

CAPÍTULO IX

LAS FUNCIONES DEL PODER

SUMARIO

1. La división de los poderes y la libertad	IX-1
2. Soluciones y dificultades existentes	IX-3
3. Distintos criterios para conceptualizar la función administrativa. Crítica	IX-5
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo o sustancial)	IX-7
5. Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo.” Criterio mixto .	IX-8
6. Concepto orgánico-material de función legislativa.....	IX-10
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional.....	IX-12
8. El problema de la “jurisdicción administrativa”	IX-15
9. Discrepancias terminológicas y de fondo	IX-16
10. El problema en la jurisprudencia. Introducción.....	IX-18
11. El recurso extraordinario no es revisión judicial suficiente y ade- cuada.....	IX-20
12. Actividad jurisdiccional de la administración y revisión judicial. Alcances del problema.....	IX-20
13. “Recurso” o “acción” judicial y facultades jurisdiccionales de la administración	IX-22
14. Alcance jurídico-político del problema	IX-24
15. Evolución en el derecho argentino del reconocimiento de faculta- des jurisdiccionales a la administración	IX-26
16. El recurso extraordinario y las facultades jurisdiccionales de la administración	IX-28
16.1. Recursos rechazados	IX-29
16.2. Recursos admitidos	IX-30
16.3. Conclusiones sobre la jurisprudencia	IX-33

16.4. Una aclaración procesal.....	IX-34
17. El art. 109 de la Constitución nacional y la función jurisdiccional	IX-34
18. La supuesta distinción entre jurisdicción “judicial” y “adminis- trativa”	IX-35
19. Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración ..	IX-37
20. Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres pode- res	IX-37
21. Resumen de las funciones del Estado.....	IX-39
22. Otros problemas	IX-39
22.1. La “jurisdicción voluntaria” y las leyes concretas	IX-39
22.2. Funciones de autoridades administrativas independientes ..	IX-40
22.3. Funciones administrativas de órganos no estatales.....	IX-42
22.4. Las funciones materiales del Estado.....	IX-43

Capítulo IX

LAS FUNCIONES DEL PODER

1. La división de los poderes y la libertad

MONTESQUIEU, partiendo de la hipótesis eterna de que todo hombre o mujer que tiene poder tiende a abusar de él,¹ concibió su teoría de la separación de los poderes:² Que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente;³

¹“*C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser: il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.*” La respuesta clásica era la división de poderes como garantía de libertad, a lo que siguió la *praxis* constitucional estadounidense de la fractura del poder como garantía de libertad. Hoy parece que nada alcanza, entre nosotros, sin la indispensable participación activa de la sociedad en la defensa de sus derechos e intereses frente a abusos de las diferentes autoridades públicas.

²Ampliar en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944; IMBODEN, MAX, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, Berlín, 1959; MARTÍN MATEO, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1999, 20ª ed., p. 38 y ss.

³Es lo mismo que en la doctrina estadounidense, donde se habló antes del sistema de “frenos y contrapesos” y ahora de la fractura del poder. Acerca del significado y finalidad de la división de los poderes como garantía de la libertad, ampliar en VANOSSI, JORGE REINALDO A., *Teoría constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1975, pp. 481-3. La realidad argentina es diversa al modelo constitucional, como explicamos en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” Ver *infra*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, Buenos Aires, FDA, 2013, cap. XII, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf; “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en Universidad Austral, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” *infra*, t. 7, *op. cit.*, cap. XXXII, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf; “La seguridad jurídica y la emergencia,” en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74; “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro *Administración pública contemporánea. Derecho, política y justicia. Estudios jurídicos en homenaje a Alfonso Nava Negrete*, México, 2010; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” Universidad Austral, Buenos Aires, Rap, 2009, posteriormente publicado bajo el título: “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” *infra*, t. 2, cap. XXII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo22.pdf; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART

ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas, entre otros recaudos propios del juego democrático. Ya hemos visto que el sistema se perfecciona hoy en día con más transferencias y hasta fractura del poder, como medio de preservar la libertad frente al poder.⁴

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: *Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.* Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. Precizando el lenguaje se habla ya más de “separación de funciones,” antes que de separación de poderes ya que el poder es uno solo,⁵ pero se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.⁶

Es de cierta importancia recordar que en el pasado a veces se incurría en el error de suponer que la división de poderes significaba que cada uno de los tres poderes era “soberano en su esfera,” es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad. Tal concepción es completamente errada, pues lo esencial de la teoría analizada 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 verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.⁷

(editores), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372, <http://gordillo.com/articulos/art4.pdf>. Ver también GROS ESPIELL, HÉCTOR, “El control del poder y la democracia. Una reflexión uruguaya,” en el libro de homenaje a Martins, *op. cit.*, pp. 375-94.

⁴También para controlarlo. Ello, conforme lo señala REJTMAN FARAH, MARIO, “Algunas propuestas superadoras frente a una concepción formalista en relación con el derecho al control,” en AA.VV. *Cuestiones de control de la administración pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, RAP, 2010, pp. 213-234, fue también recogido por la Constitución de los EE.UU. en relación a que era necesario controlar para prevenir la acumulación de poderes y proteger al individuo de las invasiones del poder público, conforme quedara registrado en los debates previos a su sanción y a lo expuesto por James Madison en: JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON y JOHN JAY, *The Federalist Papers*, Penguin, Londres, 1788, traducción de GUSTAVO VELASCO, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

⁵Con todo, por tradición, se sigue llamando “poderes” a los órganos básicos del Estado: “Poder Legislativo,” “Poder Ejecutivo” y “Poder Judicial.” Respecto a la crítica a la concepción tradicional, ampliar en XIFRA HERAS, JORGE, *Curso de derecho constitucional*, t. II, Barcelona, 1962, p. 120.

⁶En igual sentido, posteriormente, MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 35.

⁷GIACOMETTI, ZACCHARIA, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1960, p. 37 y ss.

De tal modo, la división de poderes significa que cada poder, cada órgano del Estado, tenga a su cargo *una sola función del Estado*; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa *que la teoría misma* pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar *las tres funciones* en su propia esfera de actividad. La “división de los poderes” se manifiesta en una “separación de funciones,” transferencia y hasta fractura de poderes y “órganos.”

Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, *es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor*. El Estado tendrá así diversos tipos de órganos: legislativos, judiciales, administrativos⁸ y autoridades administrativas independientes, con una tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder como garantía de libertad. Los órganos legislativos son las cámaras que integran el Congreso de la Nación;⁹ los órganos judiciales se destacan por constituir órganos *imparciales* (ajenos a la contienda) e *independientes* (no sujetos a órdenes de ningún superior jerárquico acerca de cómo deben desempeñar su función específica); los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: No son, pues, independientes.¹⁰

A ellos se agregan las autoridades administrativas independientes: Los excesos no han venido nunca de manos del poder judicial o legislativo, sino siempre del ejecutivo; por ello es a éste que se trata de quitar poder y transferirlo a autoridades independientes de su control.

2. Soluciones y dificultades existentes

Todo sería sencillo si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativo (Congreso), administrativos. (Órganos dependientes del Poder Ejecutivo) y judiciales (órganos independientes.) Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita a la función que le corresponde y que, por lo tanto, la separación de funciones en cuanto atribución de éstas a órganos diferenciados, se manifiesta de manera imperfecta; a lo que cabe agregar que en la constitución

⁸ Este es el esquema tradicional, recogido p. ej. en CNCont.adm, sala IV, *Pampa Grande*, 11 de julio de 1996, con cita de ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1969, p. 31 y ss.; *Rodríguez, Gerardo Walter*, sala I, 29-XI-92.

⁹ Y este tema, como señala VANOSI, puede en definitiva reducirse a una opción: Creación autocrática o creación democrática de las leyes (pp. 487 y ss., 497 y ss.); ver *supra*, cap. I, § 5.2, “Las «leyes» que no son leyes,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capitulo1.pdf; ver también § 5.3, “Los decretos-leyes o así llamadas «leyes» de los gobiernos de facto” del cap. VII, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf y t. 7, caps. II, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo02.pdf, III, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo03.pdf y IV, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo04.pdf.

¹⁰ Como dice MERKL, ADOLF, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 59, los órganos administrativos están regidos por relaciones de dependencia que se traducen en “el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior.” Esto también tiene importancia para determinar si una autoridad administrativa es o no independiente.

existen órganos administrativos que realizan funciones administrativas pero son, o al menos tienen la directiva constitucional de ser, tan independientes e imparciales como los órganos judiciales. De allí también la dificultad en hallar la noción que identifique con exactitud a cada una de las funciones estatales.

En efecto, la práctica y la doctrina han ido elaborando soluciones para casos concretos, antes que lineamientos generales convincentes. Es por ello que si en algunos casos puede afirmarse con certeza de qué tipo de función se trata, en los más la duda es inevitable y permanente.

De las soluciones existentes veamos p. ej. los actos y hechos que realiza el Congreso. Se conviene en que su actividad de control sobre el Poder Ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, venias, autorizaciones, interpelaciones ministeriales, aprobación o rechazo de la cuenta de inversión,¹¹ etc.) es actividad administrativa; lo mismo se admite para otras labores ejecutivas del mismo cuerpo: así, todo lo referente a la biblioteca (organización, funcionamiento, compra de libros y de material, ficheros, etc.), a la imprenta (adquisición de material, edición de los diarios de sesiones, venta de éstos, etc.), al servicio de la confitería (el otorgamiento de la concesión respectiva, su control, etc.) y en general al nombramiento, dirección y remoción de los empleados del Congreso. Estos actos, que *orgánicamente* (es decir, en razón del órgano que los dicta) son legislativos, *materialmente* (en razón de su contenido) son entonces administrativos.

Lo mismo ocurre con el Poder Judicial: Cuando éste nombra y dirige o remueve a sus empleados, cuando alquila sus locales o los adquiere, cuando compra libros, edita fallos, adquiere papel, tinta, etc., realiza actividad materialmente administrativa, a pesar de no ser un órgano administrativo sino judicial el que la ejecuta.

No se soluciona el problema con afirmar que estas actividades son “seudoadministrativas”¹² y que tan sólo presentan una cierta “semejanza”¹³ con la actividad administrativa *stricto sensu*, pues es obvio que ninguna diferencia intrínseca podrá encontrarse entre el acto de nombrar un ordenanza para el Palacio de Justicia o el acto de nombrar un ordenanza para el Ministerio del Interior; entre el acto de pedirle un café al primer ordenanza o de pedirselo al segundo; entre el acto de adquirir papel y lápices para una oficina de tribunales o el acto de adquirirlos para un Ministerio del Poder Ejecutivo. Pero el problema no termina allí: A más de esa innegable identidad material entre la actividad administrativa del Poder Judicial y del Congreso con respecto a la que realiza el Poder Ejecutivo, existe una identidad de régimen jurídico que es decisiva.

¹¹ Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, “El tratamiento de la Cuenta de Inversión: una obligación constitucional,” en AA.VV., *La Cuenta de Inversión*, Buenos Aires, Dunken - Agencia Española de Cooperación Internacional, 2005, pp. 63-92.

¹² GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1987, 10ª ed., p. 37; comparar 4ª ed., 1966, pp. 26-30.

¹³ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 31 de la 2ª ed.

No puede afirmarse que los actos de tipo administrativo de los poderes Legislativo y Judicial “están al margen del régimen jurídico administrativo,”¹⁴ a menos que se entienda por tal, sólo y exclusivamente, las normas positivas que son de aplicación a la administración central.

En el derecho administrativo argentino, son sus principios los que se aplican a las actividades administrativas de los tres poderes, e incluso en algunos casos las mismas normas positivas son comunes.

No debe llamar a engaño el que a veces haya distintos textos normativos de aplicación a una u otra actividad, si el régimen sigue siendo el del derecho administrativo: no porque haya una ley marco de regulación de empleo público nacional y un régimen semejante para el personal de la justicia nacional, p. ej., podrá pensarse que este último no integra ya el derecho administrativo.

Sobre esto y con pocas excepciones hay acuerdo en doctrina; las dificultades más serias comienzan cuando se trata de analizar la actividad de los propios órganos administrativos. Estos órganos dictan actos materialmente similares a los actos legislativos y jurisdiccionales (como ejemplo de lo primero, cuando crean reglamentos, de lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por los administrados contra actos de órganos inferiores), pero pareciera predominar actualmente la opinión de que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad administrativa a pesar de su similitud con la legislativa y jurisdiccional; la razón de ello está, a juicio nuestro, en que su régimen jurídico es precisamente también el del derecho administrativo.

3. *Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica*

¿Es posible hallar algún criterio general que partiendo de esas soluciones llegue a un concepto útil para cada una de las funciones del Estado?

Es normal considerar que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas, para todos los habitantes,¹⁵ y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable,¹⁶ pero no hay hasta el presente un concepto de función administrativa que pueda ser armonizado con los dos anteriores. Todos los conceptos existentes de “función administrativa” son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones y si bien ello ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o jurisdiccional.

¹⁴ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 32 de la 2ª ed. En la 4ª ed., en cambio, el autor se orienta a una distinción entre “función ejecutiva” y “función administrativa.”

¹⁵ Eso es lo principal: Los autores agregan detalles como “la permanencia,” “la novedad,” etc., pero ello no quita la claridad del concepto básico.

¹⁶ Al igual que el concepto material de legislación, el de jurisdicción es susceptible de agregados; pero lo principal a efectos de lo aquí tratado es lo ya señalado.

En primer lugar, el criterio Orgánico sostiene que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo,¹⁷ criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas.

Luego, el concepto residual o negativo explica, que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,¹⁸ a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción —y por lo tanto sí administración—, quedan muchos más en los que se duda de qué actividad se trata.¹⁹

Este criterio, en efecto, solamente puede ser útil en la medida en que pueda precisarse aquello que se excluye: no estando aproximativamente estipulado el concepto de las funciones excluidas, no resulta entonces clara la caracterización o descripción de lo que se identifica como residual.

Ante el fracaso del concepto orgánico y del negativo, se intentó definir a la función administrativa en forma material, como:

a) “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios,”²⁰

b) “la actividad concreta del estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,”²¹ “la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,”²²

c) “una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley,”²³

d) “La actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.”²⁴

Todos estos conceptos de tipo material y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa—, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son demasiado imprecisos.

¹⁷ SANTAMARÍA DE PAREDES, VICENTE, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Ricardo Fé, 1903, 6ª ed., p. 34. En cualquier caso, cabe puntualizar en el pasado reciente, un objetable desplazamiento del poder hacia el Poder Ejecutivo, que destaca GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, desde la 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 582-4, continúa en la 2ª y 3ª ed. y mantiene en la 4ª ed., 2008, t. I, p. XVII. (Prólogo a la 3ª ed.) Si bien el proceso se ha acelerado desde el año 2008, existen síntomas sociales y políticos de agotamiento.

¹⁸ FLEINER, FRITZ, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.

¹⁹ Confr. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 3.

²⁰ ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 13.

²¹ D'ALESSIO, E., *Istituzione di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

²² JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 6.

²³ VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 660.

²⁴ MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, p. 43.

Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo concreto en casos individuales —oponiéndola así a la legislación (norma abstracta de tipo general) y a la jurisdicción (norma individual, pero abstracta)—; mas esa noción no es adecuada, por cuanto ya se ha visto que la facultad reglamentaria de la administración integra la función administrativa,²⁵ siendo que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas, pues el reglamento es una norma abstracta de tipo general. Este tipo de definición material a nuestro juicio no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son materialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido objetivo. Finalmente se produce un retorno al criterio orgánico, considerándose que función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos, a cuyo efecto se aclara que son órganos legislativos aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales (excluyéndose los reglamentos del concepto de legislación), órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de independencia y órganos administrativos los que se encuentran sujetos a órdenes (*weisungsgebundenen*); con lo cual el concepto final sería: La función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior;²⁶ a lo cual se observa lo mismo que a la primera definición: Que los otros órganos también realizan funciones administrativas (*supra*, § 2) y que existen autoridades independientes y personas públicas no estatales.

4. *La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo o sustancial)*

De lo dicho se desprende que, además del concepto negativo (“administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción”), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: el orgánico y el material o sustancial. Desde el punto de vista orgánico o subjetivo, a veces llamado “formal,” según el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional (independiente), administrativo (dependiente) o legislativo (de índole constitucio-

²⁵ MEEHAN JOSÉ, “El concepto de administración pública,” *Cuadernos de los Institutos*, 103: 187 (Córdoba 1969), p. 187, no sortea esta dificultad al definirla como “aquella actividad funcional del Estado que atendiendo a los cometidos de éste, se manifiesta por actos de efectos individuales, conforme al Derecho y sujeta al contralor jurisdiccional.”

²⁶ MERKL, *op. cit.*, p. 59; en igual sentido ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 4 y ss.; GARRIDO FALLA, *op. loc. cit.*; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 99 y ss., p. 106; posteriormente se inclina por un concepto material: “Control judicial de la administración. El proceso administrativo,” *Revista de Derecho Administrativo*, § 1: 11, 19. (Buenos Aires, 1971.)

nal), nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, erróneo, por cuanto en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas.²⁷

Desde el punto de vista material, es decir, ateniéndonos a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos los que crean normas o reglas de derecho), jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable. Y son actos de la función administrativa los que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal. Pero atenerse a este criterio es como decir que los tres poderes realizan las tres funciones y que no existe, en suma, división de poderes ni sistema de frenos y contrapesos alguno. Es destruir el sistema constitucional por vía de conceptos y definiciones que lo contrarían y pervierten. En particular, ya explicamos por qué sólo merece jurídicamente (conforme al ordenamiento supranacional) el tratamiento de *ley*, aquella emanada del Poder Legislativo.²⁸

5. Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo.” Criterio mixto

Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones del Estado, pues hay *a)* actos *materialmente legislativos* que son *orgánicamente administrativos*, típicamente los reglamentos; *b)* actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente legislativos*, tal como las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc. que conceden o realizan las Cámaras; *c)* actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente judiciales*, como las

²⁷ Ver BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 135 y 139, quien resuelve el problema inclinándose por el concepto subjetivo pero aclarando que debe abandonarse esta discusión sobre el concepto de función administrativa en términos de cual es el régimen jurídico aplicable, toda vez que sostiene que las zonas de incertidumbre (caso de las facultades materialmente administrativas del Poder Legislativo y Judicial) actualmente están regidas por normas específicas y por los principios generales del derecho parlamentario o judicial que son comunes con el derecho administrativo. Posteriormente, el mismo autor ensayó un criterio referido al modo de relación entre el sujeto y el objeto de las funciones estatales, es decir, si actúa en orden a reglas predeterminadas por el ordenamiento jurídico o agrega estándares de oportunidad o mérito en términos de interés público, BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 771-72. Lo cierto es que es tal diversidad de regímenes jurídicos de los trabajadores del Estado que también los empleados parlamentarios, por ej., tienen un régimen de derecho administrativo: GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), BONPLAND, VIVIANA y UGARTE, MARCELO L., (colaboradores), *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 58-9.

²⁸ Debe además cumplir otros postulados: *Supra*, cap. I, § 5.2, “Las «leyes» que no son leyes,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf. Que se siga denominando ley a los actos legislativos de los gobiernos militares es motivo de estupefacción permanente de este autor, como ya lo hemos destacado reiteradamente. Que provenga de gobiernos que se honran de perseguir judicialmente el juzgamiento de sus delitos de lesa humanidad hace todavía más grave la infracción ética que así se comete.

autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales; el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte. *d)* Hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, p. ej., cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico o de alzada, etc.

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra que no puede hallarse un criterio orgánico o material *positivo y puro* para conceptuar cada una de las funciones: Es necesario buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.²⁹

Por ello, al margen de las críticas metodológicas que puedan indicarse a un criterio que pretenda identificar la “sustancia” o “esencia” de la actividad administrativa,³⁰ para de allí deducir su concepto y su régimen jurídico (siendo que, a la inversa, es del régimen jurídico objetivo que ha de deducirse la caracterización y consiguiente definición a estipularse), debe de todos modos señalarse que no existen elementos definitorios propios y exclusivos de la función administrativa, en el sentido que se pretende.

A menos que se opte por decir que el reglamento es función legislativa y el acto administrativo *en todos los casos* función jurisdiccional, resulta obvio que la función administrativa, en el sentido de actividad del Estado regida por el derecho administrativo, se manifiesta no solamente a través de actividad *concreta y práctica* (conducta material), sino también a través de actividad *normativa, general* (el reglamento) o *particular*. (El acto administrativo.)

De nada sirve, pues, decir que se adopta un criterio objetivo o material de función administrativa, si no se puede identificar o caracterizar cuál es el supuesto objeto o contenido de la función administrativa que *ésta y sólo ésta tiene* y del cual *carecen las otras funciones*.

La afirmación de haber elegido un criterio material u objetivo es en tales casos vacía o carente de contenido, por cuanto no identifica ni describe adecuadamente el pretendido objeto. Va de suyo que en nuestro modo de ver el problema, dicha identificación o descripción material única no es factible ni de acuerdo al régimen jurídico existente y no es, en consecuencia, útil como noción jurídica.

²⁹ En igual sentido COMADIRA, JULIO R., “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo,” en su libro *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 115 y ss.

³⁰ *Supra*, cap. I, “Lenguaje, método y derecho administrativo” y “La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf.

6. Concepto orgánico-material de función legislativa

Podemos ya observar un dato en este entrecruzamiento de funciones: En materia de *función legislativa* el criterio objetivo o material no designa suficientemente a la función y es necesario agregarle una referencia al órgano respectivo.

Sucede así que el régimen jurídico de la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean *materialmente legislativos y que además hayan sido realizados por el órgano legislativo*. Las imperfecciones temporarias de nuestra actualidad política, en que el desvarío que provoca la perpetua emergencia económico-financiera lleva a un abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia no puede elevarse a nivel de principio teórico.³¹ Sería tanto como proponer a nivel teórico que la emergencia sea la regla y la normalidad, la excepción. Una cosa es saber ver la realidad actual y otra construir una teoría constitucional de ella. El llamado “derecho descartable” no es, precisamente, derecho.

En efecto, aunque los otros poderes del Estado parecen ejercer también, en ciertos casos, función legislativa, ello no es así desde el punto de vista jurídico. En el caso del Poder Ejecutivo ello se advierte al considerar los reglamentos: éstos están integrados por normas jurídicas generales emitidas unilateralmente por la administración. Su contenido material es, pues, similar al contenido de las leyes: ambos contienen normas jurídicas generales. Sin embargo, ocurre aquí que el régimen jurídico aplicable a los reglamentos no es en modo alguno el aplicable a la función legislativa.

a) En primer lugar existe una gradación jerárquica entre la ley y el reglamento, a resultas de la cual el segundo está siempre sometido a la primera y no puede contradecirla en ningún caso, pues si lo hace es considerado antijurídico; la ley en cambio puede contradecir lo que expresa una ley anterior, sin ser por ello antijurídica: simplemente deroga la ley a la que se opone.

b) Además, las atribuciones de regular los derechos individuales están conferidas por la Constitución específicamente a la ley (cuando dice en el art. 14: “gozan de los siguientes derechos conforme a *las leyes* que reglamentan su ejercicio”), mientras que el reglamento tiene sólo una función secundaria y supletoria con respecto a la ley. Esta notoria diferencia de régimen jurídico entre la ley y el reglamento demuestra que el concepto *jurídico*, formal, de función legislativa, no puede comprender a los reglamentos, a pesar de que por su contenido sean similares.³² En un Estado de derecho democrático y liberal los órganos administrativos, pues, no ejercen función legislativa.

³¹ Abuso que viene acompañado de legislación en idéntico sentido, véase la ley 26.122, y las constantes concesiones que hace el Poder Legislativo, fortaleciendo el rol del PE. No olvidar lo dicho en p.3 “los excesos siempre vienen del PE.”

³² Ampliar en el cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf. Conf. LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 205.

En el caso del Poder Judicial la cuestión es idéntica: los reglamentos que en algunas oportunidades dicta la justicia para regir su funcionamiento interno no tienen el mismo régimen jurídico de las leyes ni pueden oponérseles; están pues en una gradación jerárquica inferior y no pueden ser considerados formalmente, desde el punto de vista jurídico estricto, como “función legislativa.” La jurisprudencia tampoco puede considerarse como función legislativa (salvo por extensión en el caso de los fallos plenarios), pues ella no es siquiera una regla general, sino tan sólo la reiteración de un determinado criterio de interpretación del orden jurídico, en cada caso concreto. Por lo demás, la Corte Suprema ha declarado que “el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, comprensivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, con arreglo a principios conocidos —art. 16 del Código Civil—, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos [...] atribuirse [...] facultades legislativas de que carecen.”³³

En lo que respecta a los fallos plenarios y su obligatoriedad, hay que distinguir dos aspectos: En lo que hace a *las Salas* que integran la Cámara respectiva y en lo que se refiere a los jueces inferiores.

En el primer punto hay simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto: Como las Salas no constituyen tribunales aislados sino que son parte de *la Cámara*, es perfectamente razonable que deban ajustarse a la opinión de la mayoría. En cuanto hace a los jueces inferiores, estimamos que es inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho que hace un tribunal superior. Ya ha dicho también la Corte Suprema que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia conciencia de magistrados.”³⁴ Por ello pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones.³⁵ La inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a los principios fundamentales de nuestro sistema institucional.³⁶ Curiosamente, ese mismo argumento es invertido por alguna Cámara que no obstante un fallo de la CSJN declarando la arbitrariedad de un plenario suyo, reclama esa independencia y reitera en consecuencia el criterio, en un fútil enfrentamiento cuyas consecuencias sólo las pagan los justiciables.³⁷

³³ CSJN, *Fallos*, 234: 82, 98, *Delsoglio*, 1956.

³⁴ CSJN, *Fallos*, 131: 105-110, *Ferrocarril del Sud*, 1920.

³⁵ CSJN, *Fallos*, 131: 105-110, *Ferrocarril del Sud*, 1920.

³⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 27 y ss.

³⁷ Cabe tener presente que la ley 26.853, de creación de las Cámaras Federales de Casación en lo contencioso administrativo, trabajo y seguridad social, y civil y comercial, derogó la obligatoriedad de los fallos plenarios y el recurso de inaplicabilidad de ley, sustituyéndolo por el recurso de casación, el cual no establece expresamente la obligatoriedad de la doctrina establecida por la cámara

Si por el contrario se admitiera la constitucionalidad de los fallos plenarios, la solución no varía, pues en tal caso habría obviamente una delegación del Congreso al Poder Judicial, delegación que estaría destinada a la fijación del “recto” sentido de la ley dictada por el Congreso. En tal alcance, el fallo plenario tendría la misma jerarquía normativa que un reglamento delegado; se dicta en virtud de una ley que delega la facultad pertinente y obliga en la medida en que el legislador así lo ha dispuesto; con ello, resultaría que el fallo plenario, por su carácter normativo delegado y no originario, tendría también contenido de tipo administrativo reglamentario.³⁸

Lo mismo cabe sostener de las acordadas que dictan los tribunales, que constituyen típicos actos reglamentarios, de contenido y régimen administrativo: están por debajo de la ley y si la violan son antijurídicos.

Desde el punto de vista jurídico, entonces, el Poder Judicial no realiza función legislativa. La conclusión a que arribamos es que la función legislativa en estricto sentido jurídico, es únicamente realizada por el Poder Legislativo. Podemos definir entonces a la función legislativa como “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso.”³⁹

En esta definición hay dos elementos: Uno material, objetivo, referido a cuál es el contenido de la función (el dictado de normas jurídicas generales); otro orgánico o subjetivo, que aclara que esta función es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional

En lo que respecta a la función jurisdiccional, el problema se repite en sus partes principales; desde el punto de vista material u objetivo, podemos considerarla como la “decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes.” De acuerdo con este primer concepto objetivo, que atiende al contenido de la función, podría parecer a primera vista que ella puede en ciertos casos ser ejercida también por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo. En efecto, en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares, o entre ella misma y los particulares; pero advertimos inmediatamente que lo que allí ocurre es sólo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es *semejante*, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que ésta.

de casación en su sentencia para los casos futuros. Son todos cambios agonales que habrá que ver funcionar en la *praxis* jurisprudencial.

³⁸ Ampliar en LEGUISAMON, HÉCTOR EDUARDO, “La derogación de la obligatoriedad de los fallos plenarios,” *ED*, 25-V-13.

³⁹ De acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución para la formación y sanción de las leyes, desde luego, para efectuar así la distinción con los reglamentos meramente administrativos del Congreso, por una parte, y los actos de índole legislativa provenientes de los poderes ejecutivos, por la otra.

El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser *definitiva* y, fundamentalmente, que sea producida por un órgano imparcial (ajeno a la contienda; un tercero desinteresado del proceso) e independiente.⁴⁰ Independiente significa no sujeto a órdenes o instrucciones de nadie: Por ello la primera virtud de un juez ha de ser el coraje.⁴¹ Ello nace como exigencia desde el art. 18 de la Constitución, cuando expresa que es inviolable la defensa *en juicio* de la persona y de los derechos. Lo reafirma el art. 109 en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo “ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Sería inconstitucional, a la luz de estas normas, querer atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin posibilidad de que éstos recurran ante la justicia.⁴² El particular puede renunciar, si quiere, a plantear la cuestión ante la justicia,⁴³ pero ello no altera la naturaleza de la actividad desarrollada en tal caso por la administración, que sigue siendo típicamente actividad administrativa, sin participar del régimen jurídico de la función jurisdiccional.

Se concluye así, que esas actividades de la administración que materialmente se asemejan a la actividad jurisdiccional, no tienen sin embargo el mismo régimen jurídico que ésta. Por lo tanto no pueden ser jurídicamente definidas como “función jurisdiccional.” El concepto jurídico atiende estrictamente al régimen jurídico de que se trata, para precisarlo y delimitarlo: si encontramos aquí que el régimen jurídico de la función jurisdiccional a cargo de los jueces no se aplica a las actividades similares que realice la administración, entonces es obvia

⁴⁰ Los órganos administrativos carecen también de los atributos típicos de la función jurisdiccional: La *executio*, o el poder de embargar y ejecutar bienes, aunque una muy desafortunada tendencia legislativa pretende darles a los agentes impositivos poder de embargar cuentas bancarias; llamar a declarar testigos bajo apercibimiento de llevarlos por la fuerza pública; que el falso testimonio sólo se configura como delito si es prestado ante órganos judiciales y no ante la administración, etc. En igual sentido DE SANTIS, GUSTAVO JUAN, “Acto administrativo y acto jurisdiccional de la administración,” *LL*, 1988-A, 924. Muy relevante en este punto es el fallo de la Corte Suprema en la causa *Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal*, año 2010, *Fallos*, 333: 935, en el que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas que otorgaba a los funcionarios del organismo recaudador la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares, sin intervención previa de un juez, en la medida en que no se adecuaba a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad.

⁴¹ Ver nuestra glosa al libro de NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 72-4 y 80.

⁴² También lo es, en definitiva, impedir el acceso directo a una tutela judicial efectiva como garantizan el art. 8º inc. 1º) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, creando lo que GARCÍA DE ENTERRÍA llamó una verdadera “carrera de obstáculos” previa.

⁴³ Como el caso de la ley 26.773, que aprobó el Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los Daños Derivados de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, cuyo art. 4 establece la opción excluyente entre el cobro de las indemnizaciones correspondientes a dicho régimen o el inicio de una acción judicial con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. El resultado final será, algún día quizás, adoptar el sistema canadiense de adjudicación por tribunales administrativos sujeta a revisión judicial, como explicamos en “Administrative procedure reform: The experience of the americas,” *European Review of Public Law*, London, Esperia, vol. 21, N° 2, summer 2009, pp. 699-727, <http://gordillo.com/articulos/art3.pdf>. Ver también los trabajos citados *infra*, nota 86, p. 27.

la conclusión de que ellas no constituyen, jurídicamente hablando, funciones jurisdiccionales de la administración. Concluimos así en que la administración activa, organizada jerárquicamente o a través de entes descentralizados con igual jerarquía interna, no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, en tanto no se instituyan en el sistema tribunales administrativos realmente imparciales e independientes, como se ha hecho en el modelo canadiense.⁴⁴ Mientras tanto, si sus actos se parecen en alguna hipótesis, por su contenido, a los de aquella función, no tienen sin embargo el mismo régimen jurídico; *esto es, la administración activa no realiza función jurisdiccional*.

A igual conclusión cabe arribar en el caso del Congreso, aunque podría aquí haber lugar a algunas dudas. El único caso en que podría decirse que el Congreso ejerce función jurisdiccional es en realidad el del juicio político. No compartimos tal criterio, por considerar que se trata simplemente de la remoción de un funcionario público —acto eminentemente administrativo— sujeta a ciertas garantías que salvaguardan el derecho de defensa del interesado; pero a todo evento podría recordárselo como una hipótesis de excepción.

Con tal posible reserva, pues, concluimos aquí también en que *el Poder Legislativo no ejerce función jurisdiccional*.⁴⁵

Nos queda finalmente por considerar el órgano especial y exclusivamente encargado por la Constitución de ejercer la función jurisdiccional: El Poder Judicial, integrado por órganos imparciales en la contienda y no sujetos a órganos superiores, por lo tanto independientes. *Es a estos órganos que corresponde el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional*.

El régimen jurídico de la *función jurisdiccional*, entonces, sólo se aplica a los actos *materialmente jurisdiccionales* realizados por *órganos jurisdiccionales*: No así a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos, el régimen jurídico pertinente se aplica sólo cuando el acto es *materialmente* el que corresponde y *además* ha sido dictado por el órgano a quien compete realizar la función: El juez. Bien se comprenderá que no es ésta una mera cuestión de clasificaciones ni definiciones: estamos ante uno de los pilares básicos del Estado de Derecho. En un país como el nuestro no puede alimentarse la hoguera con indefiniciones semánticas.

⁴⁴Lo explicamos en múltiples lugares, entre ellos “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962, <http://gordillo.com/articulos/art12.pdf>. *Supra*, nota 43; *infra*, nota 86.

⁴⁵Ver también CSJN, *Fallos*, 113: 317, *Urdániz y Cía*, 1910; CNFed. CA, Sala II, *in re Rodríguez, Gerardo Walter*, 29-IX-92. La CSJN, a propósito de las destituciones por juicio político, ha dicho que “la determinación de que el Senado cumple una función judicial, no debe conducir al equívoco de pretender que se produce una completa asimilación con un tribunal de justicia. El Senado es siempre un órgano político que, cuando le toca actuar en un juicio político concreto, cumple una función de carácter jurisdiccional,” CSJN, B. 2286. XLI. Recurso de Hecho. *Boggiano, Antonio s/ recurso de queja*. Lo cual es escapar al necesario control judicial pleno de tal actividad.

Definimos entonces a la función jurisdiccional como “*la decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal, hecha por un órgano imparcial e independiente.*” Esta definición comprende dos elementos: Uno material (u objetivo) que se refiere a lo que la función es en su contenido (decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal) y uno orgánico (o subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la función (los jueces, órganos imparciales e independientes.)

La reunión de ambos elementos —el material y el orgánico— nos da la definición respectiva, que incluimos en el § 20 de este cap. En los § 8 a 19 profundizaremos la llamada “jurisdicción administrativa.”

8. *El problema de la “jurisdicción administrativa”*

Acabamos de sostener que la administración no ejerce función jurisdiccional en sentido jurídico estricto, porque ello le está prohibido por los arts. 18 y 109 de la Constitución: El particular afectado por una decisión administrativa debe tener siempre abierta la vía judicial para recurrir contra ella.⁴⁶

Sin embargo, la afirmación de que la administración no ejerce facultades jurisdiccionales no es pacífica en el derecho argentino, en parte por diferencias terminológicas más que de fondo. En efecto, el hablar de las relaciones entre administración y jurisdicción, del posible concepto de “jurisdicción administrativa” y de la revisión judicial de la actividad “jurisdiccional” de la administración, puede suponer varios planteos de diferente contenido y alcance.

a) En un primer criterio puede señalarse que existiría cierta repetición en hablar de revisión *judicial* de actividad *jurisdiccional*, que no sería indispensable una revisión judicial por cuanto ha existido en la especie ejercicio de jurisdicción (administrativa). En este sentido, se admitirá que la administración ejerce actividad jurisdiccional y se dirá que ésta no será necesariamente revisible por los jueces, salvo por recurso extraordinario.

b) En un segundo planteo, partiendo de una similar observación de que existe cierta incongruencia en el enunciado “revisión judicial de actividad jurisdiccional de la administración,” se puede afirmar que es *impropio pretender que la administración ejerza funciones de los jueces.*⁴⁷ En este sentido se afirmará que la administración *no puede ejercer actividad jurisdiccional* y se hablará de revisión judicial de la actividad de la administración (que será siempre meramente

⁴⁶GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4° ed., 2008, t. I, p. 603: “las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente.”

⁴⁷FIORINI, BARTOLOMÉ A., “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional,” *LL*, 101: 1027; “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública,” *JUS*, 6: 31 (La Plata, 1965); DE SANTIS, *op. loc. cit.*; BOSCH, JUAN, “La actividad jurisdiccional de la Administración Pública y la garantía del debido proceso,” *LL*, 1996-E, 1332.

administrativa); no excluyéndose de la revisión por los jueces sector alguno de actividad de la administración.

c) En un tercer sentido puede intentar superarse la contradicción señalada, afirmando que en realidad corresponde distinguir lo “jurisdiccional,” que sería el género, de lo “judicial” y “administrativo,” que serían las especies;⁴⁸ diciéndose entonces que hay revisión “jurisdiccional judicial” de la actividad “jurisdiccional administrativa,” sin que ello importe una limitación de la revisión “jurisdiccional judicial.”

d) Todavía en un cuarto sentido posible, se puede intentar limar sus aristas muy definidas a estos conceptos y decirse que hay *en alguna medida* actividad jurisdiccional de la administración, o por lo menos un *proceso* que en *cierto modo* incide sobre la posterior revisión judicial; el proceso se iniciaría ante la administración y se *continuaría* ante la justicia.⁴⁹ En este criterio, si bien no se niega totalmente la revisión judicial, se la limita y condiciona al modo en que el proceso haya sido iniciado en sede administrativa.

9. *Discrepancias terminológicas y de fondo*

Hay en todo esto mucho de terminológico pero también bastante de discrepancia en el fondo de la cuestión. No interesa demasiado, en verdad, decidir de qué modo elegiremos denominar a la actividad de la administración, en todo o en parte; lo que interesa más bien es *determinar si existe algún campo de la administración cuya revisión judicial sea excluida o limitada por alguna razón intrínseca a aquél.* De este modo, nos parece que las discrepancias *de fondo* se pueden agrupar alrededor de tres grandes grupos:

a) Quienes afirman que *no cabe* la revisión judicial de ciertos actos de la administración, fundándolo en que la administración ha ejercido ya “jurisdicción.” Esta es la primera posición que mencionáramos anteriormente.

b) Quienes consideran que no cabe sino una revisión judicial *limitada* del ejercicio administrativo de “actividad jurisdiccional” o del “proceso” administrativo. Este es el cuarto criterio antes enunciado.

c) Quienes entienden que debe existir una revisión judicial suficiente y adecuada y que no cabe limitarla;⁵⁰ dentro de esta concepción, a su vez, es importante

⁴⁸ BIELSA, RAFAEL, “Acto jurisdiccional y acto judicial. Fundamento de la distinción en la ley, la jurisprudencia y la doctrina,” *LL*, 104: 825, 829: “Basta que el acto jurisdiccional administrativo sea revisible por vía judicial [...] para que el Poder Ejecutivo no incurra en la transgresión del precepto constitucional del art. 95.”

⁴⁹ ASÍ BOSCH, JORGE TRISTÁN, “Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales,” *LL*, 84: 182 y ss. y *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*, Montevideo, 1951, pp. 107-8.

⁵⁰ Como lo dijera la CSJN “...Cualquier decisión administrativa acerca de los hechos y del derecho controvertido ha de quedar siempre sujeta a control judicial suficiente,” *in re Beneduce, Carmen y*

distinguir dos terminologías opuestas sólo verbalmente: Quien niega totalmente el ejercicio de actividad jurisdiccional por la administración; quien afirma que existe actividad jurisdiccional de la administración, pero que ello no justifica en modo alguno que se limite o excluya la revisión judicial. Como se ve, significan lo mismo, pero la segunda es proclive a confusión. Estos son los criterios expuestos anteriormente en segundo y tercer lugar.

Una parte importante de la doctrina argentina⁵¹ se había manifestado en el sentido de negar radicalmente que la administración pudiera constitucionalmente ejercer actividad jurisdiccional excluyendo o limitando el control de los jueces; ese era el criterio clásico,⁵² que solo cedió ante la presión cesarista de los últimos gobiernos de facto y también de algunos elegidos democráticamente pero que no tuvieron un comportamiento congruente con su origen.

La discusión constitucional en sí está casi agotada en favor de este criterio, pues no se han enunciado argumentos convincentes que refuten las normas de los arts. 18, 109 y 116 de la Constitución.

Con todo, parecería quedar un ámbito irreductible en la discusión: Que a pesar de que constitucionalmente tal otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la administración es inadmisibles, algunas leyes se lo han dado de todos modos y la Corte Suprema lo ha aceptado.⁵³

En la legislación, los casos más cuestionables se hallan ya superados⁵⁴ y quedan principalmente hipótesis de ejercicio parcial de jurisdicción por órganos independientes,⁵⁵ que no alteran la regla.⁵⁶

otras v. Casa Auguste s/despido, Fallos, 251: 472.

⁵¹ Entre otros, véase LESTANI, H. A., *La jurisdicción contencioso-administrativa*, Buenos Aires, 1937, p. 32 y ss.; IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL M., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, 3ª ed., p. 38 y ss.; BIELSA, *op. loc. cit.*, aunque con distinta terminología.

⁵² Ver también ARGANARÁS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1955, p. 51 y ss.; PODETTI, RAMIRO, "El plazo que establece el art. 27 de la ley 3.764 (impuestos internos.) Su interrupción," *JA*, 1946-I, 43; BULLRICH, RODOLFO, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1929, pp. 80-1.

⁵³ Así IBÁÑEZ FROCHAM, pp. 50 y 51; FIORINI, *op. cit.* de *JUS*, p. 40.

⁵⁴ IBÁÑEZ FROCHAM, *La jurisdicción*, Buenos Aires, 1972, pp. 147-53.

⁵⁵ IBÁÑEZ FROCHAM, *op. ult. cit.*, p. 154 y ss.

⁵⁶ Algunas normas provenientes de épocas ojalá superadas todavía se enrolan en la admisión del "acto administrativo jurisdiccional," como el art. 99 del decr. 1759/72, pero parecen anacrónicas frente a la más clara Constitución de 1994: Es necesario no olvidar los presupuestos políticos y constitucionales de nuestro derecho, que explicamos *supra*, cap. III, "Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo," http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf. No se trata de hacer juegos de conceptos, sino que hay que construir en cada institución una base de un sistema democrático de división, fractura y control de poder. Cada sentencia judicial que limita su propio control de un supuesto "acto administrativo jurisdiccional" es, a la inversa, pilar del cesarismo autocrático del que tradicionalmente padecemos. No nos quejemos de la debilidad presupuestaria del Poder Judicial sin también procurar eliminar toda debilidad conceptual o material de su control. Ampliar *infra*, t. 2, caps. XIII, "La tutela judicial," http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo13.pdf, XIV, "Problemas del acceso a la justicia," http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo14.pdf, XV, "Comparación del control administrativo y judicial," http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo15.pdf.

10. *El problema en la jurisprudencia. Introducción*

Trataremos ahora de analizar si esta última afirmación responde a la realidad, o sea, si realmente en la jurisprudencia de la Corte puede encontrarse *una clara regla general en favor de la constitucionalidad del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la administración*. En rigor, la extensa demostración que sigue proviene de ediciones previas, pero el fallo de la CSJN en *Ángel Estrada* da una respuesta categórica en sentido negativo.⁵⁷

La jurisprudencia anterior ha usado los términos con mucha imprecisión y en su momento tratamos de averiguar qué es lo que realmente resolvían en los casos sometidos a su consideración, antes que las palabras que para resolver utiliza. En efecto, la Corte ha usado en el pasado los términos “jurisdicción administrativa” tanto en el primer sentido, de excluir totalmente la revisión judicial salvo recurso extraordinario,⁵⁸ como en el segundo —el inverso, de prohibírsela a la administración—,⁵⁹ en el tercero, de admitir “jurisdicción administrativa” siempre que ella esté sujeta a revisión judicial,⁶⁰ y también en el cuarto, de limitar la revisión judicial de la “jurisdicción administrativa.”

Una respuesta superficial e inmediata puede ser afirmar que en verdad la jurisprudencia admitía todos los criterios y que en algunos casos había resuelto una cosa y en otros otra; pero la labor del intérprete no podía quedar detenida allí. Era necesario determinar si existía o no una *corriente dominante* de decisión en los fallos de la Corte, una *idea directriz* que pudiera servir como instrumento de interpretación. Para ello era necesario prestar atención a algunas circunstancias que no siempre fueron tenidas en cuenta al analizar los fallos de la Corte: La mayoría de los fallos, cuando se dan a raíz de recursos extraordinarios, deben ser cuidadosamente sopesados en relación a la competencia limitada que el tribunal tiene en tales casos.

No debe olvidarse que el recurso, como extraordinario que es y limitado como está a los requisitos procesales y de fondo que le son propios, muchas veces obtiene

⁵⁷ Ver mi art. “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; y en *Res Publica*, *Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311, <http://gordillo.com/articulos/art49.pdf>. Ver también MONTI, LAURA, “El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte suprema. Sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso «Ángel Estrada»,” en CICERO, NIDIA y BLOCH, DENISE (coords.), *JA*, 2005-II, número especial, *El caso Ángel Estrada*.

⁵⁸ Incluso se ha afirmado que el órgano administrativo ejercía una “función judicial.” *Fallos*, 155: 356, *González Maseda*, 1929; 156: 81, *Comité Radical Acción*, 1929, etc. Ver IMAZ, ESTEBAN, “Control judicial de la jurisdicción administrativa,” en *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, Buenos Aires, 1951, p. 137 y ss.; IMAZ y REY, RICARDO, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1962, 2ª ed., p. 18 y ss.

⁵⁹ P. ej. en la causa *Borro*, *DJ*, 1964, 758.

⁶⁰ Este es un uso común: *Fallos*, 244: 548, *López de Reyes*, 1959; 247: 646, *Fernández Arias*, 1960. Ver MONTI, LAURA, “El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso Ángel Estrada),” en *JA*, 2005-III, p. 1130.

una sentencia contraria a su procedencia *formal* antes que material. Tales casos, en que el tribunal decide declarar formalmente inadmisibles el recurso, no son por cierto suficientes para construir una teoría de la doctrina material de la Corte sobre el fondo del problema en discusión. La Corte ha hecho característico de sus fallos la repetición de la terminología usada en viejos pronunciamientos,⁶¹ aunque cambien los componentes del tribunal y cambie también a veces su orientación. Esta costumbre es intrascendente por lo general, pero puede ser de importancia para el intérprete desprevenido cuando se trata de emplear términos jurídicos. En este caso debe tenerse presente que la mera repetición de un vocablo usado en anteriores pronunciamientos no significa necesariamente que en el presente se resuelva exactamente lo mismo. La Corte invoca casi siempre precedentes de sus argumentos, aunque lo que se decida en la especie no sea lo mismo o constituya un caso totalmente nuevo, dando entonces la inexacta impresión de un *continuum*, de una coherencia y armonía total entre todos sus fallos, pasados y presentes, lo que puede llevar a error al intérprete. Por último, en relación a este supuesto continuo que sería la jurisprudencia de la Corte Suprema, creemos fundamental a su vez destacar que existen dos etapas en ella con relación a este tema: la *primera*, desde su origen hasta 1960, en que admitió con mayor o menor liberalidad y en muchos casos concretos, dichas atribuciones y que llevó como resultado a los excesos conocidos de la primera mitad de la década del cincuenta; la *segunda* etapa, que plantea una reacción vigorosa contra dicha tendencia y que se inicia con la declaración de la inconstitucionalidad de los tribunales administrativos de arrendamientos rurales.

Tratamos pues en su momento de ver si existía o no alguna *línea fundamental* en los fallos de la Corte Suprema: No estaría ella libre de excepciones, pero permitiría al menos determinar cuál era el criterio rector que debe adoptarse en los casos de duda. Y si bien consideraremos algunas de las supuestas excepciones a la actividad administrativa “jurisdiccional,” en realidad son casos límites que no interesan tanto para nuestro análisis: Cuando la revisión judicial esté totalmente excluida, la confusión existirá en la legislación o en el fallo, pero no ya en el intérprete, que dirá tan sólo, en esos casos de supuesta excepción, que no existe revisión judicial.⁶² Pero son los casos en que existe alguna revisión judicial los que más se prestan a equívocos: Si se admite que la previa actividad de la administración ha sido jurisdiccional, se puede llegar rápidamente a querer limitar por vía de interpretación la revisión judicial; si, en cambio, en estos

⁶¹ Más, hasta tiene en su planta permanente al menos un experto en letras para asegurar tal uniformidad. Dicho experto en letras no es, al mismo tiempo, especialista en derecho, de modo que no puede pedirse a la terminología de la CSJN, curiosamente, la precisión que los comentaristas desearían ver para poder enseñar los fallos más fácilmente.

⁶² Con todo, veremos que hay casos en que esa falta de revisión judicial es sólo aparente. La excepcionalidad de la no justiciabilidad de actos administrativos es manifiesta al punto tal de poder considerársela inexistente a los efectos prácticos.

casos imprecisos se puede sentar la regla de que la administración no ejerce una atribución jurisdiccional, dejará de existir automáticamente todo argumento para limitar las atribuciones del juez y resurgirá plena su jurisdicción constitucional.

11. *El recurso extraordinario no es revisión judicial suficiente y adecuada*

Cuando, en lo que sigue, nos refiramos a la “actividad jurisdiccional de la administración,” lo haremos siempre con el alcance de que si la admitimos, *ello implica que negamos o limitamos la revisión judicial*. No usaremos, por imprecisa y equívoca, la terminología que habla de “jurisdicción administrativa” pero al mismo tiempo afirma que debe estar sujeta a revisión judicial. La única excepción estaría constituida por los casos en que se haya seguido el modelo canadiense de que el primer acto administrativo lo dicte, no la administración activa, sino un órgano imparcial e independiente que puede ser denominado entonces tribunal administrativo, pero sujeto a revisión judicial plena. Es el caso de los controladores de tránsito en la Ciudad de Buenos Aires.

A su vez y siguiendo el criterio de la Corte Suprema a partir del caso *Fernández Arias*,⁶³ entendemos que la mera y exclusiva existencia de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra un acto administrativo, *no constituye revisión judicial* en el sentido del art. 18 de la Constitución. En efecto, de querer tenerlo en cuenta como revisión judicial, habría que señalar que ella es limitadísima, tan mínima como para perder trascendencia como medio *regular y ordinario* de contralor judicial. Debe recordarse al respecto que este recurso no es un medio de controlar la legitimidad del acto en general, sino sólo su inconstitucionalidad y aun así limitada por las restricciones legales y jurisprudenciales existentes, de fondo y de forma; en suma, como recurso extraordinario que es, no puede tomárselo como medio *normal* y práctico de revisión.

La revisión judicial que trataremos de determinar si debe o no otorgarse, pues, la consideraremos prescindiendo de la existencia de tal recurso, aunque como veremos su funcionamiento puede ayudar en gran medida a la dilucidación de la cuestión.

12. *Actividad jurisdiccional de la administración y revisión judicial. Alcances del problema*

El problema de si la administración ejercía o no atribuciones jurisdiccionales no era entonces meramente teórico, sino que tenía y tiene grandes consecuencias prácticas. No está en juego una mera definición, sino el alcance de la revisión judicial: Como ya dijimos, si la administración ejerce este tipo de atribuciones válidamente, ello podría significar para algunos que se limitara o excluyera la revisión judicial de esa actividad, ya que no tendría al parecer sentido una amplia

⁶³ Fallos, 247: 646, *Fernández Arias*, 1960.

revisión judicial ordinaria *si ya ha existido ejercicio de jurisdicción en el caso concreto por parte de otro órgano.*

En el planteamiento más extremo de la cuestión, otorgar atribuciones jurisdiccionales a la administración significa no dar al particular afectado acción judicial posterior para atacar la decisión administrativa y reconocerle, tan sólo, el recurso extraordinario para ante la Corte Suprema, en los casos de inconstitucionalidad y tal como ocurre con respecto a todas las sentencias judiciales definitivas. Esa es p. ej. la situación que existía con los anteriores tribunales administrativos de arrendamientos rurales, contra cuyas decisiones sólo procedía el recurso extraordinario.

En un planteo menos extremo, pero de igual orientación, el reconocimiento de atribuciones jurisdiccionales a la administración implica la limitación o reducción de la revisión judicial, pero sin llevar exclusivamente al recurso extraordinario.

En esta tesitura, contra la decisión administrativa existiría un recurso judicial limitado de algún modo: Sea como mero recurso de apelación, o como recurso para discutir sólo la legitimidad del acto, etc. Ubicándose en este pensamiento, cabría decir que “Aunque se trate siempre de dos poderes distintos, existe entonces una continuidad funcional a la que ambos contribuyen, *un solo proceso contra la administración que se inicia ante ésta y termina ante los tribunales;*”⁶⁴ y como lógica consecuencia de tratarse de “un solo proceso” iniciado ya ante la administración, la impugnación judicial de la decisión administrativa no se haría por vía de acción o curso ordinario, sino por vía de “recurso,” en el sentido muy restringido de que “no se concibe sino en el proceso,” “debe considerarse como un derivado de la acción,” “como un complemento,” de ella, “como un poder jurídico que nace en el proceso y no tiene vida sino dentro de él.”⁶⁵ Sobre todo, que no cabe en él la apertura a prueba en sede judicial, lo cual nuestros tribunales han desechado claramente.

En tal sentido, si la ley otorga un “recurso de apelación” o una “apelación” para ante la justicia contra un acto administrativo “jurisdiccional,” dicha “apelación” podrá significar para quienes acepten aquel punto de partida, “además del reconocimiento de la unidad del proceso en que toman parte el Poder Administrador y el Judicial, la aceptación de una determinada limitación en el ejercicio de las facultades de revisión que corresponden al último de los poderes indicados.”⁶⁶ Pero en realidad, como veremos, la jurisprudencia siempre ha interpretado que tenía jurisdicción plena para entender en estos mal llamados recursos de apelación, que serían así nada más que la supresión de la doble instancia judicial, que nuestra

⁶⁴ BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, op. cit., p. 107.

⁶⁵ Son palabras de LASCANO, DAVID, “Naturaleza jurídica de las acciones judiciales,” *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, t. XIV, La Plata, pp. 185-6, que recuerda BOSCH, op. cit., p. 107.

⁶⁶ BOSCH, op. loc. cit.

Corte ha reputado constitucional. El significado de tal recurso de apelación sería entonces el de una instancia judicial plena, pero sólo una, en Cámara.

13. “Recurso” o “acción” judicial y facultades jurisdiccionales de la administración

Como se comprende, de la aceptación del ejercicio válido de “funciones jurisdiccionales” por parte de la administración surgen, entonces, una serie de limitaciones actuales o virtuales para la ulterior revisión judicial de los actos respectivos; a *contrario sensu*, de su rechazo surge la necesaria plenitud de la revisión judicial posterior.⁶⁷ Por lo demás, siendo el problema de índole constitucional, tiene alcances interpretativos muy poderosos: Si adoptamos la posición de que la Constitución no permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración, entonces nos veremos obligados a interpretar aquellas leyes que otorgan supuestos “recursos de apelación” para ante la justicia contra actos administrativos, en forma amplia.

No diremos en tales casos que se trata de un recurso restringido, sino que señalaremos la impropiedad terminológica de la ley, que donde debió decir “acción” *porque no otra cosa podía constitucionalmente decir*, dijo “recurso;” la interpretaremos entonces como si hubiera dicho lo que en verdad correspondía de acuerdo con la Constitución. Para ello será de aplicación el criterio de acuerdo al cual si una ley puede ser interpretada de dos modos, uno de los cuales implica su apartamiento de la Constitución, habrá que interpretarla del otro modo que la haga congruente con las normas supremas.

Esa interpretación que torne congruente tal “recurso” con el sistema constitucional, con todo, puede hacerse de tres modos distintos:

a) Uno puede ser el afirmar que si bien se trata efectivamente de un recurso en sentido procesal, es potestativo del interesado seguirlo o no, que si lo desea puede no interponerlo e iniciar en su lugar una acción ordinaria⁶⁸ Como variante del mismo criterio, podría también decirse que el recurso se asemeja a un juicio ejecutivo, que puede intentarse pero no hace cosa juzgada y puede luego ser discutido nuevamente en un juicio ordinario.

⁶⁷ Como bien advierte MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 115, no se trata de una cuestión terminológica sino de determinar la amplitud del control, p. ej. alegar hechos y producir pruebas en sede judicial. En la misma obra, t. II, pp. 701-2 y nota 421; DIEZ y HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983, pp. 39-40, 82 y ss.

⁶⁸ En sentido similar COSTA, AGUSTÍN A., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950, se pronuncia por la inconstitucionalidad lisa y llana de tales “recursos de apelación.” Lamentablemente es una solución que la jurisprudencia no ha querido aceptar. El otorgamiento de estos recursos directos, con privación de la primera instancia ordinaria, es un privilegio que se otorga indebidamente a la administración y no sostienen bien el Estado de Derecho los jueces que prefieren aceptar esta restricción judicial y del acceso de los individuos a la justicia.

b) En otro planteo, puede pensarse que si la ley ha creado un “recurso de apelación” para ante una Cámara de Apelaciones, no podemos prescindir de él e iniciar una acción ordinaria ante el juez de primera instancia, porque la multiplicidad de instancias judiciales no es una garantía constitucional,⁶⁹ pudiendo entonces la ley limitar válidamente la revisión judicial a una única instancia, que sería la de la Cámara.⁷⁰

Pero si la ley quiere además expresa o implícitamente *limitar también esa única instancia judicial*, p. ej. al decir que sólo se trata de un “recurso de apelación,” entonces sí diremos que ello es inconstitucional, pues debe existir siempre una instancia judicial *suficiente y adecuada*, requisitos éstos que no se hallarían reunidos en la especie; en tal caso interpretaremos la ley afirmando que en realidad no se trata de un mero recurso de apelación, sino de un medio amplio de abrir la instancia judicial ante la Cámara.

La jurisprudencia se ha orientado hacia este segundo criterio: ha dicho así la entonces llamada Cámara Federal de la Capital que un órgano administrativo⁷¹ “no se encuentra en relación directa ni jerárquica con este tribunal. De sus decisiones no cabe apelación, como impropriamente lo expresa el decreto 5148/55 (art. 5°), porque ésta sólo funciona entre los diversos grados que constituyen las instancias del Poder Judicial.” “Algunas decisiones de los órganos no judiciales son susceptibles de recursos ante los tribunales; recursos que no son apelaciones sino medios autónomos para rever, por la vía contencioso-administrativa, tales decisiones.”⁷² En igual sentido la Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, ha sostenido que puesto que “al Presidente de la República y al personal de la Administración pública nacional le está vedado ejercer funciones judiciales [...] no es posible atribuirle la calidad de tribunal de 1a. instancia respecto de un órgano judicial que actúa por vía de apelación, porque entonces cabría concluir que en ese caso ha ejercido aquellas funciones, no siendo óbice la circunstancia de que sus decisiones sean recurribles, porque también lo son las de los jueces en los casos autorizados por las leyes procesales.” “La naturaleza de «acción» y no de «recurso procesal» que tienen las vías que varias leyes declaran expeditas para llevar decisiones administrativas ante el Poder Judicial, ha sido también declarada por la jurisprudencia.”⁷³

⁶⁹ Cabe recordar, en contra, las magníficas páginas de COUTURE, en el prólogo al libro de COSTA, acerca de la relación entre libertad y doble instancia judicial, *op. cit.*, pp. 3-7 y 37, nota.

⁷⁰ CSJN, *López, Guillermo A. c/Banco Hipotecario Nacional*, DJ, 1965: 1915, con disidencia de PEDRO ABERASTURY y CARLOS J. ZAVALA RODRÍGUEZ, que admiten tal recurso siempre que él sea una revisión judicial suficiente y adecuada a “la defensa de sus derechos y a la amplitud necesaria del debate judicial. (Fallos, 250: 418.)”

⁷¹ En el caso, la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial.

⁷² CNEsp., *Mariategui*, 1956, LL, 84: 185, con nota de BOSCH, JORGE TRISTÁN, “Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales,” *op. cit.*

⁷³ CNTrab., Sala II, 1959, LL, 99: 287, *Plotnicoff Uliansky*, 1959. Similar orientación de la Cámara Federal, aunque no tan expresa, en *Cía. Británica de Construcciones de Acero Ltda., DJ*,

La Cámara Contenciosa de la Ciudad de Buenos Aires ha seguido esta tendencia: “debe garantizarse en todos los casos la existencia de la posibilidad de acceder a una revisión judicial «suficiente y adecuada», la calificación de «recurso» que la ley 466 en su artículo 34, le otorga a la vía de acceso a la instancia judicial de escrutinio del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, no será interpretada por este tribunal literalmente como un recurso de apelación, sino como un medio de habilitar una instancia judicial amplia ante la Cámara.”

“No proceder de este modo, implicaría revestir al Consejo Directivo del C.P.C.E. de la calidad de los tribunales de primera instancia, pues sólo entre los diversos grados que conforman las instancias del Poder Judicial pueden mediar recursos de «apelación».”⁷⁴ Lo mismo se aplica si se instituyeran, lo que sería un gran progreso, tribunales administrativos imparciales e independientes para dictar el primer acto administrativo; ello eliminaría la función decisoria de los órganos activos en casos individuales, no el ejercicio de facultades reglamentarias.

También la Corte Suprema ha dicho que aunque la ley usara el término “recurso,” se trataba en realidad de una “acción contenciosa.”⁷⁵ En conclusión: Si podemos afirmar que la administración no puede ejercer atribuciones jurisdiccionales, entonces, en los casos en que la ley otorga supuestas “apelaciones” contra sus actos, las interpretaremos en forma amplia, como acciones, aunque respetando la indicación del tribunal que la ley determine.

c) Otra variante, que ha sido intentada con éxito al menos una vez,⁷⁶ es iniciar preventivamente la litis en primera instancia y ampliarla cuando el acto es dictado; luego “apelar” en término ante la Cámara, pidiéndole que suspenda juzgamiento en el recurso directo hasta que le lleguen por vía de apelación los autos de primera instancia.

14. Alcance jurídico-político del problema

Ya decía COUTURE, refiriéndose a la doble instancia judicial, que él postulaba en lugar de la instancia única que “Luego de larga y trágica experiencia en la conquista de las libertades del hombre, siempre cabría pronunciarse en favor de

1964: 1965; *Arregui, DJ*, 1964: 703, etc.

⁷⁴CContencioso administrativo y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, *Dacuña, Jorge Humberto y Faur, Isaac Roberto c/ C.P.C.E.*, 20-VI-2001. Doctrina necesariamente extensible al supuesto de la ley 471 de empleo público local que califica como “recurso judicial” ante la Cámara contenciosa administrativa y tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, a la acción judicial impugnatoria de las sanciones disciplinarias expulsivas. (Art. 55.) En igual sentido, la ley 25.164 de empleo público nacional. (Art. 39.)

⁷⁵*Fallos, Contardi*, 183: 389 (1939); *Caviglione Hnos., JA*, 1944-III, 73; *PODETTI, op. cit.*, p. 43; *FIORINI*, “Tribunales y función administrativa,” *Derecho del Trabajo*, XVIII: 893; *REJTMAN FARAH, MARIO, Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 9 y 54.

⁷⁶Acá se nos conflictúan diversos valores personales no congruentes. Baste decir que el caso fue nuestro y nos fue resuelto favorablemente. Por razones obvias no podemos indicar el caso.

aquella solución que traiga consigo el prestigio del libre examen, que es la esencia del sistema democrático de gobierno. Y si aun quedara alguna duda, en nombre del precepto agustiniano que nos impone, en la duda, la libertad.”⁷⁷ No es posible discrepar con esta afirmación de principios, pero no deja de estar claro que la doble instancia se requiere en materia penal, por aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero no así en el resto de los casos.

Sin embargo, la Corte IDH estableció que las garantías del art. 8 de la Convención rigen para todos los procesos estatales. En ese sentido, afirmó que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal [...] La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.” La duración extraordinaria de estos litigios en el país hace a veces pensar si tiene sentido un sistema que en la práctica se compone virtualmente de tres instancias, computada la de la CSJN sin cuyo agotamiento la administración no da por terminada la discusión menos aún si le agregamos la Casación que está a punto de implementarse.

Por ello consideramos que la reflexión de Couture es más aplicable cuando se trata, no ya de suprimir una instancia judicial dejando otra, sino de suprimir o reducir incluso a ésta; por eso, adelantándonos a cuál sea en verdad la interpretación constitucional que corresponde, no podemos dejar de señalar la trascendencia que desde el punto de vista político tiene la cuestión: La limitación de la revisión judicial en beneficio de la administración y en desmedro de los particulares, es característica de los Estados totalitarios, de la negación del Estado de Derecho.⁷⁸ Por ello, si compartimos los principios superiores de la libertad y

⁷⁷ COUTURE, en el prólogo al libro de COSTA, *op. cit.*, p. 5: *In dubio pro libertatis*. Por ello, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la doble instancia en materia penal, ya han comenzado a aparecer pronunciamientos que las extienden a la materia administrativa (v. Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, 2-II-01). En igual sentido la Organización de las Naciones Unidas ha creado en 2008 también la doble instancia judicial para asuntos administrativos. En igual sentido, y con cita del precedente supranacional, CSJN, *Fallos*, 335: 1126, *Losicer, Jorge Alberto*, 2012, respecto a la garantía de “plazo razonable” a la que alude el art. 8, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁸ REAL, ALBERTO RAMÓN, “El «Estado de derecho» (Rechtsstaat),” en *Estudios jurídicos en memoria de EDUARDO J. COUTURE*, Montevideo, 1957, pp. 601-2; ver también, del mismo autor, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, secc. 2 (doctrina), 1948, p. 47 y ss.; GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, *op. cit.*, 2ª ed., p. 386: “La decisión de los órganos administrativos al resolver los conflictos debe estar condicionada, siempre, a una revisión judicial suficiente.” En igual sentido 4º ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 603.

del Estado de Derecho, no podremos sustentar una tesis que excluya o limite la protección judicial de los administrados frente a la administración.⁷⁹ Esa es la solución que se ha impuesto en la doctrina y la jurisprudencia.

15. *Evolución en el derecho argentino del reconocimiento de facultades jurisdiccionales a la administración*

Según lo hemos dicho es importante recordar como ha evolucionado el problema en nuestro país: anteriormente a 1960 existían leyes que otorgaban a la administración la facultad de aplicar sanciones severas a los administrados sin recurso o acción judicial posterior,⁸⁰ o la resolución en forma definitiva de contiendas entre partes privadas;⁸¹ pero luego la Corte declaró la inconstitucionalidad de esas leyes.

En 1960, en el fallo *Fernández Arias*,⁸² la Corte declaró que el art. 18 de la Constitución impone la garantía de que “ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia,” y que si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, existe agravio constitucional originado en privación de justicia. “Puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el art. 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos” (considerando 20).

Resulta de ello que si la ley otorgaba a la administración la facultad de resolver alguna cuestión, es necesario también que se haya previsto “oportunidad para que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo,” pues es imprescindible la existencia de “recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,” “en la inteligencia de que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente con los derechos y garantías constitucionales.” (Cons. 17.) “De conformidad con lo hasta aquí expuesto, pues y a título de síntesis, cabe declarar que, en casos como el de autos, *control judicial suficiente quiere decir*: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. (Doctrina de *Fallos*, 205: 17; 245: 351.) *La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado*

⁷⁹ Reconocer facultades jurisdiccionales a la administración, con el alcance de que sólo procederá contra ella el recurso extraordinario, no es “ventajoso” para el administrado, pues la verdadera garantía procesal está en la normal intervención amplia de la justicia ordinaria, no en un recurso excepcional y restringido como es el extraordinario.

⁸⁰ Así, la ley 13.492 y la 12.983, sobre precios máximos, agio y especulación.

⁸¹ Así la ley 13.246, de arrendamientos y aparcerías rurales.

⁸² *Elena Fernández Arias y otros vs. José Poggio - sucesión*, Fallos, 247: 646, 1960.

*en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas.*⁸³

A pesar de algunas imprecisiones que el fallo contiene, su idea central es perfectamente clara: No puede otorgarse a la administración una facultad que sea irrevisible judicialmente. No satisface el requisito de la necesaria revisión judicial la mera existencia de un recurso limitado de inconstitucionalidad o arbitrariedad.

Es necesario un medio de impugnación judicial que permita la discusión *suficiente y adecuada* de los hechos y el derecho que el caso involucra. Si entendemos por función jurisdiccional aquella que pueda constituir esa “instancia judicial al menos” de la que habla el fallo, que haga *innecesaria* una revisión judicial “adecuada,” es evidente que ese tipo de atribución le es terminantemente *negada* a la administración.⁸⁴

En el fallo *Ángel Estrada*,⁸⁵ la Corte interpretó una vez más que el control judicial debe ser amplio y suficiente. Establece que “...el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los artículos 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, [...] prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, *su independencia e imparcialidad estén aseguradas*, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.” (Cons. 12.)

El destacado es nuestro y se emparenta con la concepción que venimos exponiendo hace tiempo respecto de la necesidad de establecer una primera decisión administrativa pronunciada por tribunales administrativos imparciales e independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado.⁸⁶ Parécenos obvio

⁸³ Fallo citado, cons. 19, p. 658; *in re Giroldi, LL*, 1995-D, 462, la Corte retoma este criterio.

⁸⁴ En tal sentido CSJN, *Banco Regional del Norte Argentino*, 4-II-88; *Jalife Elías* (año 1993), *LL*, 1994-D, 73; CNFed. CA, Sala II, *Dar S.A.*, 13-VII-95.

⁸⁵ CSJN, *Fallos*, 328: 651, *Ángel Estrada y Cía. SA c/resol 71/96*, 2005. Ver nuestro art. “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fas. 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48 y en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311, <http://gordillo.com/articulos/art49.pdf>. REJTMAN FARAH, MARIO, “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias,” *LL, SJDA*, 27-V-05; CARRILLO, SANTIAGO, “Entes Reguladores: rumbo a las autoridades administrativas independientes,” *ElDial.com, Suplemento de Derecho Económico*, 12-X-07.

⁸⁶ Nos remitimos a “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32. Ver también los demás trabajos citados *supra* notas 43 y 44.

que ese sistema que se utiliza p.ej. en Canadá⁸⁷ hace a un accionar administrativo más eficaz, imparcial y justo, además de oportuno, sin perjuicio del control judicial adecuado. El cambio es más sencillo de lo que parece: Sólo se trata de transformar a los actuales órganos ejecutivos de la administración en tribunales administrativos independientes. Lo que falta, claro está, es la visión de estadista que requiere desprenderse de los controles diarios de la vida pública y dedicarse en cambio a la visión a largo plazo del país y de la economía. Por la creciente concentración de poder que nos toca vivir en este tramo de la historia esa aspiración puede parecer casi utópica, pero estimamos que su tiempo habrá de llegar en aras a la eficiencia, una vez demostrada hasta el hartazgo la ineficiencia de la concentración actual de poder, que lleva inevitablemente a su propia caída.

16. *El recurso extraordinario y las facultades jurisdiccionales de la administración*

Consecuentemente con el criterio que se desprende de los fallos mencionados, el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a la administración, con el criterio de excluir la adecuada revisión judicial, no satisface la garantía de la defensa en juicio aunque se reconozca al interesado el recurso extraordinario. Esta es la regla general a la cual la Corte Suprema hace expresa excepción en el caso en que la ley da la elección entre la vía administrativa y la judicial, si el interesado elige voluntariamente la primera. Ahora trataremos de considerar en cambio si además de esa supuesta excepción existen o no otros casos en que la *jurisprudencia* reconozca a la administración atribuciones supletorias de las de los jueces.

Es conveniente dejar sentado desde ya que no nos interesa aquí hallar una definición de “función jurisdiccional,” sino meramente indagar *si es legítimo limitar la revisión judicial de los actos administrativos en base a un supuesto ejercicio administrativo de actividad jurisdiccional*; lo que investigamos entonces es si la administración ejerce alguna vez atribuciones tales que limiten o excluyan una revisión judicial suficiente.

Por ello, si se quiere afirmar en el plano puramente teórico que la administración ejerce facultades jurisdiccionales pero se aclara que ello no significa que se limite la revisión judicial suficiente y adecuada de ellas, con derecho a producir prueba y alegar sobre su mérito, no nos interesa rebatir dicha afirmación ya que ello concuerda sustancialmente con lo que aquí decimos y no constituye sino un inadecuado empleo terminológico de tales palabras.⁸⁸ No altera esta conclusión

⁸⁷ Lo hemos descripto en “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, London, Esperia, vol. 21, N° 2, 2009, pp. 699-727, <http://gordillo.com/articulos/art3.pdf>. Ver también los trabajos citados *supra* notas 43, 44 y 86.

⁸⁸ Es el caso de la propia Corte Suprema, que en algunos fallos habla de “jurisdicción administrativa,” aclarando que requiere “como indispensable el control judicial,” *Mercé, DJ*, 1964-457; y en otros de “órganos administrativos con facultades jurisdiccionales” cuyas “garantías formales de

el que algunos fallos parezcan morigerar verbalmente el principio, adecuándolo a las circunstancias del caso.⁸⁹

La prueba más acabada para determinar si la administración ha ejercido o no atribuciones jurisdiccionales dentro de la orientación de los fallos de la Corte Suprema (en cuanto a su contenido), es ver si se ha admitido el recurso extraordinario directamente contra la decisión administrativa ya que de acuerdo con el mencionado principio, *sólo el ejercicio de función jurisdiccional por la administración justificaría dicha procedencia del recurso extraordinario*, con la consecuencia de excluir ya otra revisión judicial. Si la Corte resuelve en un caso determinado que el recurso no procede y declara que ello es así *por no tratarse en la hipótesis del ejercicio de facultades jurisdiccionales por la administración*, pareciera que respecto a ese caso no hay ya discusión posible en el terreno de la realidad jurisprudencial: *no se ha admitido en la especie que la administración hubiera ejercido facultad jurisdiccional*.⁹⁰

16.1. Recursos rechazados

Los fallos de la CSJN en materia de recurso extraordinario contra actos administrativos, se caracterizan por su sistemático rechazo, *en base a que no existía en las situaciones consideradas ejercicio administrativo de facultad jurisdiccional*.

Ello no significa que deje de haber protección judicial para el interesado, sino que en lugar de tener únicamente el limitado y excepcional recurso extraordinario para ante la CSJN, tiene *tanto la acción judicial ordinaria como también el recurso extraordinario*, este último contra la sentencia definitiva que dicte el juez. Así, en *Nacif*⁹¹ la CSJN, luego de recordar que el recurso extraordinario contra actos administrativos sólo procede cuando el órgano respectivo ejerce “funciones judiciales, atribuidas por ley y con carácter final, es decir, sin revisión por vía de acción o de recurso,”⁹² señala que ello no ocurre en el caso y que todas

independencia y neutralidad previstas para su actuación [...] no alcanzan para categorizarlo como tribunal administrativo,” *Litoral Gas, Fallos*, 321: 776, 1998. Ver también, GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, op. loc. cit.*

⁸⁹ CSJN, *Fernández Arias*, 247: 646, 1960; *Fernández*, 267: 97, 1967. Parte del problema, frecuentemente, es la irresistible tentación de hacer “doctrina” desde el fallo: Parafraseando a LORD DENNING, es dejar caer el judicial manto de armiño y tomar la tiza y el pizarrón. Son actividades incompatibles, que lesionan tanto la función judicial como la tarea docente, que no es en *dicta* donde debe ejercerse. Por ello es más sana la restricción del desarrollo de un fallo, tratando de mostrar no lo que opinan o lo que saben de la doctrina nacional, sino con qué preciso argumento resuelven el *thema decidendi*.

⁹⁰ La redacción de algunos fallos puede ofrecer dudas: “Que el recurso extraordinario sólo es procedente [...] contra resoluciones de organismos administrativos, cuando éstos se hallen equiparados a tribunales de justicia.” Pero no existen casos en que la Corte haya ido tan lejos como para encontrar un órgano administrativo equiparado a un tribunal judicial. Ver también CSJN, *Altamirano*, 312-II: 1682, año 1989, especialmente voto de BACQUÉ.

⁹¹ *Fallos, Nacif*, 240: 407, año 1958.

⁹² O cuando “la decisión del único tribunal previsto en la ley para la revisión judicial de lo resuelto por el órgano administrativo ha sido contraria al derecho que en tales normas funda el apelante,”

las cuestiones alegadas en el recurso “deben *plantearse ante el tribunal judicial al que corresponde conocer [...] y no ante esta Corte. Todo sin perjuicio de la apelación a que la oportuna resolución judicial del punto pueda dar lugar*”: de este modo el tribunal dice expresamente que el acto impugnado debe atacarse ante “el tribunal judicial al que corresponde conocer,” con lo cual está negando, fuera de toda duda, que en el caso el organismo administrativo haya ejercido atribución jurisdiccional.⁹³ En igual criterio los casos *Paolini*,⁹⁴ *Lagrecia*,⁹⁵ *Aberg Cobo*,⁹⁶ *Antonio Domínguez*,⁹⁷ *Altamirano*⁹⁸ y otros.⁹⁹ De esta reseña jurisprudencial, que responde en general al carácter del resto de los fallos que rechazan recursos extraordinarios contra actos administrativos, se destaca ya de antaño la no existencia notoria de facultades jurisdiccionales de la administración, que los juristas del pasado tanto insistían o insisten en reconocer, pero que el fallo *Ángel Estrada* aclara definitivamente, al menos para los que puedan leer sin pre-conceptos. El que la Corte, en el pasado, haya dicho en cada caso que el recurso extraordinario sólo procederá cuando haya ejercicio de facultad jurisdiccional, no quiere decir, en una correcta interpretación de lo que en el caso se decide,¹⁰⁰ que ella exista necesariamente: Para buscar la respuesta a ese interrogante es necesario pasar a otros fallos.¹⁰¹ La explicaremos a continuación.

16.2. *Recursos admitidos*

Lo verdaderamente interesante para indicar el sentido de la jurisprudencia precedente a *Ángel Estrada* no era esas frases incidentales en las cuales pareciera admitirse tales facultades, sino precisamente los fallos en que concretamente se

CSJN, *Fallos*, 326: 756, *Laboratorio Phoenix*, 2003. Ver al respecto, FALCÓN, ENRIQUE, M. (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 617.

⁹³ En igual sentido SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho procesal constitucional*, t. 5, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 453. No pensamos pues que en estos fallos la Corte acepte el ejercicio administrativo de atribuciones jurisdiccionales, como lo hace FIORINI, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁴ *Fallos*, *Paolini*, 243: 448, año 1959.

⁹⁵ *Fallos*, *Lagrecia*, 245: 530, año 1959.

⁹⁶ *Fallos*, *Aberg Cobo*, 248: 516, año 1960.

⁹⁷ *Fallos*, *Antonio Domínguez*, 250: 272-4; año 1961.

⁹⁸ CSJN, *Altamirano*, 312-II: 1682 y LL, 1990-A-301, esp. voto de BACQUÉ.

⁹⁹ CSJN, *Fallos*, 312: 2082, *Transportes Río Grande*, 1989 (respecto a una decisión de la ex Justicia Municipal de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires); 327: 590, *Bravo, Alfredo Pedro (diputado nacional)*, 2004 (en relación a una resolución del plenario del Consejo de la Magistratura); 327: 2328, *Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires*, 2004. (Frente a una decisión de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.) Ver FALCÓN, *op. cit.*, p. 616.

¹⁰⁰ O sea, aquello que es *holding*, vinculante, decisorio, es lo único que debe tomarse como principio; el mero *dictum*, si no tiene otro sustento, carece de real valor.

¹⁰¹ Discrepamos por ello con FIORINI (art. últ. cit., pp. 40-1) y MARIENHOFF, *op. loc. cit.*, en cuanto de estos fallos que afirman que la administración en el caso no ha ejercido función jurisdiccional, sacan la conclusión inatinente de que admite el ejercicio de tales atribuciones por la administración. Es la misma posición que sostuvo CASSAGNE, aunque estimamos que no es su posición actual, en que prefiere citar la doctrina española postconstitucional o a JORGE TRISTÁN BOSCH en vez de su clásico maestro MIGUEL S. MARIENHOFF.

ha resuelto la cuestión de manera positiva; o sea: deben tomarse aquellos fallos que por decidir el *fondo* de la cuestión tienen auténtico valor como precedentes. No los que, rechazando el recurso por la *forma*, hacen consideraciones con mero carácter de *dicta*, es decir, no obligatoria ni decisoria y por lo tanto insuficiente como precedente.

Pues bien, además del caso *Fernández Arias* ya comentado, en que la Corte sienta el principio de la inconstitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a la administración, salvo el supuesto de elección de vías, existen otros pronunciamientos de suma importancia. En la causa *Montagna*¹⁰² la Corte hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto contra una decisión administrativa, *reconociendo entonces que la administración había ejercido función jurisdiccional*, pero lo hizo *para declarar a renglón seguido la inconstitucionalidad del ejercicio de tal atribución, por violación al art. 18 de la Constitución*. Sostuvo en efecto el tribunal que “tampoco existe en el caso calificación especial de la relación jurídica que media entre las partes *que permita la sustracción de su juzgamiento a los jueces ordinarios de derecho*,” revocando en consecuencia la resolución impugnada por el agravio que implica al interesado el ejercicio por la administración de una facultad jurisdiccional. Del mismo modo, en la causa *Rosales*,¹⁰³ la Corte Suprema hizo lugar a un recurso extraordinario interpuesto contra una decisión administrativa que era irrevisible judicialmente, para declarar precisamente que dicha irrevisibilidad era violatoria del art. 18 de la Constitución al no reconocer al interesado el derecho de defensa *en juicio*. La Corte no se pronuncia sobre si el recurrente tenía o no razón en otros aspectos, sino únicamente sobre el agravio que significaba someterlo a una decisión administrativa irrevisible judicialmente, aunque fuera atacable por recurso extraordinario. Establece así el tribunal “Que, conforme a la doctrina de *Fallos*: 247:646 y de la sentencia dictada en la causa “*Beneduce c/Casa Auguste*” —*Fallos*, 251: 472—,¹⁰⁴ es principio fundado en la garantía de la defensa en juicio que, a los fines de la solución de las controversias jurídicas individuales, *no se excluya compulsivamente la intervención suficiente de un tribunal de justicia* —doctrina de *Fallos*: 250:61, 251:471 y otros—.”¹⁰⁵

En este primer párrafo del fallo *Rosales*, la Corte Suprema da el criterio rector: que no se excluya *compulsivamente* la intervención judicial suficiente. Pero agrega todavía el fallo: “Tratándose de diferendos entre particulares, *su sumisión total a organismos administrativos*, sin más recursos que los atinentes a la regularidad del procedimiento y a la conformidad con la Constitución local, *es insuficiente para satisfacer las exigencias del art. 18 de la Constitución Nacional*. La sola

¹⁰² *Fallos*, 249: 181, *Montagna*, año 1961.

¹⁰³ *Fallos*, 253: 485, *Rosales*, año 1962.

¹⁰⁴ En dicho fallo se aclara en el cons. 13 concretamente “que, en tales condiciones [...] se requiere resolución judicial respecto de la licitud de la huelga origen del despido,” “a los efectos de que el tribunal de la causa se pronuncie respecto de la licitud del movimiento huelguístico del caso.”

¹⁰⁵ La bastardilla es nuestra.

razón de que quepa, de tal manera, recurrir a organismos especializados en el ámbito de la actividad de que se trata, no basta para excluir todo control respecto de la razonabilidad de sus decisiones en lo que hace a la existencia de un mínimo de elementos de prueba atinentes a los hechos de la causa y a la legalidad de la resolución adoptada.”¹⁰⁶

En el caso de la *Cámara Gremial de Productores de Azúcar*,¹⁰⁷ la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto contra un acto administrativo en que se había pretendido ejercer una facultad jurisdiccional, pero lo hizo precisa y específicamente para decir que tal ejercicio era por ello mismo violatorio de la Constitución al atentar contra la garantía de la revisión judicial.

Dijo la Corte en esa oportunidad que “El sentido de la jurisprudencia mencionada es, precisamente, impedir tal posibilidad como medio indispensable para la preservación del Estado de Derecho. Porque, en definitiva, la posibilidad de limitar los derechos individuales ya por vía de reglamentación legal ya por vía de actos ejecutivos, no *justifica la inexistencia de control, judicial suficiente* —doctrina de *Fallos*: 247:646; 248:81; 250:61; 251:472 y otros—.” “Que, en tales condiciones y *habida cuenta de que en la causa se asigna carácter final a la decisión administrativa, insusceptible de toda revisión judicial ulterior [...] rige para el caso el principio general reconocido en Fallos: 253:485. Corresponde, en consecuencia, admitir la impugnación constitucional de lo actuado, con fundamento en el art. 18 de la Constitución Nacional.*”¹⁰⁸

Otra vez en este fallo la Corte dice que el carácter final e irrevisible de una decisión administrativa la torna inconstitucional por violación del art. 18 de la Constitución, debiendo entonces existir *control judicial suficiente* de toda la actividad administrativa: Lo cual es decir, en definitiva, que la actividad administrativa no puede nunca ser de naturaleza jurisdiccional ni constituir válidamente “el ejercicio de funciones sustraídas a los jueces,” salvo que se creen algún día tribunales administrativos imparciales e independientes sujetos a revisión judicial plena. Claro está, si la tendencia actual es incluso tratar de cercenar a los cuerpos independientes, bien se comprende que no es ésta la hora del cambio. Pero confiamos en que, como en tantos otros temas de derecho público argentino, nuestra selección de modelos de derecho comparado compatibles con el nuestro que estimamos conveniente seguir tendrá finalmente éxito, sea en la justicia o incluso en la legislación, como ha ocurrido con la nueva ley local de tránsito, según explicamos en otro lugar.¹⁰⁹

¹⁰⁶ P. 489. La bastardilla es nuestra.

¹⁰⁷ *Fallos*, 255: 354, *Cámara Gremial de Productores de Azúcar*, año 1961.

¹⁰⁸ El destacado es nuestro. Este y otros fallos adelantan el camino de la legitimación para los derechos de incidencia colectiva que explicamos *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo2.pdf.

¹⁰⁹ *Supra*, cap. IV, p. 7, nota 15, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIV.pdf.

16.3. Conclusiones sobre la jurisprudencia

De la jurisprudencia analizada y tomando como punto de partida el caso *Fernández Arias*, se desprende con bastante claridad, a nuestro juicio, que no es constitucional que la administración, constituida por órganos estructurados jerárquicamente y *parte* en la contienda que resuelve, pueda decidir con atribución “jurisdiccional,” *irrevisible judicialmente salvo recurso extraordinario*, una determinada cuestión.

El recurso extraordinario para ante la CSJN, que se deja vigente contra actos administrativos dictados en ejercicio de supuestas atribuciones jurisdiccionales, más que constituir una excepción, prueba la regla ya que según hemos visto la Corte, en los casos en que le ha tocado decidir, *ha resuelto sistemáticamente que no existían facultades jurisdiccionales de la administración*.

En verdad, el recurso extraordinario subsiste hoy en día excepcionalmente más que nada —con referencia a actos administrativos— para impugnar el ejercicio administrativo de actividad jurisdiccional, al efecto de que se lo declare inconstitucional *precisamente por constituir un indebido ejercicio de jurisdicción a cargo de órganos administrativos*. No existe pues en nuestro sistema tal actividad y corresponde acudir directamente a la vía judicial ordinaria.

Ello significa que no puede nunca limitarse la revisión judicial de los actos administrativos con base en una supuesta actividad jurisdiccional ejercida previamente por la administración activa, jerárquicamente organizada, o incluso descentralizada pero sin imparcialidad e independencia: Hacerlo implica caer en otra de las confusiones que afectan a este tema.

La conclusión, pues, consiste en que la doctrina de las facultades jurisdiccionales de la administración activa ordenada jerárquicamente, o descentralizada pero sin imparcialidad e independencia,¹¹⁰ además de no tener asidero constitucional ni jurisprudencial, no puede tener incidencia alguna válida sobre la revisión judicial; esta última debe efectuarse por igual y con iguales alcances,

¹¹⁰ Ver nuestros arts. “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311, <http://gordillo.com/articulos/art49.pdf>. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962, <http://gordillo.com/articulos/art12.pdf>; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, México, octubre de 2003, pp. 19-32. También “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (editores), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372, <http://gordillo.com/articulos/art4.pdf>. Un caso que hace *pendant* con *Ángel Estrada* es *Halabi*, febrero de 2009, en materia de amparo colectivo. Sus respectivas lecturas son imprescindibles, pues implican sustanciales progresos del derecho público argentino en materia jurisprudencial, ya que las novedades legislativas y administrativas son al contrario negativas en grado extremo, al menos al momento de entrar este libro en prensa.

cualquiera que sea la índole de la actividad que la administración pública haya ejercido previamente.¹¹¹

16.4. *Una aclaración procesal*

Por fin, corresponde destacar que si bien en algunos casos la Corte Suprema ha admitido la procedencia del recurso extraordinario contra actos administrativos que pretendían ejercer funciones o facultades jurisdiccionales, al solo efecto de declarar la inconstitucionalidad de la decisión así tomada, lo que en realidad corresponde y usualmente ocurre, es que el particular ataque el acto supuestamente jurisdiccional ante la justicia ordinaria en razón de la materia y del caso.

En otras palabras, él deberá iniciar un juicio de conocimiento —ordinario o sumarísimo según corresponda de acuerdo al CPCC de la Nación— contra el Estado, si ninguna previsión legal distinta existe para el caso, o deberá ejercer los “recursos” “limitados” que la legislación le acuerde según las situaciones.¹¹²

Será entonces allí, en esa primera revisión judicial por jueces inferiores, donde el particular deberá reiterar o plantear el caso federal por violación a la garantía del debido proceso ante el pretendido ejercicio de facultades jurisdiccionales por la administración, para luego seguir ante los jueces superiores y en último grado ante la Corte Suprema en procura de una satisfacción a su planteo en el orden interno, previo a acudir al orden supranacional.

Desde el ángulo estricto del derecho procesal, pues, no sería en principio correcto intentar directamente la vía del recurso extraordinario, aun contra un acto que ejerza facultades jurisdiccionales, sino que deben intentarse y agotarse las instancias judiciales previas previstas en el ordenamiento jurídico.

17. *El art. 109 de la Constitución nacional y la función jurisdiccional*

Finalmente, la conclusión de que la administración no ejerce ni puede ejercer función jurisdiccional se desprende no sólo del art. 18 de la Constitución, cuando garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos,¹¹³ sino también del art. 109: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede

¹¹¹ Esto se aplica también a la supuesta actividad política, no justiciable, constitucional o de gobierno del Poder Ejecutivo, como lo hemos dicho en el t. 2, cap. VIII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo8.pdf y a los actos que resuelven una denuncia de ilegitimidad, ya que no corresponde “aceptar la existencia de una suerte de ‘zona franca’ en cabeza de la administración, en la cual pudiese dictar normas de carácter general y resolver controversias sin intervención de los poderes legislativo y judicial,” como tampoco “asignar una suerte de ‘blindaje’ a cierta categoría específica de actos administrativos del eventual conocimiento y control judicial,” CContenciosoadministrativo y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, *Frávega*, 28-XII-06.

¹¹² Ver *infra*, t. 2, cap. XIII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo13.pdf. Uno de los casos más recurrentes es el de los recursos de “apelación” que diversas leyes dan ante la Cámara del fuero contra decisiones administrativas, como ocurre en materia de entes reguladores: *Infra*, cap. XV, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf o contra actos sancionatorios en el marco de sumarios disciplinarios, *supra*, nota 68. La ley 25.488 derogó el juicio sumario.

¹¹³ Para su desarrollo ver *infra*, t. 2, <http://gordillo.com/tomo2.html>.

ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”

Cuando la Constitución expresa que no puede “ejercer funciones judiciales,” no cabe sino interpretar que ello supone una distinción entre funciones judiciales y funciones administrativas. ¿Dónde estará la diferencia entre ambas? Si caracterizamos a la “función judicial” por el contenido, el Poder Ejecutivo no podrá dictar actos de ese contenido que establezcamos; si en cambio la caracterizamos por el efecto jurídico que sus actos deben producir, entonces concluiremos en que el Poder Ejecutivo no podrá dictar actos que produzcan tales efectos jurídicos. La conclusión es siempre, inevitablemente, la misma; debemos definir de algún modo la “función judicial” y decir ineludiblemente que eso no podrá, bajo ningún concepto, hacerlo la administración.

18. *La supuesta distinción entre jurisdicción “judicial” y “administrativa”*

Se ha tratado no obstante de salvar esa objeción afirmando que aunque de acuerdo con el art. 109 de la Constitución el Poder Ejecutivo no puede realizar funciones “judiciales,” sí puede en cambio realizar funciones “jurisdiccionales,” diciéndose entonces que lo “jurisdiccional” es el género, el cual admitiría dos especies: la “jurisdicción judicial” y la “jurisdicción administrativa.” Con ello resultaría que la administración no realizaría “jurisdicción judicial,” pero sí “jurisdicción administrativa.”

Por de pronto ya hemos dicho en otro lugar que hablar de “jurisdicción judicial” es una redundancia, pues judicial significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: los órganos que ejercen la función jurisdiccional; y que hablar de “jurisdicción administrativa,” esa “desconcertante frase” como dice con cierta ironía VIVANCOS,¹¹⁴ implica una *contradictio in terminis*, pues si hay jurisdicción no hay administración y viceversa; si se pretende aclarar que esta última es “jurisdicción sobre materia administrativa,” hay una impropiedad lingüística.¹¹⁵ Pero aun dejando de lado ese aspecto terminológico y lógico, si admitiéramos que pueda ser verbalmente adecuado efectuar tal distinción, queda todavía por ver si ella es conceptualmente correcta.

No lo es. Pues si se trata de diferenciar tales “conceptos” de “jurisdicción judicial” y “jurisdicción administrativa” —como será ineludible hacerlo ya que se afirma que se trata de especies distintas— se enfrenta un problema insoluble. En efecto, si la diferencia se la da por el órgano y se afirma como habitualmente se

¹¹⁴ VIVANCOS, EDUARDO, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963, p. 56.

¹¹⁵ Lo dijimos en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ª ed., p. 46, reproducido en este *Tratado*, t. 5, *Primeras obras*, Buenos Aires, FDA, 2012, Libro I, <http://gordillo.com/tomo5.html> y lo reiteramos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., cap. I, también en este *Tratado*, t. 5, *op. cit.*, Libro III, http://gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo1.pdf en argumentos que aquí reproducimos.

hace que “es judicial la que ejercen los jueces, administrativa la que ejercen los órganos administrativos,” entonces hay una petición de principios, pues se está diciendo otra vez que el Poder Ejecutivo no puede realizar funciones de los jueces, pero no se define a éstas sino por el hecho de que son de los jueces y viceversa [...]. Si se desea distinguir “jurisdicción judicial” de “jurisdicción administrativa” pareciera ser requisito *sine qua non* de la distinción explicar en qué consiste la diferencia [...]: Debe calificarse de algún modo cuál es la función específica de los jueces y hecho esto, concluir en que tal función no puede ser realizada por el Poder Ejecutivo. Por ello, sea que se escoja definir a la función de los jueces como la de resolver *contendientes* en forma definitiva, o que se la califique tan sólo como la función de resolver en forma definitiva, ello será algo que el Poder Ejecutivo, por el art. 109, no podrá hacer.

Con esto resulta que el pretendido *género* que contaría con *dos especies* no es en absoluto tal: La actividad de los jueces y la actividad de la administración, llámeselas como se las llame, están escindidas en el art. 109 de la Constitución con el alcance de que *la administración no puede ejercer la de los jueces*: no hay entonces un nexo común entre ambas actividades; la actividad propia de los jueces es exclusivamente de ellos y en ningún caso puede ser ejercida por la administración.

Para poder afirmar que el Poder Ejecutivo tiene “función jurisdiccional” que no es “función judicial,” será necesario definir la función judicial por su contenido o régimen jurídico, diferenciándola entonces por su contenido o régimen, *pero no por el órgano*, de la función “jurisdiccional.” Pero es obvio que tal intento es fallido, porque toda definición de función judicial que no caiga en la absoluta sencillez de decir que es un acto concreto de aplicación de derecho, tendrá que declarar reservada a los jueces y prohibida a la administración la decisión definitiva con fuerza de verdad legal de controversias entre partes.

Por lo demás, la definición de que es la aplicación del derecho a un caso concreto no distingue, sino que confunde en un solo caso, las funciones de la administración y de la justicia, siendo que la Constitución dice que las funciones de la justicia no pueden ser ejercidas por la administración: Necesariamente deben aplicarse diferencias materiales y de régimen jurídico entre ambas. Es pues lógicamente imposible, dentro de la rígida norma del art. 109, admitir que el Poder Ejecutivo pueda ejercer funciones “jurisdiccionales.”

Como dice FIORINI, “Toda nuestra tradición jurídica es la negación de las razones determinantes que influyeron en Francia para la creación de la presunta jurisdicción en la administración. El art. 95 (hoy 109) que prohíbe que «en ningún caso» el Poder Ejecutivo, es decir, el jefe que tiene a su cargo la administración general del país, realice actividades judiciales, implica también que no podrá cumplir funciones jurisdiccionales.” “Este art. 95 (109) proyectado por ALBERDI —cuya posición contra la dictadura es la que le hace preparar las bases de nues-

tra ley fundamental— se relaciona con el enfático y típicamente argentino art. 29 de total repudio a la suma del poder público. El art. 95 (109) es una especie del género prohibitivo que establece este art. 29.” “Tanto es ese temor —razón dominante— que en el art. 23 se reitera nuevamente en forma expresa la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda realizar funciones judiciales.” “Estas tres prohibiciones no rigen solamente para el Poder Ejecutivo, como pretende una desviada interpretación que se queda con la letra y excluye el contenido funcional que estos artículos encierran. La labor judicial o jurisdiccional está prohibida al jerarca superior y por ende a los órganos inferiores, es decir a toda la administración pública sin excepción.”¹¹⁶

19. *Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración*

En resumen: Ni de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con las normas constitucionales, puede hablarse de función jurisdiccional por parte de la administración, con el alcance de sustituir total o parcialmente la actividad jurisdiccional propia de los jueces. Si hacemos la dicotomía “jurisdicción judicial” y “jurisdicción administrativa,” ello no sólo implicará una contradicción lógica insuperable, sino que será otro de los términos que arrojará siempre dudas innecesarias sobre la naturaleza de la revisión judicial. Si, a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a tales supuestas “facultades jurisdiccionales de la administración,” tendremos que hacerlo con la reserva mental de que *no se confunden ni sustituyen a la función propia de los jueces*; no se trata de especies de un mismo género, ni son intercambiables; *la necesaria intervención judicial exigida por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la Constitución, no se salva con la intervención de un organismo administrativo*, llámense como se llamen las atribuciones que en el caso ejerza. Esto es lo fundamental y lo que nos lleva a afirmar que *la revisión judicial de los actos administrativos no es en absoluto una continuación limitada del “proceso administrativo,” ni un proceso especial con caracteres esencialmente distintos del proceso judicial ordinario*. Este es el punto de partida a nuestro juicio más importante para toda consideración de los distintos aspectos que dicha revisión presenta.

Para expresarnos con absoluta corrección, en consecuencia, no debemos hablar en caso alguno de “facultades jurisdiccionales de la administración,” por cuanto en nuestro sistema las facultades jurisdiccionales sólo corresponden a los jueces.

20. *Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes*

La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige en un todo por el régimen jurídico propio de la misma actividad adminis-

¹¹⁶ FIORINI, “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública,” *op. cit.*, p. 39.

trativa, no correspondiendo en principio aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, aunque de esos poderes se trata.

Tratándose del Poder Legislativo, observamos que cuando las cámaras nombran y remueven a su personal; cuando otorgan una concesión para los servicios de confitería, etc., del Congreso; cuando organizan y administran la Imprenta del Congreso, la Biblioteca del Congreso, etc.; cuando contratan con empresas la construcción o refacción de las obras de palacio legislativo; cuando compran materiales, libros, etc., en todos estos casos y muchos más *el Poder Legislativo se encuentra realizando una función típicamente administrativa, que además se rige por el régimen jurídico propio de la función administrativa.*

El Poder Judicial, al igual que el Legislativo, realiza una enorme cantidad de funciones de tipo administrativo: nombramientos, dirección y remoción de su personal; suministros de papel, libros, máquinas, muebles, etc.; construcción de obras; edición de fallos; alquiler o compra de edificios para los juzgados, etc., todo ello constituye ejercicio de la función administrativa, regido también por el régimen jurídico propio de ella. Instituciones como la Biblioteca del Congreso de la Nación o la Imprenta del Congreso de la Nación realiza indubitable función administrativa, necesariamente regida por el derecho administrativo. El poder ejecutivo es el que realiza la mayor parte de la función administrativa, pero dista de ser el único.

Pero cabe observar que, a diferencia de los otros poderes, que realizan su propia función y además la administrativa, él realiza sólo la función administrativa, no correspondiéndole —con criterio jurídico formal— ni siquiera parte del ejercicio de las otras funciones. El concepto de función administrativa es así el más indefinido de todos, pues no tiene, a diferencia de las demás funciones, un contenido único. En efecto, la función administrativa, desde el punto de vista de su contenido, puede consistir tanto en el dictado de normas jurídicas generales, como en la decisión de controversias entre partes, como y he aquí lo más frecuente, en la actuación material en los casos concretos que se le presentan.

A diferencia de las otras funciones, que no sólo tienen un contenido preciso y único¹¹⁷ sino que también son realizadas sólo por los órganos específicamente creados por la Constitución al efecto, la función administrativa no está sólo a cargo de la administración: También la realizan en cierta medida los otros poderes; y este desempeño de la función administrativa por parte de los otros poderes del Estado se efectúa bajo el mismo régimen jurídico de la función administrativa.

Es decir, no ocurre aquí lo mismo que en los casos anteriores, en los cuales los otros poderes realizaban alguna actividad semejante a las de uno, pero esa actividad no tenía su régimen jurídico y no podía por ende ser considerada como parte de la misma función.

¹¹⁷ *Supra*, § 6 y 7.

La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige, repetimos, por el régimen jurídico de la actividad administrativa y no procede aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni legislativa, salvo en las posibles excepciones que comentamos en el § 22.1.

21. *Resumen de las funciones del Estado*

Dado que la función administrativa no es realizada por ningún órgano con exclusión de los demás y que no tiene un contenido propio que la caracterice, su definición es la suma de las conclusiones parciales que hemos expuesto. Diremos así que la función administrativa es:

a) En primer lugar, toda la actividad que realizan los órganos administrativos y autoridades administrativas independientes, criterio subjetivo. No se ha dado nunca en nuestro país la experiencia de otorgar verdadera independencia e imparcialidad a órganos administrativos, ni siquiera a los entes de control previstos en el art. 42 de la Constitución nacional, o a eventuales tribunales administrativos insertos en su organización pero independientes de ellos.

b) En segundo lugar, toda la actividad que realiza el órgano legislativo, excluida la función legislativa —en sentido material y orgánico— que le es propia. Aquí estamos utilizando, necesariamente, un criterio residual.

c) En tercer lugar, toda la actividad que realizan los órganos judiciales, excluida la función jurisdiccional —en sentido material y orgánico— que específicamente realizan: Nuevamente, criterio residual.

O sea que es “*toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.*”¹¹⁸

22. *Otros problemas*

22.1. *La “jurisdicción voluntaria” y las leyes concretas*

Es claro que la definición no cierra del todo, pero ninguna lo hace. Una solución sería realmente abandonar el intento y contentarse con la descripción enumerativa. Pero pensamos que la definición dada puede ser de alguna utilidad como orientación genérica, sin perjuicio de señalar que tiene algunos aspectos puntuales que son todavía debatibles. Dentro de ellos nos referiremos al problema planteado por ciertas actividades tradicionalmente consideradas administrativas: la “jurisdicción voluntaria” ejercida por los jueces, ciertas leyes concretas del Poder Legislativo —presupuesto, pensiones, etc.—, el juicio político del Congreso y las

¹¹⁸ Por razones de simplificación no incluimos en este concepto el caso de las funciones administrativas excepcionalmente realizadas por instituciones no estatales, como fuera el caso de la Federación Agraria en la emisión de cartas de porte.

funciones administrativas realizadas por personas públicas no estatales y por determinados particulares.

En el caso de la jurisdicción voluntaria, si fuera verdaderamente función administrativa, su calidad de tal es perfectamente coherente con las definiciones que hemos expuesto; sin embargo, un autor ha objetado que tales actividades no se rigen en verdad por el derecho administrativo, por lo cual mal puede aplicárseles la denominación de función administrativa.¹¹⁹

La objeción es exacta en la medida en que se sostenga que tales actividades son de tipo administrativo, pero la cuestión es que tal vez lo inexacto sea considerar, como se hizo tradicionalmente, que tales actos sean de sustancia administrativa. En este sentido es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de estos actos y decir que si bien ellos no tienen objetivamente carácter jurisdiccional, en un caso (en cuanto no son resolución de una contienda entre partes) o legislativo, en otro (en cuanto no son normas generales), *deben con todo asimilarse a los actos de tal carácter*, por su gran similitud formal con ellos y por la aplicación que reciban de igual régimen jurídico.

22.2. *Funciones de autoridades administrativas independientes*

En las postrimerías del siglo XX se hizo también común, en Europa, la institución de la “autoridad administrativa independiente,” creada a semejanza del clásico modelo norteamericano de autoridades reguladoras.¹²⁰ Son creadas y dependen del Congreso de la Nación, no del Poder Ejecutivo nacional. Los funcionarios que integran sus directorios se designan para períodos escalonados; tienen estabilidad por el período para el cual son nombrados, que no coincide con el de las autoridades políticas. En Estados Unidos las más conocidas son la FCC, *Federal Communications Commission*; SEC, *Securities and Exchange Commission*; *Federal Reserve Board*, etc. Cabe señalar que su independencia, unida a su no conexidad con los períodos presidenciales, le otorga al Estado mismo una mayor estabilidad y continuidad. Además es una de las claves de un moderno sistema democrático de división del poder, que acá nuestras autoridades políticas y sus ideólogos y juristas de turno se resisten a aceptar. Les *gusta* el ejercicio autoritario del poder, el cacicazgo, el populismo, el clientelismo, la corrupción y sobre todo las prebendas obtenidas a su amparo en la construcción de una nueva oligarquía propia del siglo XXI.

Los órganos que estos actores de nuestra realidad se resisten a aceptar, o intentan amordazar además de la libertad de pensamiento y de prensa, son en nuestro país el Defensor del Pueblo de la Nación, la Auditoría General de la Na-

¹¹⁹ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, t. I, p. 26 y ss.

¹²⁰ Como lo explica GENTOT, MICHEL, *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1994, p. 1; ver también COLLIARD, CLAUDE-ALBERT y TIMSIT, GÉRARD (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, París, PUF, 1988.

ción, los entes reguladores de los servicios públicos monopolizados,¹²¹ el Consejo de la Magistratura,¹²² el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Ministerio Público, para no citar sino los principales, ya que habría que crear defensorías del Pueblo en cada sector de la administración y de la sociedad.

Su función no es dictar normas generales con fuerza de ley ni resolver contencidas con autoridad de cosa juzgada, por lo tanto no legislan ni juzgan:¹²³ Administran, pero en forma independiente¹²⁴ de los otros poderes del Estado o de las corporaciones privadas o públicas no estatales a que pertenecen.¹²⁵ Es una nueva concepción democrática del poder. Claro está que ante una defeción generalizada del poder político en su deber de cumplir sus obligaciones democráticas *stricto sensu*, debe ser la justicia la que inevitablemente, como *ultima ratio* del Estado, acuda a intentar *desfazer* el entuerto. Utilizamos castellano antiguo porque así nos parece que nos encontramos.

En cuanto a los entes reguladores en particular, se tiende a eliminar el control de sus actos por vía de alzada.¹²⁶ Por la otra, se comienza a perfilar algunos aspectos semejantes a la jurisdicción, como ser en ocasiones terceros desinteresados del proceso.¹²⁷ También se reduce la ingerencia por otras vías de parte del Poder

¹²¹ Cuando tienen ley regulatoria. Ampliar *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores” § 4, “Independencia y estabilidad,” § 6 “Facultades regulatorias” y § 8, “El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf.

¹²² Con todo, cabe advertir que en los últimos años diversas leyes y fallos han restringido severamente su respectiva independencia o imparcialidad, o libertad de acción. Pero la cantidad y calidad de las críticas levantadas en contra de tales modificaciones permite abrigar esperanzas de que en un futuro no demasiado lejano ulteriores gobiernos nos permitan retrotraer el camino hacia la institucionalidad perdida y que los puedan finalmente crear, dentro de su ámbito de competencia, tribunales administrativos imparciales e independientes de los entes mismos, para que ejerzan, entonces sí, una verdadera jurisdicción administrativa aunque sujeta a revisión judicial plena. En ese camino, y respecto al Consejo de la Magistratura, se inscribiría la inconstitucionalidad parcial de la ley 26.855 (modificatoria de la composición y elección de los miembros del Consejo) declarada por la Corte en *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho)*, R. 369. XLIX, 18-VI-13.

¹²³ Otros autores, en cambio, piensan que realizan las tres funciones del Estado y son como un pequeño Estado dentro del Estado (BIANCHI.) Es una buena hipérbole, didácticamente útil, aunque desde luego no descriptiva. En todo caso el fallo *Ángel Estrada*, de la CSJN, ya citado, señala su falta de imparcialidad e independencia como para ejercer funciones jurisdiccionales.

¹²⁴ Esa independencia, como es obvio, se ve fuertemente amenazada en los tiempos que corren. Pero la consistencia y reiteración de las críticas públicas a tales cambios permite confiar en su oportuna rectificación, quizás por ulteriores gobiernos. El proceso de cambio será probablemente lento, como lenta ha sido la construcción del poder concentrado en exceso. Mientras tanto, hemos perdido mucho en calidad institucional.

¹²⁵ El mejor antecedente es el del periódico *Perfil*, que nombró *Ombudsman* del periódico a un periodista de impecable independencia y coraje, ANDREW GRAHAM YOOL.

¹²⁶ Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. XI, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf.

¹²⁷ Esto se advierte claramente en CNFed. CA, Sala I, *Ángel Estrada*, citado, y en alguna medida en la doctrina legal que dice que: “Establecido el incumplimiento contractual de las distribuidoras en el suministro de energía eléctrica, el E.N.R.E. tiene competencia para determinar el daño directo —valor de reposición del objeto dañado— ocasionado a los usuarios cuando éstos requieran voluntariamente la intervención de tal organismo administrativo (conf. segunda parte del art. 72 de la ley 24.065),” CNFed. CA, en pleno, *Edesur S.A. c/resolución 361/05 ENRE - RS 568/08*, 13-

Ejecutivo. Si este conjunto de datos promisorios se afirmara, tendríamos un caso de lo que en Estados Unidos de Norte América se llama jurisdicción administrativa primaria: Ni jurisdicción plena, ni administración pura.

Pero como ya dijimos, estamos todavía lejos de verlo funcionar en la realidad, salvo el caso de los controladores de tránsito en la Ciudad de Buenos Aires.¹²⁸

22.3. *Funciones administrativas de órganos no estatales*

Otra cuestión de interés, que implica también una excepción a la idea genérica que la definición transmite, es la relativa a la realización de funciones administrativas por órganos no estatales.

Los llamados entes públicos no estatales, a que nos referimos más abajo, como así también a veces simples personas privadas, ejercen una parte del poder del Estado y en esa medida ejercen función administrativa y dictan, consecuentemente, actos administrativos.

La cuestión era discutida en el derecho argentino y había anteriormente primado la opinión contraria,¹²⁹ pero por las razones que exponemos en su lugar creemos que la excepción cabe ser admitida, por lo menos en el derecho administrativo argentino. En otros países la práctica de otorgar funciones administrativas a entidades no estatales se halla más difundida aun,¹³⁰ por lo que debe tenérsela presente como una excepción de cierta importancia.

En el derecho argentino el ejercicio de funciones administrativas públicas por parte de órganos no administrativos aparece reconocido en el art. 86 de la Constitución nacional al referirse al objeto de contralor por el Defensor del Pueblo

VII-11, fallo anotado por REJTMAN FARAH, MARIO, “La competencia de los entes reguladores para determinar el daño directo a la luz del plenario «Edesur»,” *JA*, 2012-2, Abeledo Perrot, 2012, pp. 55-59. Es la misma doctrina que fuera reconocida por la PTN en *Dictámenes*, 256: 358, 16-III-06, al intentar armonizar lo decidido por la Corte en *Ángel Estrada* y lo establecido en los arts. 72, ley 24.065 y 3, inc. e), Reglamento de Suministro. (Resol. SEE 168/92.)

Pero el fallo de la CSJN en *Ángel Estrada* consideró acertadamente que no tenían independencia ni imparcialidad. Hace años les recomendé que crearan tribunales administrativos independientes e imparciales dentro de su organización, pero prefirieron retener la pretendida función jurisdiccional en el Directorio del organismo. Creían que podían estar en el sistema medieval de la justicia retenida por el monarca, porque así se lo susurraba al oído la vieja doctrina.

¹²⁸Sobre la aplicación del derecho administrativo o penal por estos órganos y los órganos judiciales de contralor ver el excelente trabajo de PULVIRENTI, ORLANDO D., “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un camino a seguir en la seguridad del tránsito,” en ALTERINI, JORGE (dir.), *Sistema de evaluación permanente de conductores. Doctrina. Texto actualizado de la ley 4148. Jurisprudencia extranjera*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 19-30. Tenemos un par de discrepancias, pero no hacen al asunto. Es el mejor de los trabajos publicados comentando la citada ley de la CABA, en el folleto mencionado. Ver también nuestro trabajo, “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *op. cit.*, <http://gordillo.com/articulos/art3.pdf>. Ver también los trabajos citados *supra* en las notas 43, 44 y 86.

¹²⁹Ampliar en el t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, § 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo1.pdf.

¹³⁰Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS, *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, p. 179 y ss.

de la Nación y en la ley sobre la auditoría general de la Nación. El ejemplo más importante es el de los concesionarios y licenciatarios de un poder monopólico o exclusivo conferido por el Estado, particulares ambos sometidos al control de tales órganos en virtud de ejercer funciones de dicha naturaleza.

También hay funciones administrativas públicas ejercidas por personas públicas no estatales, es el caso del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

22.4. *Las funciones materiales del Estado*

Cabe advertir contra una errada concepción que asimila a las así denominadas “funciones” del Estado, con una noción finalista o teleológica, pretendiendo por asimilación verbal suponer que el fin del Estado es realizar las tres funciones antedichas. Por el contrario, el fin del Estado se concreta hoy en día principalmente en sus funciones políticas, económicas y sociales, que son así funciones en sentido material pero no en sentido formal jurídico. Lo que ocurre es que la clasificación formal de las tres “funciones” del Estado en legislativa, jurisdiccional y administrativa, es una primera manera de aproximarse al conocimiento del funcionamiento jurídico del aparato del Estado. Luego de esta primera aproximación corresponderá seguir analizando otras clasificaciones igualmente formales, pero que responden a diversos aspectos del régimen jurídico administrativo: facultades discrecionales y regladas de la administración, actos y hechos administrativos, derecho subjetivo y derechos de incidencia colectiva, interés legítimo e interés simple, entes públicos estatales y no estatales, etc.

También será necesario referirse a una institución clásica del derecho administrativo que hoy día nos parece corresponde cuestionar, como es el poder de policía.¹³¹ Explicar aquí las funciones del Estado en la trilogía clásica mencionada no quiere en modo alguno decir, pues, que esas sean las funciones materiales que el Estado moderno debe realizar para satisfacer con ello sus fines: Será en todo caso *a través* de estas funciones formales que habrá luego de cumplir, o no, sus finalidades materiales en el campo político, económico y social.

¹³¹ Desarrollamos el tema *infra*, t. 2, cap. V, “El «Poder de policía»,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf. Ver también nuestro art. “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41, <http://gordillo.com/articulos/art44.pdf>. Otra referencia se puede hallar en el cap. IV de este vol., p. 7, nota 15, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIV.pdf.

