglos: La empezaron los múltiples europeos y también norteamericanos que pasaron por estas tierras, la continuaron los descendientes comunes de aborígenes e invasores.

Son los descendientes de ambos los que terminaron la “conquista del desierto,” en plena independencia y autodeterminación nacional de un país que actuó soberanamente, perfeccionando hasta su última consecuencia territorial y humana la conquista española.

Retrospectivamente, fue mayor la conquista argentina que la española. Como dice prestamente y con especial gracejo nuestro queridísimo amigo don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, cuando alguien pretende zumbonamente reprocharle culpas de sus ascendientes, “Serán los tuyos, porque los míos se quedaron en Galicia.” Esa es nuestra herencia cultural, el fruto de la guerra y la sangre, la violación y el pillaje, entre los indios y los conquistadores: La mezcla violenta de su sangre produjo las sucesivas amalgamas socio- culturales a las cuales se incorporaron las siguientes inmigraciones.

Los futuros inmigrantes que llegaron a Estados Unidos se amalgamaron a la cultura fundada por los *pilgrims* en base a la familia y al trabajo;⁶⁸ los sucesivos inmigrantes que llegaron a nuestro suelo se amalgamaron a la cultura formada por la muerte, el pillaje, la violación recíproca de conquistadores a la búsqueda de tesoros inexistentes, e indios que resistieron hasta perder su vida y su identidad en el nuevo *melting pot* nacional. Tenemos una sociedad con suficiente masa crítica como para incorporar a su seno, y amalgamar, a todas las nuevas corrientes inmigratorias que lleguen, al igual que la norteamericana: Pero los puntos de partida, a partir de las primeras naves y los primeros inmigrantes o conquistadores, fueron y siguen siendo diametralmente diferentes.

Dentro de ese contexto, heredamos la concepción monárquica del *Ancien Régime*, *ab lege solutus*. Antes se llamó actos de gobierno. Hoy ha mudado de nombre, y seguirá haciéndolo, pues la fuerza subyacente del fenómeno es cada vez más fuerte y le permite sortear con facilidad meros vallados semánticos. Como ya lo hemos señalado antes, la realización de las vías de hecho de la administración sin constancia alguna documental es la increíble nueva versión del tema.

13. *El principio de que debe haber una instancia judicial al menos*

La CSJN ha entendido que no es requisito constitucional que haya más de una instancia judicial, pero sí que debe haber una al menos.⁶⁹ Si entendiéramos que en algún caso determinado el Poder Ejecutivo estuviera facultado para dictar una decisión respecto de la cual no hubiera ya revisión judicial, estaríamos afirmando que el Poder Ejecutivo es esa instancia judicial; interpretación que choca

⁶⁸ Y más, claro está. Ver *infra*, cap. XV.

⁶⁹ CSJN, *Fallos*, 247: 646, *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio, José (Suc.)*, 1960.

contra la letra del art. 109 de la Constitución: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse al conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Es pacífica la regla de que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, que contra las decisiones de órganos ejecutivos siempre debe existir “recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial”⁷⁰ y que a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente “con los derechos y garantías constitucionales.”⁷¹

Ha dicho la CSJN “que la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que, desde luego, no es lícito transgredir,” entre las que figura ante todo la que obliga a que el pronunciamiento “emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (Fallos: 244: 548).”⁷² Y ha agregado por vía de principio: “Que una interpretación contraria no tendría cabida dentro del derecho argentino, en mérito a dos razones principales. Primeramente, porque el art. 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. (Fallos: 193: 135; 209: 28; 246: 87, considerando 9°.) Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, como las leyes que el recurrente tacha de inválidas, existe agravio constitucional originado en privación de justicia. En efecto, ésta se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art. 18, queda sin juez⁷³ a quien reclamar la tutela de su derecho, sea que ello ocurra con motivo de situaciones contradictorias como la contemplada en Fallos: 193: 135 (en igual sentido: Fallos: 178: 333; 197: 202; 234: 382; 237: 285, etc.), o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa (Fallos: 234: 482), o bien —como acontece en la especie— a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial (doctrina de Fallos: 129: 405, considerando 2°; 184: 162 considerando 3°; 205: 17, considerando 3°).” El art. 18 de la Constitución no requiere doble instancia, pero sí impone *una al menos*,

⁷⁰ Fallos, 195: 50, Blas Freijomil, 1943.

⁷¹ Fallos, 247: 646, Fernández Arias, 1960, *op. cit.*

⁷² Fallos, 247: 646, 656, cons. 13°.

⁷³ En realidad no quedaba, en la CSJN anterior, sin juez, sino que la mayoría ocasional de la Corte Suprema le quitaba a veces en aquel entonces el pronunciamiento jurisdiccional que había tenido. Por ello cuando la nueva CSJN reincidió en el mismo error pero con mayor efecto deletéreo aún en el caso *Bustos*, escribimos “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *op. cit.* Otros pronunciamientos, sin embargo, quedan firmes o son medidas autosatisfactivas. Nos remitimos a los caps. II, “Derechos de incidencia colectiva;” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva;” IV, “El interés legítimo,” de este mismo t. 2.

si están en juego derechos individuales o de incidencia colectiva.⁷⁴ Ellos no pueden ser sustraídos a los jueces sin agravio constitucional en virtud del art. 18, articulado con el 43 en los derechos colectivos.⁷⁵ Privar al Estado de Derecho del ejercicio de uno de sus poderes a favor del Poder Ejecutivo, tiene una inquietante cercanía a la proscripción del art. 29.

13.1. *Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan*

No se podría dudar de la aplicación del principio constitucional en virtud del cual todos los individuos pueden atacar cualquier acto del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes, que lesionen su persona o sus derechos. Pero existen autores que entienden encontrar peculiaridades —en ciertos actos— que excluirían su revisión judicial. Los criterios son similares; no puede afirmarse que el acto es irrevisable porque es válido o constitucional, porque en tal caso corresponde que el juez lo revise y declare esa validez o constitucionalidad.

Un caso notorio en que la justicia no dijo que el acto era de gobierno o irrevivable, fue la intervención a un ente regulatorio; la solución del tribunal fue que no podía anular un acto manifiestamente nulo de nulidad absoluta, porque los usuarios no tienen derecho ni legitimación a tener tal ente de contralor...⁷⁶

La tesis es sugestiva porque tiene una parte de verdad, sólo que equívocamente interpretada; en efecto, algunos actos no afectan derechos en manera tal como para legitimar a una persona a obtener su anulación, en dos casos: *a*) cuando el acto es de contenido particular, afectando a una persona en forma directa y exclusiva y sólo de manera indirecta a otras personas que puedan sentirse lesionadas por tal acto; *b*) cuando el acto es de contenido general, si bien puede causar lesión a los derechos de los individuos, puede ocurrir que por el mismo sistema de revisión vigente, no exista acción directa para ningún individuo afectado por la norma general.

El equívoco consiste en entender, expresa o implícitamente, que esto ocurra únicamente con los actos que cada autor decida llamar no justiciables, de gobierno, políticos o institucionales: Si fuera cierto que solamente los actos relativos a las relaciones internacionales, a las relaciones entre poderes, o a la seguridad interior, no fueran atacables cuando son generales o cuando siendo particulares el que los impugna no es el afectado por el acto, entonces pudiera existir algún dejo

⁷⁴ GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3^o ed., p. 479: “La decisión de los órganos administrativos al resolver los conflictos debe estar condicionada, siempre, a una revisión judicial suficiente.” Es el derecho a la jurisdicción en el orden nacional e interamericano: FREEDMAN, DIEGO y ROJAS, SHUNKO, comentario al art. 25, CADH, en ALONSO REGUEIRA, (dir.), *La Convención Americana...*, op. cit., pp. 452 y ss.

⁷⁵ *Fallos*, 247: 646, 658, cons. 20^o. La bastardilla es nuestra.

⁷⁶ “La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva,” *LL*, 1995-E, 516, nota al fallo *Consumidores Libres*, del Juzg. Fed. CA N^o 9, año 1995.

de justificación para querer construir con esto una noción o teoría especial. No obstante, esa exclusión del recurso no surge en modo alguno del carácter político del acto, sino de que todo acto emanado de la administración, tenga o no carácter político, sea de importancia grande o pequeña, se rige por iguales principios de legitimación procesal. En virtud de ello no cualquier persona puede atacar cualquier acto, sino sólo aquellos cuyos derechos se ven afectados de acuerdo al sistema procesal general vigente (derecho subjetivo, derechos de incidencia colectiva). La cuestión de la legitimación no se resuelve según el tipo de acto impugnado, sino según el tipo de interés que tenga afectado la persona o asociación que pretenda su anulación, en el caso del Defensor del Pueblo de la Nación, por su legitimación *ope juris* de naturaleza constitucional.⁷⁷ En todo caso, el tema ha perdido bastante vigencia en la actualidad argentina, en ambos casos, porque el derecho positivo vigente se ha modificado con la legitimación amplia otorgada a las asociaciones por el art. 43 de la Constitución en materia de derechos de incidencia colectiva⁷⁸ y con la legitimación constitucionalmente amplia del Defensor del Pueblo de la Nación, aunque a éste se la retacee, inexplicablemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su anterior composición. En conclusión, estamos ante casos de antigua falta de acción que hoy, a nuestro juicio, sí la tienen.

13.2. *Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él*

El primer caso típico es el del acto —administrativo o “de gobierno”— que se refiere a una persona determinada, designándola en un cargo,⁷⁹ dándole un beneficio,⁸⁰ etc., que quiera ser impugnado por otra persona que aquella a la cual el acto beneficia. En el sistema judicial tradicional de revisión de los actos administrativos, anterior a la Constitución de 1994 con sus derechos de incidencia colectiva, dicho acto no podía ser impugnado por las personas a las cuales el acto no contemplaba, pues ellas sólo tienen un interés legítimo lesionado por dicho acto, no un derecho subjetivo que él desconozca en el caso.⁸¹ Con todo no debe olvidarse que en la realidad actual los derechos de incidencia colectiva⁸² han ampliado la

⁷⁷ El punto lo expusimos en el t. 1, *Parte general, op. cit.*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14.1, “El Defensor del Pueblo.” Ver CSJN *in re Defensor del Pueblo de la Nación*, LL, 2005-C, 858.

⁷⁸ Ver *supra*, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” de este vol.

⁷⁹ P. ej., nombramiento de los jueces.

⁸⁰ P. ej., otorgamiento del indulto. MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, pp. 508-9, admite el carácter sublegal del indulto en los ejemplos que damos en el t. 1 pero concluye que no está comprendido en el decreto-ley de procedimiento ni puede el Congreso establecer otras regulaciones razonables. Nos parece contradictorio.

⁸¹ Ampliar *supra*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” *infra*, caps. XIII, “La tutela judicial” y XIV, “Problemas del acceso a la justicia.” Ver “Los grandes fallos de la actualidad,” cap. XI del libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

⁸² *Supra*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” IV, “El interés legítimo.”

legitimación. En aquella orientación no pueden atacar judicialmente el acto: *a)* el concursante que perdió un concurso, cuando otra persona es designada en el cargo, a menos que pueda fundarlo en alguna norma supranacional como la no discriminación; *b)* el interesado en conseguir cualquier empleo público, haya o no concurso de por medio, si la administración designa directamente a otro, con la misma salvedad anterior; *c)* el interesado en ser ministro, si el Poder Ejecutivo nombra ministro a otro individuo; *d)* el abogado interesado en ser juez, si el Consejo de la Magistratura propone y se designa a otro abogado.

Ya vimos que ello no impide que pueda presentarse una asociación en virtud de los derechos de incidencia colectiva, o el mismo Defensor del Pueblo de la Nación. Si alguien quisiera aferrarse a la práctica jurisdiccional preconstitucional de negar acceso a la tutela judicial efectiva a los titulares de tales derechos y no tuviera tampoco en cuenta los derechos de incidencia colectiva ni la legitimación del Defensor del Pueblo, la cosa no cambia a favor del acto de gobierno o no justiciable. Ninguna diferencia sustancial existe entre el último caso y los anteriores: La razón de que el perdedor que no consiguió el cargo no pueda atacar judicialmente al acto que lo afecta, es en todos los casos la misma (falta de reconocimiento judicial de un derecho subjetivo lesionado) y no podría afirmarse que en la última hipótesis haya un acto que en modo alguno difiera de los anteriores, en lo relativo a su revisabilidad jurisdiccional. ¿Por qué pretender pues que el último sea acto de gobierno, si los anteriores no lo son?

No existe diferencia alguna entre un caso y el otro, a pesar de lo cual nadie comenzará a llamar acto político, de gobierno o institucional, al otorgamiento de una beca, a la concesión de un subsidio, o al nombramiento de un ordenanza en el ministerio... siendo que, en todos los casos, el acto no puede ser atacado judicialmente por las personas a que el acto concreto no se refiere. Va de suyo que la persona a quien el acto contempla, en caso de sentirse agraviada por él —lo cual es difícil, porque tratándose de nombramientos es usual que la persona sea consultada previamente y esté conforme en ser designada— puede impugnarlo. El caso se ha dado sobre todo en materia de indulto, en que el indultado puede no querer aceptar si se lo confieren antes de una sentencia que lo condene, pues él puede considerar, con razón, que tiene derecho no a que lo “perdonen,” sino a que lo declaren “inocente” por sentencia firme. Pues bien, el indulto ha sido considerado en Francia como un acto de gobierno, no justiciable, mientras que en nuestro país existen varios pronunciamientos en el sentido de que el indulto conferido antes de la sentencia del juez es inconstitucional, puede ser atacado por el indultado y debe ser anulado por el juez. Más aún, la justicia argentina ha nulificado, no a petición del beneficiado sino, precisamente, contra su pretendida aplicación, los indultos dictados en relación a hechos calificados como delitos de

lesa humanidad,⁸³ por considerar que tales actos constituían un alzamiento contra derechos elementales del ordenamiento internacional. Ello demuestra bien a las claras la revisabilidad jurisdiccional de actos de esa naturaleza. Igual cosa ocurre con todos los actos de la administración que se refieren a un caso particular y que no afectan sino indirectamente a otras personas: La intervención por el decano a una mesa examinadora, la intervención por el Poder Ejecutivo a la Universidad o a cualquier otro ente autárquico, la intervención federal a las provincias, sin perjuicio de que puede existir legitimación de usuarios y administrados por los derechos de incidencia colectiva garantizados por la Constitución de 1994.

En todos estos casos y de no cumplirse plenamente, como hasta hace poco tiempo con el respeto a los derechos de incidencia colectiva, el acto de intervención, si bien eventualmente ilegítimo, se ha dicho —incumpliendo el art. 43 de la Constitución— que no afectaba directamente sino tan sólo los derechos de las personas o funcionarios que habían sufrido la intervención y la separación de sus cargos. De estos se podrá decir que tienen derecho subjetivo a discutir si fueron o no bien separados de sus cargos, en caso de que ello haya ocurrido.

Pero la cuestión es que también corresponde reconocer legitimación judicial, en tanto se aplique y cumpla la Constitución, también a quienes están afectados por ella por los derechos de incidencia colectiva. (Usuarios, asociaciones de usuarios, el Defensor del Pueblo de la Nación.) Empero, si no se cumple la Constitución no se estimará que los usuarios pueden reclamar judicialmente porque se ha intervenido al ente regulador independiente del servicio público monopólico, etc. En estos casos se reproduce la situación ya observada: La transgresión al ordenamiento jurídico, en esas interpretaciones preconstitucionales, lesiona sólo intereses legítimos de los administrados, pero no sus derechos subjetivos (sólo los funcionarios agraviados podrían eventualmente invocar derechos subjetivos) y ello significa, en ese estadio antiguo de alguna parte de nuestra vieja praxis judicial anterior a la Constitución, que ningún individuo en tal situación tendría acción judicial para la defensa de ese interés.

Si el derecho viviente en la jurisprudencia actual que explicamos en los caps. II a IV se mantuviera y se respetara el derecho de acceso a la justicia en defensa de los derechos de incidencia colectiva, entonces en todos los casos, ante la lesión

⁸³ CSJN, *Simón*, 14-VI-2005, con notas de DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO, “Sinceridad y justicia: 18 años después,” *LL*, 2005-E, 320 y MOSCARIELLO, FLORENCIA, “Búsqueda de las soluciones más justas en defensa de los delitos más injustos. Comentario al inolvidable fallo *Simón*,” *LL*, 2005-E, 330. Anteriormente nuestro art. “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506. En el plano interamericano, CorteIDH, *Loayza Tamayo vs Perú*, 17-IX-97; *Barrios Altos vs Perú*, 14-III-01, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26-IX-06 y *La Cantuta vs. Perú*, 29-XI-06. Aún las leyes de amnistía respaldadas por consultas populares, ceden ante la interdicción de la impunidad: CorteIDH, *Gelman*, 24-II-01, párrs. 225-229, con nota de FILIPPINI, LEONARDO, “Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*,” *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2012, ver www.anuariocdh.uchile.cl.

de sus intereses legítimos o derechos subjetivos, existiría legitimación judicial efectiva contra los respectivos actos, sin que cupiera en tal situación efectuar distinción alguna por la supuesta naturaleza “política” de alguno de ellos. Ese es el derecho que consideramos aplicable.

13.3. *Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente*

El segundo caso de actos llamados de gobierno que no pueden ser atacados, según esta doctrina, por su carácter político, es el de algunas medidas generales adoptadas en ciertos casos por la administración. (Declaración de estado de sitio, p. ej.)

Sin embargo, la jurisprudencia argentina había interpretado desde muy antaño que ningún tipo de acto general de la administración podía ser impugnado judicialmente en forma directa (es decir, atacar el acto general mismo), sino que su impugnación debía hacerse indirectamente, en caso de dictarse un acto particular de aplicación de aquel acto general, o mediante el reclamo que prevé el decreto-ley 19.549/72, o recursos directos cuando los hubiera, etc.⁸⁴ En oportunidad, pues, de aplicarse el acto general a un caso concreto, correspondía que el afectado por el acto particular lo atacara judicialmente, e hiciera en ese momento sus impugnaciones al acto general en cuya virtud se lo dictaba. En tal caso, si el tribunal consideraba que el acto general era antijurídico no lo anulaba con alcance general, sino que tan sólo lo declaraba ilegal en el caso concreto; es decir, anulaba el acto particular de aplicación pero dejaba vigente la norma general.

Desde luego que este sistema no era eficaz, porque llevaba al sistema de fallos repetitivos, exactamente iguales, que producía una notoria merma de justicia y hasta contribuían a una privación sistemática de justicia.

Esa obvia dilapidación de esfuerzos jurisdiccionales ha sido superada con el caso *Halabi* del año 2009. Pero esa vieja realidad cambió pues con las sentencias de efectos *erga omnes* y nada hace suponer que el tratamiento de cuestiones políticas incida de uno u otro modo en la cuestión.⁸⁵ Por supuesto, queda librado a

⁸⁴ Como decía antaño la Corte Suprema, “los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular,” *Fallos*, 238: 36, 43, *Federación Gráfica Argentina*, año 1957. Ya vimos *supra*, caps. II a IV, que esa jurisprudencia cambió con los casos *Ekmejdjian*, CSJN, *Fallos*, 315: 1492, año 1992; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 354; *Monges*, CSJN, *Fallos*, 319: 3148, año 1996; *ED*, 173: 272; *Blas*, Sala I, *LL*, 1998-A, 288; *Barsanti*, Sala I, *LL*, 1998-A, 293. Otros casos de efectos *erga omnes* por su objeto son *Labatón*, Sala V, *LL*, 1998-F, 346; *Telintar*, Sala IV, *LL*, 1995-A, 220 y CSJN, *LL*, 1997-C, 320; *IMPSTAT*, Sala IV, *LL*, 1998-A, 246; *Dalbon*, *LL*, 1997-F, 291; *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305; *Verbrugge*, *ED*, 185: 995; *Gambier (II)*, Sala II, *LL*, 1997-E, 624; *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIE, BELTRÁN, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” *LL*, 2000-B, 274; *Asociación Vecinal Belgrano*, *LL*, 2003-C, 99 con nota de GIL DOMINGUEZ, “Tasas aeroportuarias y pesificación: un ejemplo de justicia constitucional activa y comprometida”; CIMINELLI, DARIÓ, “La impugnación de un acto administrativo mediante la acción de defensa del consumidor,” en *DJ*, 2005-2, 1057. La culminación es CSJN, *Halabi*, 2009.

⁸⁵ Lo explicamos en nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” en *LL*, 1997-F, 1318; actualizado como “Los grandes fallos de la actualidad,” como cap. XI del libro *Después de la*

la discreción del tribunal a qué cuestiones otorgará en su sentencia efectos *erga omnes*; pero ello no dependerá de criterios abstractos y predeterminados⁸⁶ sino de la evaluación de las circunstancias del caso y del contexto social, económico y político en el cual el caso se inserta.⁸⁷

13.4. *El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada de los hechos*⁸⁸

También algunos plantean la duda de que existirían ciertas situaciones en las que sólo el poder administrador estaría facultado para apreciar los hechos, no así el Poder Judicial. Quienes así piensan desconocen toda la elaboración doctrinaria y jurisprudencial, en particular los supuestos de arbitrariedad de la decisión o norma administrativa, que ningún tribunal se puede abstener de controlar sin jugarse hasta el nivel de juicio político. Un juez que hiciera tamaña afirmación en su sentencia se haría acreedor, en efecto, a su remoción por justa causa. En la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales o procesal administrativo nacionales el control de los hechos a través del examen de la prueba es la tarea más significativa del tribunal.

En las facultades discrecionales igual que en las regladas se debe hacer el control de razonabilidad como lo estableció la Corte Suprema⁸⁹ y es pacífico en la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales. Lo normal en esos tribunales es que la administración no incumple el texto expreso de la norma, y que entre en cuestión si la norma es arbitraria, desviada, etc., y si el acto ha sido dictado con violación al debido proceso, ausencia de adecuada fundamentación, o de sustento fáctico suficiente, falta de proporcionalidad, de razonabilidad, justicia, etc.⁹⁰ Pensar u opinar que el juez no puede determinar si la administración ha actuado sin sustento fáctico suficiente, de manera proporcionada, sin desviación de poder, con adecuación de medio a fin, etc., es desco-

reforma del Estado, op. cit.; “Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine,” *LL*, 2002-B, 344, nota al fallo *Quintana*, de la SC de Buenos Aires, año 2001.

⁸⁶Salvo algunos pocos supuestos. El caso de los fallos sobre ambiente es uno de los más apropiados para el dictado de sentencias *erga omnes*.

⁸⁷Ver *supra*, cap. I.

⁸⁸Ver D'ARGENIO, *op. cit.*, cap. III, sección C, § 44 a 48, pp. 143-150.

⁸⁹En *Schnaiderman, Fallos*, 331: 735, año 2008, la Corte hace suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal estableciendo que el ejercicio de facultades discrecionales, en el caso para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba, no exime de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige el decreto ley 19.549/72, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas. Ver UGARTE, MARCELO L., “El interés general (la idoneidad y la estabilidad del empleado público) frente a la discrecionalidad y potestad reglamentaria. Comentario a los fallos «Schnaiderman» y «Micheli», de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *JA*, 2010-II, 919; IVANEGA, MIRIAM M., “Empleo público y discrecionalidad administrativa,” *RDLSS*, 2012-A, 411.

⁹⁰Ver el desarrollo que damos al tema en el cap. VII, “Normas y principios” del Libro II, *Principios generales del derecho público* (1978) en t. 9, *Primeros manuales*, pp. VII-1 / 613 a VII-12 / 624.

nocer todo el sistema⁹¹ argentino⁹² y mundial de revisión judicial de la actividad administrativa; es desconocer:

a) Que si la administración deja cesante a un individuo fundándose en que tiene más faltas injustificadas que las que prevé su estatuto, el Poder Judicial debe analizar si se dieron o no el número de faltas previsto por la ley e invocado por la administración, anulando la cesantía en el segundo caso;

b) que si la Ciudad aplica una sanción a un comerciante por considerar que cometió determinada falta o contravención, el Poder Judicial controla si efectivamente tal falta o contravención fue realmente cometida, anulando el acto si interpreta que ella no existió;

c) que si un particular reclama una indemnización de daños y perjuicios y la administración sostiene que no hubo daño alguno, el Poder Judicial puede apreciar los hechos y determinar si el daño ha existido y en caso afirmativo hacer lugar a la demanda condenando al Estado al pago de la indemnización;

d) que si un concesionario o licenciataria de servicios públicos acciona judicialmente contra una multa que se le ha aplicado en sede administrativa, por entender la administración que incumplió con sus obligaciones, el Poder Judicial, por medio de peritos, determinará si existe o no incumplimiento que fundamente la multa aplicada y en caso negativo la anulará;

e) Si se interviene a una provincia invocando alteración del régimen republicano de gobierno (condición ésta reglamentamente exigida por la Constitución), el Poder Judicial deberá constatar, de acuerdo con las pruebas que se producen en el juicio que eventualmente puede existir, si tal condición constitucional ha sido respetada por el Poder Ejecutivo o no; si se decidiera el estado de sitio invocando conmoción interior, igual cosa habrá de ocurrir, etc.

Si se estimara que apreciar la existencia de “conmoción interior” no constituye una facultad reglada, sino discrecional, la cuestión no cambia. La doctrina de derecho administrativo ha dicho que la competencia se interpreta restrictivamente y sólo existe cuando la ley (o la Constitución) la otorga explícitamente o al menos en forma razonablemente implícita: No vemos entonces por qué se interpretará diferentemente un grupo de atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo, si nin-

⁹¹ Sobre la referencia al “sistema jurídico” hemos sostenido que “no se puede predicar su existencia en la vida real.” Ampliar en mis glosas al libro de NIETO y GORDILLO, *op. cit.* nota 17, “El sistema, la vida, los tribunales,” pp. 86-91.

⁹² D'ARGENIO, *op. cit.*, pp. 130-131: “¿Cómo la apreciación de los hechos va a pertenecer al ámbito de la función administrativa, con exclusividad, si —una vez apreciados esos hechos en ejercicio de la función administrativa— el juez interviene en un caso configurado por esos hechos? De tal modo juzga apreciando los hechos y la ponderación de ellos efectuada por la Administración para concluir si ésta fue legítima o ilegítima, es decir, ajustada a los antecedentes causales documentados en el procedimiento administrativo y a la finalidad legal impuesta al órgano para el ejercicio de su competencia.” Hemos modificado el énfasis del original.

guna norma sostiene cosa distinta, ni son valederos ninguno de los argumentos diversamente esgrimidos para fundamentarlo.

13.5. *Continuación. Principios jurídicos*

Lo sostenido es válido aunque se interpretara que en ciertos actos el Poder Ejecutivo tiene una potestad de índole discrecional, pues también está más que claro en el derecho administrativo que discrecionalidad (ni regulación) no es sinónimo de arbitrariedad; que la facultad discrecional o reglada tiene límites jurídicos que permiten controlar judicialmente el ejercicio de tal actividad.⁹³ Nuevamente, aquí, afirmar que porque la Constitución otorga —supuestamente— discrecionalidad al Poder Ejecutivo, éste es el único juez de sus actos, es desconocer o ignorar todo lo ya avanzado por el derecho administrativo. Pero la realidad ha ido más lejos, al punto que se torna anticuado sostener que el Poder Judicial no pueda revisar tal o cual aspecto discrecional o reglado.

La jurisprudencia ha establecido y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de “utilidad pública” hecha por la administración o por el Congreso, en materia de expropiación,⁹⁴ lo que sí es facultad discrecional del Poder Legislativo. No hay superioridad constitucional alguna del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es, las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto emanado del Poder Ejecutivo. El vicio político es autoritarismo o favoritismo al poder, caciquismo, caudillismo, hiperpresidencialismo.

El Poder Judicial puede controlar si una cesantía o exoneración es o no arbitraria y anular este acto si eventualmente resuelve que se ha efectuado una apreciación desproporcionada e irrazonable de la falta cometida por el empleado.⁹⁵

⁹³ El control judicial existe pues tanto de las facultades regladas como discrecionales. Ver CSJN, *Schnaiderman*, Fallos, 331: 735, 2008. Ver también ERBIN, JUAN, “Hasta que el concurso nos separe,” *LL*, 2012-B, 302 y las *estabilidades especiales* como límite a la arbitrariedad; DIANA, NICOLÁS, “Más allá de «Schnaiderman»,” *LL*, 2012-B, 298. De todas maneras, hoy en día los principios jurídicos que limitan la discrecionalidad en el caso concreto también limitan la discrecionalidad para el dictado de las normas, con lo cual la distinción pierde utilidad. Lo explicamos en el cap. VII del Libro II del t. 9 de esta colección.

⁹⁴ CSJN, Fallos, 251: 246, 255, *in re Nación Argentina v. Jorge J. Ferrario*, año 1961, “Si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración y [...] media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema [...] están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlas.”

⁹⁵ Así sucedió en *Spinosa Melo* (CSJN, Fallos, 329: 3617, 2006) al sostener la Corte que la sanción disciplinaria se funda en antecedentes de hecho insuficientes y no guarda relación de proporcionalidad de medio a fin entre las medidas que el acto involucra (en el caso, exoneración) y la finalidad tenida en mira por la ley al conferir al funcionario la facultad disciplinaria. Ver CANDA, FABIÁN OMAR, “Cuestiones de Derecho Disciplinario en un fallo de la Corte Suprema de la Nación. El caso «Spinosa Melo»,” *JA*, 2006-IV, 131.

No existe diferencia entre esa revisión judicial de la arbitrariedad con que la administración efectuó una apreciación de los hechos y la revisión que igualmente corresponderá que efectúe de la posible arbitrariedad con que la administración haya apreciado un “estado de conmoción interior,” o situación similar contemplada en la Constitución o en las leyes. Si no existen otros argumentos —que no los hay— para excluir la apreciación del Poder Judicial sobre estos hechos, ha de tenerse presente que su carácter discrecional o reglado ciertamente no la excluye en modo alguno.⁹⁶ Con todo, existe una permanente controversia sobre el alcance de la revisión.⁹⁷

13.6. *División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea “soberano en su esfera”*

Muchas veces quienes analizan el problema de los actos de gobierno repiten, consciente o inconscientemente, el error que alguna vez tuvo la Corte Suprema en el siglo XIX: Creer que cada órgano debe ser “soberano en su esfera,” de acuerdo con la división de los poderes. Si esa interpretación fuera acertada, resultaría que el objeto de la división de los poderes sería tener tres órganos distintos, cada uno de los cuales legislaría, administraría y juzgaría en lo relativo a su propia actividad. Con semejante criterio, no sólo se concluiría en que los actos de gobierno no deben ser revisados por los jueces, sino que tampoco deben serlo los demás actos administrativos; que la administración no está sujeta a las leyes y tampoco lo está el Poder Judicial; que los litigios relativos a la actividad del Congreso serían resueltos por el propio Congreso y así sucesivamente. El desacierto es evidente.⁹⁸ Sin embargo, la finalidad de la división de los poderes, ya lo señaló MONTESQUIEU, es que el poder contenga el poder (“*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”), lo que se logra dividiendo al poder estatal y oponiendo las partes respectivas para

⁹⁶ En igual sentido D'ARGENIO, *op. cit.*, cap. III, sección C, § 44, p. 144: “no puede jamás existir a priori una actividad discrecional que se legitime por la sola circunstancia de ser tal.”

⁹⁷ Ver TIMSIT, GÉRARD, *Gouverner ou juger. Blasons de la legalité*, París, PUF, 1995; GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; SESÍN, DOMINGO JUAN, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Depalma, 1994; PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, *La administración y los jueces*, Caracas, EJV, 1988, con artículos de ALEJANDRO NIETO GARCÍA y LUCIANO PAREJO ALFONSO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la legalidad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.

⁹⁸ Dice MARIO JUSTO LÓPEZ que la palabra “soberanía” se emplea para justificar “siempre y en definitiva, el gobierno sin restricciones, la posibilidad del oprobio” (*La soberanía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, p. 55.) “Ya que es inevitable que alguien mande, que no lo haga a cuenta de su capricho;” “Que haya sí, gobierno, todo el gobierno que sea necesario, pero no que haya gobierno soberano, «sin restricciones legales» —para decirlo con las palabras de BODIN. Que el gobierno de los hombres no sea obra de la voluntad exclusiva de ninguno de ellos.” (*Op. loc. cit.*) Ver nuestros art. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453; “G8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 2002-E, 927; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, director del *European Public Law Center*; *supra*, t. 1, cap. VI.

que se refrenen recíprocamente. (De allí lo de “sistema de frenos y contrapesos,” o fractura del poder estatal.) Si la división de poderes resultara en que cada poder hace lo que le parece en su esfera sin frenos ni contrapesos, sin control de los otros poderes, entonces no se cumpliría la finalidad de la división de los poderes, que es refrenar y limitar el ejercicio del poder para que él no pueda ser abusado. (“Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder, tiende a abusar de él: Eso sigue hasta que encuentra límites,” decía también MONTESQUIEU.) Lo esencial de la división de poderes es la división de funciones y no sólo la división en órganos; una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.⁹⁹ La triple premisa a que da lugar la teoría de la división de los poderes no es que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su actividad, sino por el contrario que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute. De tal modo, división de poderes significa que cada órgano del Estado tenga a su cargo una sola función; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa que la teoría pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder *deba* realizar las tres funciones en su propia esfera de actividad. Dado que no se encuentran en la Constitución disposiciones que de manera expresa confieran a un órgano el poder de autojuzgarse, autoadministrarse y autolegislar, es absurdo invocar la doctrina de la división de los poderes para fundar un principio semejante; el principio implica lo contrario, es decir, el control por los otros poderes, cada uno en su función específica de legislar o de juzgar. Si la Constitución nos dice que el Poder Ejecutivo no es juez de sus actos ni de los de nadie, “en ningún caso” —art. 109— no se puede invocar la división de los poderes para decir que la violaría el que los jueces revisaran, como es su propia y natural función, la actividad del Poder Ejecutivo.

14. *El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad y el orden supranacional*

Ese es el principio general de nuestra Constitución y del sistema supranacional, donde en parte alguna se encontrará otra cosa que la garantía plena de acceso a una tutela judicial efectiva, sin excepciones. La jurisdicción omnicompreensiva de los tribunales surge con claridad del art. 116 de la Constitución, cuando expresa que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y [...] de los asuntos en que la Nación sea parte.” La norma del art. 116 es clara: Los tribunales han sido encargados de resolver las contiendas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y ninguna puede resultarle ajena.

⁹⁹ GIACCOMETTI, Z., *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1960, p. 37 y ss.

Existe una garantía de constitucionalidad de todos los actos del poder público, hecha efectiva por los tribunales.¹⁰⁰ Esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; corresponde pues a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de aquélla; lo que quiere decir que deben siempre amparar el derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial acerca de la constitucionalidad de cualquier acto emanado de una autoridad pública en el Estado. Esa garantía de acceso a la justicia tiene también sustento supranacional y abre la vía de la Comisión IDH por privación de justicia en caso de ser denegada localmente.¹⁰¹

15. Estructura infraconstitucional del Estado

Ese principio surge, además, de todo el contexto y el espíritu de nuestro sistema constitucional. Así lo indican los lineamientos mismos de nuestra estructura estadual en la Constitución, de acuerdo con los cuales existe un orden jurídico básico, el constitucional, bajo cuyo imperio están creados en situación de paridad y equiparación tanto los derechos del Estado como los de los individuos. El Estado es simplemente un sujeto de derecho más en el orden jurídico constitucional, obligado o facultado por los deberes y derechos que éste le conceda y en especial equilibrado en sus facultades legislativo-ejecutivas por los derechos individuales de los habitantes.

Los derechos y garantías nacionales e internacionales no son para, sino contra el Estado, como lo ha recordado la Corte Suprema en el caso *Arce* de 1997, cumpliendo la obligatoria OC 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰² Cabe destacar, por fin, que la sumisión del Estado al orden jurídico supranacional lo es a través de *todos* sus órganos.¹⁰³ Es que, como ya lo señalara ALBERDI: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.”¹⁰⁴ Ubicado así el planteo de la sujeción del Estado a la Constitución y al orden supranacional, no cabe sino formular nuevamente la premisa de que todos los actos del Estado se hallan sujetos a

¹⁰⁰ SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, 1951, p. I.

¹⁰¹ Ver *infra*, cap. XVII, “El arbitraje administrativo nacional” y en GORDILLO, LOIANNI; FLAX; GORDO; FERREIRA; LÓPEZ ALFONSÍN; TAMBUSI; RONDANINI; GONZALEZ CAMPAÑA, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. II, “La creciente internacionalización del derecho,” reproducido en la 6ª ed., GORDILLO-FLAX y otros, Buenos Aires, FDA, 2007. Todos los tratados de inversiones extranjeras también garantizan la plena revisión en arbitraje internacional, como lo explicamos *infra*, t. *Hacia el derecho administrativo global*, cap. “La justicia administrativa internacional.”

¹⁰² *Arce*, LL, 1997-F, 696, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, op. cit. § 76, p. 165.

¹⁰³ Así lo resolvió la Corte Europea de Justicia *in re Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, citado.

¹⁰⁴ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

dicho orden jurídico —inclusive, por supuesto, los actos del Poder Ejecutivo en cualquier hipótesis concebible.

16. *La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto*

Cabe repetir, con BERTHÉLEMY, que “de dos cosas una: o bien estas medidas están conformes a la ley (cabría que nosotros dijéramos la Constitución y al orden supranacional, en esta hipótesis y a esta altura de la argumentación) y entonces no vemos que haya de hacerse diferencia entre ellas y los actos de administración por los cuales se procura la ejecución de las leyes; o bien ellas no son conformes a la ley (la Constitución); entonces no vemos en ningún lado un principio de derecho que autorice al jefe del Estado a tomarlas y, si ellas son tomadas, no vemos ninguna regla que pueda sustraerlas al recurso de anulación.”¹⁰⁵ El presunto acto de gobierno, en cuanto facultad del Poder Ejecutivo, está sujeto a la Constitución y a las normas supranacionales tal como también lo están las leyes. Si las contraviene es antijurídico y la función y el deber de los jueces es declarar tal ilegitimidad si ella se produce. Eso lo hacen los jueces, indispensable es puntualizarlo: Es tan sólo alguna vez que la Corte Suprema, con alguna ocasional o sistemática mayoría, resuelve que el Poder Ejecutivo quede exento de la ley y la justicia. Eso tiene tanto valor como el “per saltum.”¹⁰⁶ Una violación más al ordenamiento, como tantas otras que ocurren pero no alcanzan a conformar un sistema.¹⁰⁷ Se advierte con esto que afirmar que el acto no puede ser revisado por los jueces porque está autorizado y previsto en la Constitución, es una contradicción y hasta un absurdo: Si está contemplado, nada es más lógico y natural que los jueces confirmen esa habilitación, entendiendo de los recursos que se entablen y pronunciándose al respecto; claro que primero hay que encontrar el art. secreto que lo dice.

De todas maneras es absurdo porque estamos también sometidos al Pacto de San José de Costa Rica, donde no existe previsión alguna para la irrevisabilidad judicial de los actos estatales, antes bien y al contrario, la previsión es la amplia garantía de acceso a la justicia.¹⁰⁸

Afirmar que porque el acto está autorizado, el juez no debe entender de su revisión, equivale a decir que si un contrato es válido, el juez no debe entender

¹⁰⁵ BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 116. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

¹⁰⁶ Ahora con rango legal a partir de su incorporación al Código Procesal Civil y Comercial nacional por ley 26.790. (Arts. 257 bis y ter.)

¹⁰⁷ A diferencia de lo que sí ocurre en otras materias, como explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, reimp. 2001; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, ahora como libro II, 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012, del t. 6.

¹⁰⁸ CorteIDH, Caso de los “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs Guatemala, 19-XI-99, párr. 234; *Durand y Ugarte vs Perú*, 16-VIII-00, párr. 101; *Cantoral Benavides vs Perú*, 18-VIII-00, párr. 163; *Cantos vs Argentina*, 28-XI-02, párr. 52.

en las demandas que se entablen por nulidad de ese contrato: Eso es un absurdo, o al menos un total y arbitrario prejuzgamiento; si el contrato es válido, ello no obsta a que se entable contra él la demanda de nulidad que las partes quieran intentar, sin perjuicio por cierto de que el juez en la sentencia declare la validez del contrato y rechace la demanda de nulidad, si efectivamente estima que no existen vicios en el convenio impugnado. Si, a la inversa, se admite que es posible —digámoslo así: Al menos posible, si no probable— que el Poder Ejecutivo en alguno de estos actos llegara eventualmente a apartarse de lo prescripto en las normas supranacionales y la Constitución, ¿se dirá entonces que el juez no puede entender de tales apartamientos constitucionales y supraconstitucionales que el acto tenga? Ello es más absurdo, porque importaría que el juez dijera: Este acto es inconstitucional y violatorio del orden jurídico supranacional e internacional, pero yo no puedo declarar su antijuridicidad.

No corresponde tampoco decir, como BEQUET, que la razón de que el acto considerado sea irrevisable por los tribunales reside en que el mismo no causa un daño antijurídico a los individuos, en virtud de que la Constitución o las leyes autorizan ese proceder del Poder Ejecutivo.

Reiteramos, en efecto, que si es cierto que estos actos se hallan autorizados por disposiciones constitucionales o legales y que por lo tanto son perfectamente jurídicos en cuanto se realizan dentro del marco previsto por tales disposiciones, no habría razón alguna para rechazar el recurso jurisdiccional diciendo que el acto es insusceptible de ser recurrido ante la justicia: Habría que considerar el recurso y resolverlo (no rechazarlo de plano en forma negativa), fundando la decisión en que el acto de que se recurre es, p. ej., perfectamente válido y se ejerció dentro del marco de las atribuciones pertinentes del Poder Ejecutivo. Esto es, a nuestro parecer, fundamental: Si el acto de gobierno es un acto autorizado por el régimen jurídico positivo, lo que corresponde ineludiblemente es que los tribunales conozcan de los recursos contra él¹⁰⁹ y en su caso los rechacen una vez comprobado que el acto es efectivamente un acto legítimo —o los admitan en caso contrario—; en otros términos, que juzguen efectivamente la constitucionalidad del acto impugnado.¹¹⁰

En otras palabras: La Constitución autoriza —dentro de ciertos límites y sujetos a ciertas condiciones— un grupo de actos que el Poder Ejecutivo puede dictar a los que en modo alguno distingue sea por su naturaleza, finalidad, o mucho menos por una inexistente sustracción al control judicial. El Poder Ejecutivo, en la práctica, puede dictar tales actos respetando en un todo el marco constitucional y entonces el juez al revisar el acto conforme se lo ordena el sistema supranacional y el nacional, nada tendrá que objetar a su actuación; pero

¹⁰⁹ Ver FIORINI, BARTOLOMÉ, *Proyecto de Código Contencioso-Administrativo*, Buenos Aires, 1960, pp. 36-7, nota al art. 6°.

¹¹⁰ En sentido similar WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich, 1968, 7ª ed., pp. 300-1.

el Poder Ejecutivo también puede, de hecho, dictar tales actos excediéndose del marco constitucional y supranacional, transgrediendo algún principio o alguna norma consagrada en las normas fundamentales.

En tal caso el juez al revisar el acto puede y debe decir lo evidente: Que el acto es violatorio al ordenamiento superior, por lo tanto antijurídico y pasible de anulación por ilegitimidad.

Lo único que el juez puede hacer racional y jurídicamente, en tales casos, es entonces declarar la nulidad del acto inconstitucional o violatorio de las normas supranacionales. Afirmar que el juez debe hacer otra cosa, es trastocar todo el sistema de la división de los poderes y el de la jerarquía de las normas,¹¹¹ a más de incumplir la obligación supranacional de proporcionar acceso a la tutela judicial efectiva.

IV. El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial

17. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos

Muchos de los fallos judiciales, como algunos de los autores, se traban en un sofisma que felizmente desmiente la existencia de una categoría de actos irrevisables judicialmente; pues cabe reconocerles que si bien usan una terminología desafortunada y tomada erróneamente de la doctrina francesa o norteamericana y si bien hablan de “actos no justiciables,” falta de caso concreto, etc., no obstante conocen y resuelven de los recursos en los que se plantea la posible inconstitucionalidad o incluso ilegalidad de los actos que se dice son “irrevisibles jurisdiccionalmente.”¹¹² También se pronuncian, aunque todavía a regañadientes, sobre el cumplimiento o violación de las normas supranacionales.¹¹³

¹¹¹ Ya nos referimos al supuesto principio de que “cada poder debe ser soberano en su esfera.”

¹¹² En la causa *Bussi, Fallos*: 330:3160, año 2007, la Corte ha establecido que ella se encuentra habilitada para revisar la decisión por la cual la Cámara de Diputados de la Nación rechazó el diploma de un diputado electo con fundamento en su inhabilidad moral, pues si bien el art. 64 de la Constitución nacional dispone que la Cámara es juez de los títulos de los diputados, dicha competencia no es exclusiva ni excluyente, en tanto el art. 116 de la Constitución establece que incumbe al Poder Judicial el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella. Destacó que una interpretación que llevara al extremo de la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso anularía el diálogo entre los poderes que sustenta la Constitución nacional y podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales. Respecto de las facultades de otros poderes, señaló que es función de la Corte precisar los límites que la Constitución fija para el ejercicio de las competencias del Congreso y que los jueces no pueden opinar sobre el modo en que se ejercitan las facultades de otros poderes, pero deben establecer sus límites.

¹¹³ La Corte Interamericana ha sostenido en varios precedentes que todos los órganos, incluido los jueces, de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, “están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y

En otros términos: Cumplidos los recaudos procesales comunes, nuestros tribunales no rechazan liminarmente una demanda que pretende obtener la declaración de inconstitucionalidad o de la violación de las normas supraconstitucionales por un acto de gobierno, planteadas en base a la legitimación de un derecho subjetivo e incluso de un derecho de incidencia colectiva; estudian la cuestión en cuanto al fondo y resuelven en forma negativa o afirmativa la pretensión procesal. Es a veces criticable la actuación judicial, ya que un acto de ese tipo pocas veces ha sido declarado inconstitucional o lesivo a un pacto internacional, pero hay que reconocerle al menos que no ha cometido el acto extremo de lesa constitucionalidad —y lesa supranacionalidad— de rechazar una demanda sin estudiar si el acto atacado es inconstitucional o no, violatorio o no de los compromisos asumidos por el país ante la comunidad internacional respecto a sus habitantes.

18. *Qué es “revisión judicial”*

Para comprender esta afirmación, sin embargo, hay que analizar en un prisma particular las sentencias de los tribunales. Tomaremos aquí el caso de las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, que son el ejemplo típico en materia de actos presuntamente “no justiciables.” La Corte Suprema expresa que las medidas dictadas en virtud del estado de sitio “son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a revisión judicial”¹¹⁴ ya “que el modo como el Poder Ejecutivo ejercita funciones privativas, no está sujeto al contralor del Poder Judicial, [...] salvo las francas transgresiones a los límites que la Constitución le fija y en cuanto éstas puedan exigir el restablecimiento de derechos y garantías confiados a su función.”¹¹⁵

Al hacer la salvedad de que en ciertos casos el acto podrá ser “controlado,” el tribunal indica ya a pesar suyo que está hablando de “invalidación.” es decir,

la Convención Americana ... y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (Corte IDH, *Gelman vs Uruguay*, 24-II-11, párr. 193; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26-IX-06, párr. 124; *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 24-XI-06, párr. 128; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1-IX-10, párr. 202; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, 24-XI-10, párr. 176; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26-XI-10, párr. 225; *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, 29-XI-11, párr. 93. En este sentido, la Corte Suprema en el caso *Rodríguez Pereyra* ha reconocido que los jueces están obligados a ejercer de oficio el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, teniendo en cuenta no solamente dicho tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (CSJN, *Rodríguez Pereyra*, 27-XI-12.) Ver t. 1, cap. VI, § 1, y BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “El caso Bonder Aaron: reafirmando la garantía de obtener el pronunciamiento en un plazo razonable en los procedimientos sancionatorios,” *LL*, Supl. Adm., Junio 2014, n° 3, p. 35 y ss.

¹¹⁴ *Fallos*, 243: 504, 514; 235: 681; 197: 483; 195: 439; 170: 246, etc.

¹¹⁵ *Fallos*, 197: 483, 494, *García*, 1943.

que “en ciertos casos el acto podrá ser invalidado.” De otro modo la afirmación resultaría incomprensible: Si el tribunal efectivamente controlara (esto es, verificara, inspeccionara, revisara, etc.) algunos actos sí y otros no, entonces la elección tendría que hacerla por sorteo; a los actos que les corresponda un número par, p. ej., los va a estudiar (revisar, inspeccionar, controlar, analizar); y a los actos que les corresponda un número impar no los va a controlar; es decir, no los va a estudiar, no va a leer el recurso, ni abrir el expediente. Ello, desde luego, es absurdo. Todo surge de un vicio de lenguaje derivado de asignar al término “control” o “revisión” el significado figurado de “crítica,” “invalidación,” etc., en lugar del común y corriente de análisis, inspección, verificación, constatación. El tribunal, pues, controla (revisa, analiza) siempre los actos recurridos, para determinar si en los mismos se dan o no los requisitos de excepción que justificarán la invalidación de ellos.

Todos los fallos dejan traslucir lo mismo, no obstante la terminología. En *Sofía*,¹¹⁶ la CSJN ha dicho que “el control de los actos de la naturaleza del que origina las presentes actuaciones es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así, dicho control procedería:

a) Tratándose de la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación, si mediara transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental. Verbigracia, si el presidente de la República aplicara una pena o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para salir del territorio argentino, en circunstancias como las que motivaron los precedentes de *Fallos*: 170: 426 y 197: 483.

b) Respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los fines del art. 23.” En este fallo el tribunal deja ya deslizar el empleo correcto del término “control:” “conforme a lo expuesto, la misión de los jueces, en casos como el presente, debe reducirse al control de razonabilidad,” pp. 519-20.

Es decir que en todos los casos el tribunal controla si hay una contienda o caso, si el acto es o no razonable, etc.; si se dan o no las circunstancias de excepción que tornaría válido o inválido el ejercicio de una facultad que es discrecional pero no irrevisable judicialmente. Si el control judicial no procede sino cuando se dan ciertas circunstancias en el acto del Poder Ejecutivo y en los hechos de la causa, es obvio que el tribunal deberá, caso por caso, analizar si se dan o no esas circunstancias para poder decidir algo coherente; podrá no gustarnos lo que decide, pero no podremos afirmar que ha actuado como si el acto haya sido para ella irrevisable.

¹¹⁶ *Fallos*, 243: 504, 513 y ss., año 1959.

19. Diferencia entre “revisión judicial” y “anulación judicial del acto”

Ejercer el control judicial no significa anular el acto: Se trata de dos etapas distintas. La primera se cumple toda vez que el juez estudie la causa en base a sus conocimientos de derecho.

La segunda podrá producirse si luego de su estudio el juez llega a la conclusión de que el acto es inválido. Si el juez llega a la conclusión de que el acto es válido, ha ejercido el control judicial aunque no declare la invalidez del acto.¹¹⁷ Por control judicial debe, pues, entenderse principalmente que el juez analice el caso que le es planteado y que tenga facultades para eventualmente considerarlo antijurídico; que resuelva si él se ajusta o no a derecho.

Y bien, nuestros tribunales declaran que analizan si se dan o no, en cada caso en que se presenta alguien legitimado para hacerlo, las circunstancias mencionadas; ello significa ya que hay control judicial, aunque el acto no sea anulado por considerarlo el tribunal como válido. Lo que el tribunal debió decir en los casos reseñados, en consecuencia, no es que tales actos son en principio no justiciables, sino que en principio se presumen legítimos y que sólo serán inválidos cuando se den esas circunstancias mencionadas. Dicho en otra forma: La construcción que la Corte ha hecho respecto a las circunstancias excepcionales y la razonabilidad, etc., nada tiene que ver con la posibilidad de ocurrir a la justicia: Ellas hacen pura y exclusivamente al derecho de fondo, al régimen jurídico por el cual se rigen tales actos en cuanto a su validez o invalidez. Y repetimos, el tribunal incurre simplemente en un defecto expositivo, al decir que puesto que tales circunstancias no se dan, el acto es irrevisable; tal afirmación es inconducente, pues para poder afirmar tal cosa el tribunal ha debido ya revisar el acto. Si el acto fuera verdaderamente irrevisable, el tribunal tendría que decir que no puede determinar si el acto es o no claramente irrazonable y que tampoco puede decir si se da supuesto de excepción alguno, pues le está vedado controlar (revisar, analizar, estudiar) el acto y por lo tanto no se aboca al estudio de la causa.

Si, en cambio, el tribunal afirma que el acto no es irrazonable y que no se ha producido una “transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental,” entonces es evidente que ha controlado el acto como era su deber hacerlo y que el acto es perfectamente justiciable, en cuanto respecto a él, el particular pudo hacer ante un tribunal de justicia “la defensa de la persona y de los derechos.” (Art. 18 de la Constitución nacional.)

¹¹⁷ Es sugestivo *Manubens Calvet*, CSJN, *Fallos*, 250: 251, año 1961: “Que, por otra parte, en cuanto el apelante considera que las vías ordinarias a que el *a quo* lo remite para la dilucidación del caso le están vedadas, porque habiéndolas intentado, el resultado obtenido ha sido adverso a sus pretensiones, es obvio que no puede agravarse por una efectiva privación de justicia, ya que la posibilidad de defender un derecho en juicio, como exigencia constitucional, no puede identificarse con el acogimiento de toda pretensión en él sustentada,” cons. 5°, p. 253.

20. *Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevocables judicialmente*

Si bien, el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo no es eficiente y los jueces son remisos en considerar violada la Constitución, usan términos política y jurídicamente repudiables y hacen referencia a instituciones o principios inconstitucionales, al menos no rechazan una acción sin antes haber estudiado el caso y haber ejercido, en una palabra, su irrenunciable *jurisdictio* constitucional. Debe así sostenerse, a pesar de todas las palabras que diga la jurisprudencia, que en nuestro derecho positivo no hay, ni en el sistema constitucional ni en la práctica jurisprudencial, actos de gobierno (no justiciables, institucionales, etc., según las preferencias semánticas de cada uno), pues ya vimos que actos de gobierno son aquellos cuya única característica definitoria es la irrevocabilidad jurisdiccional, mientras que en nuestro país no existen en la justicia actos inatacables por acción o recurso alguno; puesto que de hecho no se admite que existan actos no controlables jurisdiccionalmente,¹¹⁸ llámeselos del modo que se los llame.

21. *Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo*

Estas afirmaciones tienden a señalar que nuestros jueces tienen jurisdicción amplia con respecto a los actos del Poder Ejecutivo: Nada decimos con ello acerca del régimen jurídico de fondo de tales actos. En efecto, el que el juez tenga jurisdicción para entender de la juridicidad de un determinado acto del Poder Ejecutivo, no significa que el particular que provoca el ejercicio de tal jurisdicción tenga razones suficientes para que el acto de referencia sea necesariamente anulado: Nuestra afirmación no adelanta nada en consecuencia acerca de si la Constitución contiene o no límite alguno para los actos del Poder Ejecutivo, pero sí expresa que todo límite que exista habrá de ser efectivizado por el juez.¹¹⁹

22. *Aplicación de esos límites por el juez*

Vanos son pues los argumentos que se hagan mostrando cómo tal o cual cláusula constitucional da una libertad determinada al Poder Ejecutivo, pues con ello no nos dicen sino que en ese caso el juez no tendrá motivos para anular el acto y lo declarará válido, condenando quizás en costas al recurrente. La conclusión es que siempre tiene el interesado el derecho de dirigirse a la justicia impetrand

¹¹⁸ En igual sentido D'ARGENIO, "*La justicia administrativa...*," *op. cit.*, cap. V, secc. B, § 88, pp. 242-243; "La presunción de legalidad del acto administrativo es inoponible a la actividad jurisdiccional de los magistrados," *LL*, 2005-F, 316.

¹¹⁹ WOLFF, *op. cit.*, p. 331; BIDART CAMPOS, *Derecho de amparo, op. cit.*, pp. 121 y ss., 128: "No es más que el deber judicial de aplicar las normas según su gradación jerárquica en el orden jurídico;" BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tres centenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, 1964, p. 89 y ss.

se declare la nulidad de un acto del Poder Ejecutivo;¹²⁰ siempre tiene el juez el deber de entender en la causa, dando traslado de la demanda, abriendo a prueba la causa cuando ello fuere oportuno y finalmente dictando sentencia.

Allí, en la sentencia, en el debido ejercicio de su irrenunciable potestad de juzgar la juridicidad de los actos estatales, el juez determinará si había o no limitaciones a la actividad del Poder Ejecutivo que éste no haya respetado en su actuación concreta; allí dirá, si corresponde, que el acto no ha trasgredido ninguna disposición a él aplicable; y allí rechazará la demanda y condenará en costas si es que el particular no tenía razón para entablar la demanda en cuanto al fondo.

Pero lo que resulta verdaderamente inimaginable en un Estado de Derecho es que el juez se niegue si quiera a ejercer su potestad jurisdiccional sobre acto alguno emanado del poder político.

V. El acto de gobierno ante la política

23. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política

No obstante las experiencias totalitarias por las que ha atravesado y atraviesa el mundo, siempre hay algún número de personas que sostienen la conveniencia política de que exista una categoría de actos del Poder Ejecutivo respecto de los cuales le sea vedado al juez declarar el derecho (o le sea vedado declararlo salvo casos excepcionales) y al legislador dictar normas jurídicas.

El error político más grave lo cometen, desde luego, los jueces.¹²¹ Cuando el juez se inhibe de intervenir por considerar que, tratándose de una cuestión política, es extraño a su función entender de ella, adopta una grave decisión. De este modo está tomando él mismo una tremenda decisión política que no está autorizado a hacer; pues decir que un acto político es no justiciable, es decir que el juez considera como políticamente deseable la libertad del administrador. Ello es, precisamente, inmiscuirse en política, pretendiendo alterar el juego normal institucional de los poderes.¹²² Ésa y no otra es la intervención política que los jueces no están autorizados a hacer. Como ha señalado BIDART CAMPOS, “si se trata de respeto a la competencia –privativa o no privativa– de los órganos políticos, idéntico respeto merece la judicial (bien privativa por cierto) para controlar la constitucionalidad. Que el guardián no caiga en miopía, ni mire para otro lado, o de reojo, porque su función de defensa judicial de la constitución no tolera cederse,

¹²⁰ Es también, desde luego, la cláusula supranacional del acceso irrestricto a la justicia: Art. 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

¹²¹ Ver en cambio el fallo que anotamos en “Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine,” *LL*, 2002-B, 344.

¹²² O sea, pretendiendo alterar la estructura del orden jurídico, que no admite la existencia de acto alguno exento del contralor de la ley y del juez.

declinarse, ni abdicarse.”¹²³ Si un juez entiende que él no debe adentrarse en materias políticas y que la política es ajena a su función y a sus conocimientos, debe limitarse a analizar normas jurídicas y resolver de acuerdo a ellas, cumpliendo la función para la que fue designado. El juez no puede negarse a resolver un caso porque es difícil,¹²⁴ menos porque es político. Ahora bien, dado que las normas jurídicas no le autorizan a resignar su jurisdicción y que el orden jurídico entero le está diciendo de la sujeción de todos los actos estatales al sistema normativo, el juez debe, para abstenerse de intervenir en política, decidir jurídicamente la cuestión política. Esa es la única forma en que el juez podrá decir que no se ha inmiscuido en la política del Poder Ejecutivo. Si el juez en cambio se abstiene de decidir, de aplicar el orden jurídico al acto político impugnado, se está lavando las manos como Poncio Pilatos: O sea, se está comprometiendo, por asentimiento tácito, con la decisión política adoptada por el Gobierno.

24. *El principio de la irrevisabilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público*

Por lo demás, es también un error creer que se beneficia en algo a la comunidad o al Estado con darle ese margen de libertad. Reiteramos, con RADBRUCH, que no puede concebirse al interés público como una mera conveniencia material: el orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores “seguridad” y “conveniencia” sino también y primordialmente, el valor “justicia.” “En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia de derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha,» sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.”¹²⁵ Por eso es una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de un individuo; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad, se destruye también, al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa. Eso no lo entiende a veces la jurisprudencia, aún sin adentrarse en este tema y es por ello que la inseguridad jurídica es tan extrema en la Argentina.¹²⁶ En consecuencia, es necesario advertir que el interés público estatal está constituido por una serie de valores diversos; y que entre estos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo

¹²³ BIDART CAMPOS, “La justiciabilidad: ¿cuestiones políticas y cuestiones abstractas?” *LL*, 2004-C, 1539.

¹²⁴ CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 133.

¹²⁵ RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches, Recht)*, Buenos Aires, 1962, p. 36.

¹²⁶ Ver nuestro art. ya citado “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” reproducido en el cap. XI del t. 7.

que “conviene” a la administración o al Estado, en caso de ser “injusto,” no es un auténtico “interés público;” el interés público-conveniencia, cuando es antepuesto erróneamente al interés público-justicia, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso la misma conveniencia material.¹²⁷

En sentido similar expresa HUBER: “Los actos de gobierno están sometidos al control judicial cuando surge del derecho constitucional o de las leyes que son actos regulados jurídicamente [...] También cuando son actos discrecionales, por otra parte, están sometidos al control judicial, en la medida en que la discrecionalidad ha sido ejercida defectuosamente; o sea, cuando se produce una desviación o un exceso de poder. No sería por nada legítimable declinar el control judicial de los defectos de discrecionalidad en los actos de gobierno en base a la «razón de Estado.» Ya que un vicio en la discrecionalidad pesa doblemente cuando emerge de los órganos estatales supremos, en el campo del propio poder de gobierno. Cada desviación y cada exceso del poder discrecional que está confiado a las autoridades gubernamentales para la salvaguarda de la existencia estatal, no solamente es una grave violación del derecho, sino que conmueve también la autoridad del gobierno y hace peligrar la consistencia del poder estatal. Precisamente la razón de Estado exige, en consecuencia, que en tales casos los límites de la discrecionalidad del gobierno sean salvaguardados a través del control judicial.”¹²⁸

VI. Conclusión

25. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, institucionales, etc. y subsunción de estos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos

En resumen, en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno, o actos no justiciables, institucionales, constitucionales, etc., porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los arts. 18 y 116 de la Constitución y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre ellos. Todos los actos del Poder Ejecutivo¹²⁹ están sujetos no sólo a la Constitución sino también a la legislación,¹³⁰ y a los principios generales del derecho nacional e internacional, dado que de hecho existen variadas leyes

¹²⁷ Sobre el concepto de “interés público” ver *supra*, cap. VI, “Servicios públicos,” § 5.1 a 5.4.

¹²⁸ HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 657.

¹²⁹ Hasta ahora, que sepamos, a nadie se le ha ocurrido pensar siquiera en la aplicación de esta supuesta teoría de los “actos de gobierno,” “políticos,” “institucionales,” “no justiciables,” etc., a los actos de órganos dependientes del poder ejecutivo o incluso autónomos de éste, los actos de las autoridades administrativas independientes; o de las autoridades independientes, con función administrativa pero inserción orgánica judicial: Consejo de la Magistratura, etc.

¹³⁰ Ver D'ARGENIO, *op. cit.*, cap. V, secc. B, “Nuestro sistema institucional no admite dominios del Estado sustraídos de la esfera jurídica: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la ley,” pp. 242-243.

que se aplican directa o indirectamente y han sido declaradas constitucionales; porque los derechos de incidencia colectiva constitucional abren la jurisdicción sin distinción ni exclusión y porque los valores del ordenamiento jurídico global preceden a las normas individuales de aplicación.

En particular, si en algún caso no hay una persona legitimada procesalmente para lograr la anulación de un acto cualquiera, ello no significa que el acto sea inatacable por su propia “naturaleza” o “esencia,” sino que la persona de que se trata no está afectada por él, según el régimen procesal.

En cambio, si se presenta una persona que en el caso está efectiva y directamente lesionada por el acto, ella puede no sólo impugnarlo —como cualquiera— sino además obtener su anulación.

Todo ello sin perjuicio de que la persona tiene siempre la garantía constitucional de atacar el acto, de acudir al tribunal en procura de la defensa de lo que ella entienda son sus derechos individuales o de incidencia colectiva.

Podrá resultar en última instancia que no esté legitimada para la anulación, pero sí lo estará para la impugnación y por tanto eso no quita que el tribunal deba estudiar su demanda o recurso, analizar y revisar el acto para determinar simultáneamente si es válido o inválido y si afecta o no a la persona que lo ataca. El acto en sí, pues, no tiene ningún supuesto carácter irrevisable.

Por ello, deben eliminarse del lenguaje y la técnica jurídica el nombre y la teoría de los “actos de gobierno,” “actos constitucionales,” “actos políticos,” “actos no justiciables,”¹³¹ etc., porque no responden a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico. El poder judicial tiene el deber irrenunciable de *resolver* sin evasivas todas las causas colectivas que llegan a sus estrados. Esta lección les fue magistralmente enseñada a la sociedad política por la corte de conjuces del la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.¹³²

¹³¹O denominaciones de otra índole que de todos modos consagran la irrevisabilidad jurisdiccional de un acto del Poder Ejecutivo: Ya recordamos en el § 3, “Gobierno y actos de gobierno,” el “acto institucional número 3” dictado por el gobierno militar brasileño el 5 de febrero de 1966, que autorizaba el dictado de “actos complementarios” y actos de ejecución, “excluidos de apreciación judicial.” Los gobiernos militares ya no están allá ni aquí, pero las “razones políticas” siguen en ocasiones violando aquí el derecho y negando la jurisdicción: Pero no es la regla sino la excepción de nuestro sistema y es un arma felizmente infrecuente. También en Brasil les quedó el lastre de las *Medidas provisórias*, que fustiga BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., cap. II, ap. II, a), § 29 a 36, pp. 115-23; este autor también señala, antes que nosotros, que las tendencias centralizadoras “extremadamente exacerbadas” “perduran con persistente anacronismo. Es que su continuidad estará siempre bien alimentada en cuanto perduren en la sociedad [...] los trazos del autoritarismo patriarcal [...] por corresponder fielmente a las aspiraciones más profundas e inconscientes de una colectividad todavía políticamente inmadura, que confía más en la batuta de algún regente iluminado que en su propia autonomía, libertad y consecuente responsabilidad.” cap. IX, § 6, nota 6, p. 489.

¹³²“La sociedad civil vs. el poder político,” nota al fallo de la SCJBA (Corte de Conjuces), Flores, LL, 2003-E, 263.

De todas maneras, cabe estar atentos a las polifacéticas formas en que los vestigios de autoritarismo nacionales reaparecen bajo nuevos ropajes a medida que el tiempo va pasando.¹³³

¹³³ Ver entre otros GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El Consejo de la Magistratura en contexto político institucional,” *LL*, 6-VIII-09, pp.1-7, esp. p. 7; FLORES, OSCAR, “¿Cuánto tiempo más llevará?,” *LL*, 2009-E, 9; GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “«Aló Presidente:» Las borrosas fronteras de los discursos oficiales,” *LL*, 2009-E, 33; GORDILLO, AGUSTÍN, “24 de agosto de 2009: ¿El Congreso asumirá su responsabilidad?” *LL*, 17-VIII-09, p.1; el tema debe ser visto en contexto internacional, como lo explicamos en “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” *RPA*, 2009-1: 47-87, que también formará parte del t. *Hacia el derecho administrativo global*.

