

CAPÍTULO I

SUPRESIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

SUMARIO

I. <i>Origen y evolución de los actos de gobierno</i>	EAA-I-1
1. Los diferentes conceptos de gobierno	EAA-I-1
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno	EAA-I-1
3. Gobierno y actos de gobierno	EAA-I-2
4. Teoría o hecho de los actos de gobierno	EAA-I-2
5. Origen de los actos de gobierno	EAA-I-3
6. La teoría del móvil político	EAA-I-3
7. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración ...	EAA-I-4
8. Insuficiencia de la distinción	EAA-I-5
9. Conclusión acerca del estado actual del problema en Francia	EAA-I-5
II. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la defensa en juicio</i>	EAA-I-6
10. En la Constitución nacional no hay excepciones a la garantía de la defensa en juicio	EAA-I-6
11. En qué consiste, en este aspecto, la defensa en juicio	EAA-I-7
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos ...	EAA-I-8
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad</i>	EAA-I-9
13. La garantía de constitucionalidad. Concepto	EAA-I-9
14. Estructura infraconstitucional del Estado	EAA-I-9
15. Sujeción del acto de gobierno a la Constitución	EAA-I-10
16. Falsa antítesis entre constitucionalidad del acto y revisión judicial del mismo	EAA-I-10
17. La constitucionalidad del acto no puede fundar la ausencia de recursos judiciales	EAA-I-11
18. La situación en nuestros tribunales: Conocen y resuelven de los recursos contra esos actos	EAA-I-11

19. Advertencia: El equivocado empleo del concepto de “revisión judicial”	EAA-I-11
20. Continuación	EAA-I-12
21. Diferencia entre “revisión judicial” y “anulación judicial del acto”	EAA-I-13
22. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles jurisdiccionalmente	EAA-I-14
23. Revisión judicial y límites constitucionales a la actividad del Poder Ejecutivo	EAA-I-14
24. Aplicación de esos límites por el juez	EAA-I-15
IV. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la legalidad</i>	EAA-I-15
25. La duda acerca de si la legislación es aplicable a ciertos actos del Poder Ejecutivo.....	EAA-I-15
26. Los actos de gobierno como ejecución directa de una disposición formal de la Constitución	EAA-I-15
27. Crítica. Dicho concepto no responde a la realidad jurisprudencial	EAA-I-16
28. El caso del nombramiento de magistrados de la Corte Suprema y su regulación legislativa	EAA-I-19
29. El requisito de la ciudadanía	EAA-I-19
30. El requisito de la renta anual	EAA-I-19
31. El caso del indulto: Su regulación legislativa	EAA-I-19
32. El caso del nombramiento de ministros plenipotenciarios y Encargados de negocios.....	EAA-I-20
33. El caso de la provisión de empleos militares de oficiales superiores	EAA-I-20
34. Conclusión: Las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo están ya en parte reguladas legislativamente, y pueden serlo más	EAA-I-20
35. Ubicación del problema de la regulación legislativa.....	EAA-I-20
36. Conclusión sobre los pretendidos actos de gobierno	EAA-I-21
V. <i>Los actos de gobierno ante la política</i>	EAA-I-22
37. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política.....	EAA-I-22
38. El principio de la irrevisibilidad judicial es contrario al interés público	EAA-I-23
39. Continuación	EAA-I-23
VI. <i>Conclusión</i>	EAA-I-24
40. Eliminación del nombre y la teoría de los actos de gobierno, y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos	EAA-I-24

Capítulo I

SUPRESIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

I. Origen y evolución de los actos de gobierno

1. Gobierno, en su acepción más pura, designa el conjunto de los tres poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo. Ese es el sentido en que nuestra Constitución emplea el término, al tratar en la segunda parte, título primero, del “Gobierno Federal:” Sección primera, “Del Poder Legislativo,” Sección segunda, “Del Poder Ejecutivo;” Sección tercera, “Del Poder Judicial;” en igual sentido habla en el título segundo de los “Gobiernos de Provincia.”

Sin embargo, no todos los países tienen la misma terminología constitucional. En Francia, por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución de la V República (1958), siguiendo la ya vieja tradición francesa al respecto, llama “Gobierno” al gabinete ministerial.¹ Idéntico concepto encontramos en la Constitución alemana de 1949,² y en la Constitución austríaca.³ En este concepto el *gobierno* es el conjunto *de los más altos órganos ejecutivos* del Estado.⁴

2. Los dos empleos señalados del vocablo, y particularmente el último, pertenecen a la teoría política y al derecho constitucional,⁵ y deben ser cuidadosamente

¹ Ver traducción y notas de la Constitución francesa de 1958 en *Lecciones y Ensayos*, n° 10/11, Buenos Aires, 1959. p. 71 y ss.

² *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Constitución de la República Federal Alemana), art. 62. Ver SARTORIUS, CARL, *Verfassungs und Verwaltungsgesetze*, t. I, Munich y Berlín, 1959, § 66, p. 19.

³ Citada por ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrechts*, Viena, 1954, p. 8.

⁴ ANTONIOLLI, *op. loc. cit.*, Es aproximadamente el concepto que impuso MERKL, ADOLF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena y Berlín, 1927, p. 57: “Gobierno es la suma de las funciones administrativas que están ubicadas en el radio de acción más alto, es decir, en los órganos administrativos que son independientes de los demás órganos administrativos,” actualmente uniforme en la doctrina alemana y austríaca.

⁵ Ver NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, II parte, t. 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln, 1955, p. 14 y ss.

distinguidos de una tercera acepción del término, que pertenece específicamente al derecho administrativo.

Es este tercer empleo de la palabra, se la hace designar a *ciertas actividades —y solamente ellas— del Poder Ejecutivo*. Se trata de la *teoría de los “actos de gobierno,”* nacida en Francia con referencia a un cierto tipo o conjunto de actos realizados por el Poder Ejecutivo (El “Gobierno” en el segundo sentido), y recogida nominalmente en nuestro país por obra de la jurisprudencia y de la doctrina.

En derecho administrativo, pues, el problema del llamado acto de gobierno debe entenderse sólo con referencia a ese conjunto de actos del Poder Ejecutivo.

3. Algunos autores relacionan el primer y tercer concepto, buscando ubicar a la *teoría del acto de gobierno* dentro del concepto constitucional —en el derecho argentino— de *Gobierno*.⁶

Sin embargo, dado que no consideramos que sea correcta la *teoría del acto de gobierno*, según lo intentaremos demostrar, no nos parece útil ni necesario buscarle ubicación alguna dentro de otras nociones.

Por ello debe tenerse presente que si bien “gobierno” es el total de los tres poderes del Estado, bajo el nombre de “actos de gobierno” se estudia una categoría de actos que son solamente del Poder Ejecutivo; a estos últimos nos vamos a referir aquí.

4. ¿Qué es la teoría del acto de gobierno? Más que teoría, es por ahora y en Francia *el hecho* de que los tribunales (tanto judiciales como contenciosoadministrativos) se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre ese número de actos que se designan con tal nombre. Si bien los tribunales fundan su decisión de no juzgar el acto en que el mismo es “acto de gobierno,” la única característica de éstos es que no son juzgados por los tribunales... Se trata como es evidente de un círculo vicioso y de una jurisprudencia carente de toda fundamentación legal o constitucional;⁷ en otras palabras, la decisión del juez de no entender en la cuestión no parte de principios jurídicos sino de consideraciones políticas subjetivas: El juez considera que la importancia política del acto hace necesario que la administración goce de libertad frente a él, y por ello se inhibe de inter-

⁶ BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1957, 5ª ed., p. 546; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 518; quienes conjuntamente con SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 402, siguen a RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed., p. 50. Estos autores dicen por ejemplo que un acto legislativo, en cuanto parte del gobierno en el sentido lato de la Constitución, es acto de gobierno: Pero tal afirmación, correcta en su formación, poco o nada tiene que ver con la teoría en análisis, a menos que se la quiera fundar a la misma en la idea de soberanía, cosa que por supuesto no corresponde. Ver al respecto nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 25.

⁷ WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195.

venir, olvidando con ello que tales consideraciones son esencialmente extrañas a la función de un tribunal de justicia.⁸

Por tales razones es importante recordar el origen y la evolución de esta singular doctrina.

5. El consejo de Estado Francés, creación napoleónica, fue vivamente atacado por los liberales y ultra-derechistas con el retorno de los Bribones al poder y, ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa, el tribunal decidió prudentemente disminuir por sí mismo sus atribuciones, a fin de supervivir.⁹

En cumplimiento de este propósito, 1º) giró a los tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia, y 2º) a otras cuestiones las consideró “*irrecevables*,” es decir, no revisibles y ni siquiera receptibles por su parte: La acción o recurso era directamente rechazada mediante la interposición por parte de la administración de algo que se designó como “*fin de non recevoir*.”¹⁰ Estas materias que el Consejo de Estado se negaba ahora a considerar y que tampoco enviaba a los tribunales judiciales, quedaban por tal causa huérfanas de todo control jurisdiccional, produciéndose así una denegación de justicia que con distintas variantes se prolonga hasta nuestros días;¹¹ éstos son los actos de gobierno.

6. Superada la primera dificultad, el Consejo de Estado francés empieza poco a poco a aumentar su control contencioso de la legalidad, introduciendo los recursos por desviación de poder y violación de la ley; “Pero para no comprometer el éxito de este desenvolvimiento, el Consejo de Estado se resigna a sacrificar algo para salvar el resto; al Gobierno, le concede todo un dominio en el cual por política jurisprudencial, entiende no penetrar,”¹² este dominio es elástico y se rige en cuanto a sus límites por el criterio del mismo poder administrador: Es acto no susceptible de revisión por el Consejo de Estado (acto de gobierno) todo acto que tiene un *móvil político*.

Así pudo DUFOR definir, en la época, que “lo que hace al acto de gobierno, es el fin que se propone su autor. El acto que tiene por fin defender la sociedad tomada en sí misma, o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos interiores o exteriores, reconocidos u ocultos, presentes o futuros, he ahí el acto de gobierno...”¹³ De esta manera, todo acto administrativo podía en principio transformarse en acto de gobierno, con el sólo requisito de que tuviera un fin

⁸ Desde luego, esto lo afirmamos con referencia a los países de sistema judicialista, y en particular el nuestro; pues en Francia el hecho de que el Consejo de Estado sea un tribunal administrativo justifica *en parte* su actitud.

⁹ DUEZ, PAUL, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, p. 31.

¹⁰ Algo así como una excepción perentoria a fin de que no se reciba siquiera el recurso, y no se le dé más trámite.

¹¹ WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195.

¹² DUEZ, *op. loc. cit.*

¹³ Citado por DUEZ, *op. loc. cit.*

político; evidentemente, se trataba de una noción vaga y peligrosa, por prestarse notablemente a la arbitrariedad.

7. Al caer el régimen imperial y desarrollarse el espíritu de la legalidad, el acto de gobierno se presentaba como una pieza discordante en el derecho público francés.

La doctrina no pensó sin embargo en un comienzo, que el acto de gobierno fuera totalmente erróneo o condenable, sino que consideró que lo que estaba mal era que el mismo fuera fundamentado en el *fin político* del poder administrador. Se creyó que sólo era necesario suprimir ese criterio del *fin o móvil político* en cuanto medio de determinar qué actos escapaban al control jurisdiccional, y sustituirlo por otro más objetivo que restringiera el acto de gobierno a límites precisos y concediera de tal modo seguridad de protección tribunalicia a los demás casos.

Se intentó así determinar cuándo un acto era administrativo y cuándo de gobierno, fijando directivas *a priori* que señalaran una separación precisa destinada a evitar toda posible transformación de un simple acto administrativo en acto de gobierno, como sucedía primeramente. Ese intento condujo a la distinción entre gobierno y administración, distinción que, no obstante, es a su vez política, pues debe entroncarse con una diferenciación entre función gubernamental y función administrativa, considerando entonces a la primera como de mayor importancia política que la segunda; dominándola, y determinando la orientación general según la cual se cumplirá al última.¹⁴ A pesar de ello constituye un avance sobre la doctrina del “móvil político,” *pues la distinción no la haría ya el mismo poder administrador con su motivación subjetiva del acto*, sino la doctrina o la jurisprudencia, objetivamente.

LAFERRIÈRE considera que “administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, cuidar las relaciones de los ciudadanos con la administración central o local y de las diversas administraciones entre ellas. Gobernar, es proveer a las necesidades de la sociedad política toda entera, velar por la observación de su constitución, el funcionamiento de los grandes poderes públicos, las relaciones del Estado con las potencias extranjeras, la seguridad interior y exterior.”¹⁵ Para HAURIUO, gobernar es “solucionar los asuntos excepcionales y velar por los grandes intereses nacionales; administrar, es hacer los asuntos corrientes del público.” Según TEISSIER, “gobernar es exclusivamente... velar por el funcionamiento de los poderes públicos en las condiciones previstas por la constitución y asegurar las relaciones del Estado con las potencias extranjeras. Administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con el poder público y las diversas administraciones entre ellas.”¹⁶

¹⁴ DUEZ, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, París, 1906, t. II, 2ª ed., p. 32.

¹⁶ TEISSIER, GEORGES, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 41.

8. Pero ya BEQUET observó que estas definiciones distan mucho de ser claras o útiles: “La delimitación de las atribuciones de las dos autoridades, así hecha, es más aparente que real... ¿Qué es en efecto, en administración, asegurar la aplicación diaria de las leyes? ¿Qué es velar por las relaciones de los ciudadanos con la administración central? ¿Qué es, en gobierno, proveer a la seguridad interior o exterior? Si el gobierno, para proveer a la seguridad interior, suprime la ejecución de una ley; si para proveer a la seguridad exterior suspende las relaciones de los ciudadanos con la administración central, realizará él un acto de administración o de gobierno?”¹⁷

9. La jurisprudencia francesa, que en 1872 abandonó la teoría del *móvil político* en cuanto fundamento del acto de gobierno, y que dijo entonces que “No son los motivos de la decisión de un funcionario los que imprimen a un acto su carácter esencial. Este carácter resulta de la naturaleza misma del acto, de su objeto”¹⁸ —con la cual originó la distinción conceptual indicada—, no ha podido tener más éxito que la doctrina en precisar cuál es ese objeto del acto de gobierno; *no ha podido decir que es “gobierno” por oposición a “administración.”*

En otros términos, desechado el criterio del *fin político* para fundar la irrevisibilidad de este grupo de actos, e insuficiente la distinción conceptual entre gobierno y administración, la jurisprudencia comentada queda huérfana de toda fundamentación.

Esta comprobación, que no es nueva, no ha tenido por efecto producir el cambio de tal jurisprudencia; ésta se ha mantenido, desafiando toda lógica jurídica y refugiándose en el ámbito de lo político. Y ello ha obligado en Francia a llegar a la conclusión de que la irrevisibilidad de tales actos no es más que un hecho, como decíamos: El hecho de que los tribunales se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre un número determinado de actos que por tal causa se designan “de gobierno.”

Se ha abandonado entonces la distinción entre gobierno y administración como fundamento de una posible diferenciación en cuanto a régimen jurídico de los actos de órganos administrativos, pues es bien evidente, entre otras cosas, que la distinción es tan incierta y vaga que en la práctica no distingue nada.¹⁹ Con carácter didáctico y general, solamente, se permite hoy la doctrina mencionar una posible diferencia entre “gobierno” y “administración.” Nadie pretende obtener de allí conclusiones dogmáticas, ni sustraer en base a ella alguna porción de la actividad del Poder Ejecutivo al debido control de la justicia; ello depende enteramente de una situación fáctica de jurisprudencia, cuyo fundamento, si es lo que tiene, no es jurídico.

¹⁷ Citado por BRÉMOND, “Des actes de gouvernement,” en *Revue de Droit Public*, t. V, París, 1896, p. 23 y ss., p. 32.

¹⁸ Así lo expresa el Comisario de Gobierno CHARDENET, en *Revue de Droit Public*, París, 1911, p. 674; DUEZ, p. 34.

¹⁹ BONNARD, ROGER, *Précis de droit public et administratif*, París, 1948, p. 127.

Ya lo dice, en efecto, BONNARD: “Actualmente, la categoría de los actos de gobierno es mantenida. Pero no se ensaya más de dar una definición general. Se explica la inadmisibilidad del recurso por la necesidad, basada en razones de hecho, de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconveniente en dejar desarrollarse la cuestión.”²⁰

Es ésta la posición que ya adelantó HAURIUO,²¹ y parcialmente RIVET,²² quienes introducen la que DUEZ llama la “concepción empírica del acto de gobierno,” y que consiste pura y simplemente en la exposición o detalle de los mismos;²³ acto de gobierno es “aquel que figura en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos.”²⁴

II. El acto de gobierno ante la garantía de la defensa en juicio

10. ¿Puede admitirse en el *derecho argentino* una categoría de actos del Poder Ejecutivo que no sean susceptibles de revisión judicial?

El sólo planteamiento de la cuestión conlleva su respuesta. Nuestro sistema constitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial al menos en la cual ventilar sus reclamos: Es un aspecto del requisito de la defensa en juicio, establecido en el artículo 10 de la Constitución, con el alcance de que “*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos,*” cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia.

Ese principio constitucional de tan clara formulación no es exceptuado en norma expresa constitucional alguna; a lo sumo se confieren ciertas facultades amplias al Poder Ejecutivo, *pero nunca se afirma en artículo alguno que el acto del Poder Ejecutivo en consideración esté exento de revisión judicial*. En consecuencia, por un elemental principio de lógica jurídica, si la regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla debe interpretarse restrictivamente y, al menos, figurar *expresamente* contemplada en las normas que fueren del caso. No existiendo esa expresa excepción constitucio-

²⁰ BONNARD, *op. cit.*, p. 127.

²¹ HAURIUO, MAURICE, *Précis élémentaire de droit administraif*, París, 1938, p. 262.

²² Comisario de Gobierno RIVET, en el fallo *Couïétas* (1923), en *Revue de Droit Public*, París, 1924, p. 86; DUEZ, p. 34.

²³ DUEZ, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentarie de Driot Administratif*, París, 1957, p. 229.

²⁴ HAURIUO, *op. loc. cit.* Esta es, a nuestro juicio, la opinión dominante en Francia. Existe, además, un posición que considera que el acto de gobierno es un falso problema, pues la irrevisibilidad del acto se explica, en los casos ofrecidos por la jurisprudencia, por el juego normal de las reglas del procedimiento contenciosoadministrativo, Así VIRALLY, “L’introuvable acte de gouvernement,” en *Revue de Droit Public*, París, 1952, p. 317; VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, 1961, p. 207 y ss. Según se verá más adelante, hay en esto una confusión acerca de qué es “revisión judicial,” ya que si por tal entendemos, como corresponde, la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia a fin de que declare el derecho en el caso concreto, *la negativa del juez a declarar el derecho* no es, en cuanto tal, justificada por las reglas del procedimiento judicial.

nal sino sólo vagas referencias a otras cuestiones, vanos son todos los esfuerzos mentales que quieran forzar un texto constitucional hacia el significado de que el mismo contenga en algún caso una excepción categórica al principio general.

Obsérvese que el principio general es claramente que debe haber “defensa en juicio de la persona y de los derechos;” una excepción, por ende, debe decir expresamente que “respecto a tal facultad del Poder Ejecutivo, no es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.” Al decir que la excepción debe ser expresa, por lo tanto, señalamos que se requiere que el artículo excepcional de que se trate hable de la misma cuestión acerca de la cual se quiere crear la excepción.”

Si el problema debatido es “revisibilidad jurisdiccional,” no es acertado sostener que la pretendida excepción esté hablando de fortísimas facultades del Poder Ejecutivo pero *no mencione para nada la revisión judicial*.²⁵

Al no existir una tal excepción constitucional, corresponde así partir de la primera y terminante aseveración de que siempre debe haber oportunidad de ocurrir a una instancia judicial en procura de justicia, contra los actos del Poder Ejecutivo y demás órganos administrativos.²⁶

11. Cabe aclarar que esto no significa que el tribunal tenga la obligación de anular o mirar con criterio rígido a los actos atacados: Quiere decir tan sólo que debe escuchar las pretensiones del recurrente, valorarlas, considerar luego la validez del acto, y decidir finalmente, si acaso, que el acto no estaba limitado por norma constitucional alguna, que era discrecional, y que es pues válido.

Esto puede verse con mayor claridad en un ejemplo algo absurdo. Supóngase que yo entienda que mi vecino no tiene derecho a pasar todos los días por la vereda de mi casa, y que instaure una demanda contra él a fin de que se le condene a no pasar más. El juez que vea esta demanda pensará seguramente que es un sinsentido, *pero no puede ordenar su devolución por Secretaría*. (Si cumplo con los requisitos procesales corrientes.) Tiene la obligación de darle curso, ordenar el traslado y escuchar lo que dice la contraparte, y más adelante, eventualmente, sentenciar en mi contra y condenarme en costas por lo infundado de mi petición. En tal hipótesis, yo no habré ganado el pleito, *pero obtuve defensa en juicio de mi persona y de mis derechos*. Por ello, defensa en juicio o revisión judicial no

²⁵ En el caso de ciertas actividades administrativas de los jueces y el Congreso, puede llegar a interpretarse una excepción, según se verá (*infra*, cap. II, n° 15), pero en el caso del Poder Ejecutivo ello no puede hacerse ante la disposición prohibitiva del artículo 95 de la Constitución, que cierra toda vía a las interpretaciones contrarias a la revisión judicial de todos sus actos. V. *infra*, p. EAA-II-8 y ss.

²⁶ Ver también, sobre el derecho de obtener protección jurisdiccional —entendiendo por tal la otorgada por jueces independientes y distintos de la administración— REAL, ALBERTO RAMÓN, “El «Estado de Derecho»,” en el libro de homenaje a Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 587 y ss., especialmente p. 601, y del mismo autor “La función Jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La Justicia Uruguaya*, tomo XVII, 1948, sección 2 (doctrina), p. 47 y ss., p. 51.

pueden ser confundidos con una *solución* determinada del caso: Anulación del acto de gobierno o prohibición de pasar por mi vereda; es tan sólo la posibilidad de que el juez analice y sopesa los argumentos; de hecho y de derecho que uno crea pertinente hacer sobre la cuestión, y que decida si ellos determinan o no la antijuricidad del acto atacado.

12. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha entendido uniformemente que no es requisito constitucional que haya *más de una instancia judicial*; pero sí ha reiterado que debe haber *una al menos*.²⁷

Si, entonces, entendiéramos que en algún caso determinado el Poder Ejecutivo estuviera facultado para dictar una decisión respecto de la *cual no hubiera ya revisión judicial, estaríamos afirmando que el Poder Ejecutivo es una instancia judicial de que habla la Corte*; interpretación que choca contra la letra del artículo 95 de la Constitución: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”

Por lo demás, la misma Corte Suprema ha expuesto frecuentemente la regla de que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, en el sentido de que siempre debe haber, de las decisiones de órganos ejecutivos, “recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,”²⁸ y que a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente “con los derechos y garantías constitucionales.”²⁹

Ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia “que la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que, desde luego, no es lícito trasgredir,” entre las que figura ante todo la que obliga a que el pronunciamiento “emanado de órganos administrativos quede sujeto a *control judicial suficiente*, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. (*Fallos*, 244: 548.)”³⁰ Y ha agregado por vía de principio general “Que una interpretación contraria no tendría cabida dentro del derecho argentino, en mérito a dos razones principales. Primeramente, porque el artículo 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. (*Fallos*, 193: 135; 209: 28; 246: 87, considerando 9°.) Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, *si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha*, como las leyes que el recurrente tacha de inválidas, *existe agravio constitucional originado en privación de justicia*. En efecto, ésta se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art. 18, *queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho*, sea que ello ocurra con

²⁷ CSJN, *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio José (Suc.)*, 1960, *Fallos*, 247: 646.

²⁸ CSJN, *Blas Freijomil*, 1943, *Fallos*, 195: 50.

²⁹ CSJN, *Fernández Arias*, 1960, *Fallos*, 247: 646, cit.

³⁰ *Fallos*, 247: 646, 656, considerando 13°.

motivo de situaciones contradictorias como la contemplada en *Fallos*, 193: 135 (en igual sentido: *Fallos*, 178: 333; 179: 202; 234: 382; 237: 285, etc.), o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa (*Fallos*, 234: 482), o bien —como acontece en la especie— a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial. (Doctrina de *fallos*, 129: 405, considerando 2º; 184: 162, considerando 3º; 205: 17, considerando 3º.) 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*, siempre que estén en juego derechos, relaciones e intereses como los que aquí se debaten, los que de ningún modo pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios sin agravio constitucional reparable por la vía del art. 14 de la ley 48.”³¹

III. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad

13. Ese es el principio general de nuestra Constitución, tal como acertadamente lo interpreta la Corte Suprema; y la jurisdicción omnicompreensiva de los tribunales federales surge con claridad del artículo 100 de la Constitución, cuando expresa que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y... de los asuntos en que la Nación sea parte.”

La norma del artículo 100 es fundamental: Los tribunales han sido encargados de resolver las contiendas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y ninguna contienda de índole constitucional o en la cual la Nación sea parte puede en consecuencia quedar ajena a su jurisdicción y competencia.

A ese respecto cabe ya hoy en día sentar la premisa de la existencia de una garantía genérica: *La garantía de la constitucionalidad* de todos los actos del poder público, hecha efectiva por los tribunales.³² Esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; corresponde pues a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de la misma; lo que quiere decir que *deben siempre amparar el derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial acerca de la constitucionalidad de cualquier acto emanado de una autoridad pública en el Estado*.³³

14. Ese principio surge, además, de todo el contexto y el espíritu de nuestro sistema constitucional. Así lo indican los lineamientos mismos de nuestra estructura estadual en la Constitución, de acuerdo a los cuales 1º) existe un orden jurídico básico, el constitucional, bajo cuyo imperio están creados en si-

³¹ *Fallos*, 247: 646, 658, considerando 20º. El subrayado es nuestro.

³² Vide SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, 1951, p. 1.

³³ Comp. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961, p. 120-1.

tuación de paridad y equiparación tanto los derechos del Estado como los de los individuos; 2º) el Estado es simplemente un sujeto de derecho más en el orden jurídico constitucional, obligado o facultado por los deberes y derechos que éste le concede, y en especial equilibrado en sus facultades legislativo-ejecutivas por los derechos individuales de los habitantes;³⁴ 3º) como ya lo señalaba ALBERDI, “La constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a si mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatorios, que son los tres podereres que integran el gobierno nacional.”³⁵

Ubicado así el planteo de la estructura infraconstitucional del Estado, y su esencial sujeción ante la Constitución, no cabe sino formular nuevamente la terminante premisa de que todos los actos del Estado se hallan sujetos al orden jurídico constitucional —inclusive por supuesto los actos del Poder Ejecutivo en cualquier hipótesis concebible.³⁶

15. Y entonces cabe repetir, con BERTHÉLEMY, que “De dos cosas una: O bien estas medidas están conformes a la ley (cabría que nosotros dijéramos la Constitución, en esta hipótesis y a esta altura de la argumentación), y entonces no vemos que haya de hacerse diferencia entre ellas y los actos de administración por los cuales se procura la ejecución de las leyes; o bien ellas no son conformes a la ley (la Constitución); entonces no vemos en ningún lado un principio de derecho que autorice al jefe del Estado a tomarlas, y, si ellas son tomadas, no vemos ninguna regla que pueda sustraerlas al recurso de anulación.”³⁷

Es decir, no cabe sino razonar que el presunto acto de gobierno, en cuanto facultad del Poder Ejecutivo, está sujeto a la Constitución tal como también lo están las leyes al menos; y que si contraviene la Constitución es antijurídico; y que la función y el deber de los jueces es declarar tal ilegitimidad.

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

En efecto, si fuera cierto que estos actos se hallan autorizados por disposiciones constitucionales o legales, y que por lo tanto son perfectamente jurídicos en cuanto se realizan dentro del marco previsto por tales disposiciones, *no habría razón alguna para rechazar el recurso jurisdiccional en base a que el acto es insusceptible de ser recurrido ante la justicia*: Habría que considerar el recurso y *resolverlo* (no rechazarlo de plano en forma negativa), fundando la decisión en

³⁴ Ampliar en nuestra *Introducción del Derecho Administrativo*, p. 16 y ss.

³⁵ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos Póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

³⁶ BIDART CAMPOS, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁷ BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 110. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

que el acto de que se recurre es, por ejemplo, perfectamente válido y se ejerció dentro del marco de las atribuciones pertinentes del Poder Ejecutivo. Esto es, a nuestro parecer, fundamental: *Si el acto de gobierno es un acto autorizado por el régimen jurídico positivo, lo que corresponde ineludiblemente es que los tribunales conozcan de los recursos contra el mismo*³⁸ *y los rechacen una vez comprobado que el acto es efectivamente un acto legítimo* —en caso de que así corresponda; en otros términos, que *juzguen efectivamente la constitucionalidad del acto impugnado*—.³⁹

17. Cuando, en cambio, los tribunales rechazan la *posibilidad misma del recurso*, ello significa que hay algo más que una simple legitimidad del acto; o algo menos: Pero no es la legitimidad ni la constitucionalidad del acto lo que puede fundar con éxito la incompetencia voluntaria de los tribunales.

Y si ello no es así, no vemos qué puede serlo: Pues no será argumento valedero el que nos hable de razones políticas, cuando es tan claro que el sistema constitucional no las prevé ni las admite; ni será argumento serio el de la supraconstitucionalidad o de que la inconstitucionalidad no significa un vicio en un acto estatal:⁴⁰ Si algún juez se atreviera a hacer tamaña afirmación ello haría viable en verdad el juicio político contra el mismo.

18. Y si traemos a colación le del juicio político, no lo es en cuanto crítica a la jurisprudencia de nuestros tribunales. Pues cabe reconocerles que si bien usan una terminología desafortunada y tomada erróneamente de la doctrina francesa o norteamericana, y si bien hablan de “actos no justificables,” *no obstante conocen y resuelven de los recursos en los que se plantea la posible inconstitucionalidad o incluso ilegalidad de los actos que se dice son “irrevisibles jurisdiccionalmente.”*

En otros términos: Cumplidos los recaudos procesales comunes, nuestros tribunales *no rechazan liminarmente un recurso o demanda que pretenda obtener la declaración de inconstitucionalidad de un acto de gobierno*; estudian la cuestión en cuanto al fondo y resuelven en forma negativa el recurso. Es obviamente criticable la actuación judicial señalada, ya que casi nunca han declarado inconstitucional un acto de tal tipo, pero hay que reconocerle al menos que no ha cometido el acto extremo de lesa constitucionalidad de *rechazar un recurso sin estudiar si el acto atacado es constitucional o no*.

19. Para comprender esta afirmación, sin embargo, hay que analizar en un prisma particular las sentencias de los tribunales. Tomaremos aquí el caso de

³⁸ Conf. FIORINI, BARTOLOMÉ, *Proyecto de Código Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, 1960, p. 36-7, nota al artículo 6°.

³⁹ En sentido similar WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I.*, Munich y Berlín, 1961, 4ª ed., p. 247.

⁴⁰ “Toda evasión teórica encuentra su derrota en el engarce jurídico del artículo 31 de nuestra Constitución Nacional que predica la soberanía del orden normativo creado por ella misma.” FIORINI, *op. loc. cit.*

las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, que son el ejemplo típico en materia de actos presuntamente “no justiciables.”

La Corte Suprema expresa que las medidas dictadas en virtud del estado de sitio “son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a revisión judicial,”⁴¹ ya “Que el modo cómo el P.E. ejercita facultades privativa, no está sujeto al contralor del Poder Judicial,... salvo las francas transgresiones a los límites que la Constitución le fija y en cuanto éstas puedan exigir el restablecimiento de derechos y garantías confiados a su función.”⁴² Al haber la salvedad de que en ciertos casos el acto podrá ser “controlado,” el tribunal indica ya a pesar suyo que está hablando de “invalidación:” Es decir, que “en ciertos casos el acto podrá ser invalido.”

De otro modo la afirmación resultaría incomprensible: Si el tribunal efectivamente *controlara* (esto es, verificara, inspeccionara, revisara, etc.) algunos actos sí y otros no, entonces la elección tendría que hacerla por sorteo; a los actos que les corresponda un número par, por ejemplo, los va a estudiar (revisar, inspeccionar, controlar, analizar); y a los actos que les corresponda un número impar no los va a controlar. (Es decir, no los va a estudiar, no va a leer el recurso, ni abrir el expediente.)

Ello, desde luego, es absurdo. Todo surge de un vicio de lenguaje derivado de asignar al término “control” o “revisión” el significado figurado de “crítica,” “invalidación,” etc., en lugar del común y corriente de análisis, inspección, verificación, constatación.

El tribunal, pues, *controla* (revisa, analiza) siempre los actos recurridos, para determinar si en los mismos se dan o no los requisitos de excepción que darán lugar a la *invalidación* de ellos.

20. Todos los fallos dejan traslucir, no obstante el defectuoso empleo de la terminología, lo mismo. En el importante fallo *Sofía*,⁴³ la Corte Suprema ha dicho que “...el control de los actos de la naturaleza del que origina las presentes actuaciones es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así dicho control procedería:

a) Tratándose de la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación, si mediara trasgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental. Verbigracia, si el presidente de la república aplicara una pena o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para salir del territorio argentino, en circunstancias como las que motivaron los precedentes de *Fallos*, 170: 246 y 197: 483.

⁴¹ *Fallos*, 243: 504, 514; 235: 681; 197: 483; 195: 439; 170: 246, etc.

⁴² *Fallos*, 197: 483, 494, *García*, 1943.

⁴³ *Fallos*, 243: 504, 513 y ss., año 1959.

b) Respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los fines del art. 23.”

En este fallo el tribunal deja ya deslizarse el empleo correcto del término “control:” “...Conforme a lo expuesto, la misión de los jueces, en casos como el presente, debe reducirse al control de razonabilidad” (lug. cit., p. 519-20); es decir, que en todos los casos el tribunal controla si el acto es o no razonable: De igual manera, por lo tanto, controla si se dan o no las circunstancias de excepción que tornarían inválido el ejercicio de una facultad que en principio es discrecional —pero no irrevisible judicialmente—.

En efecto, si el control judicial no procede sino cuando se dan ciertas circunstancias de excepción en el acto del Poder Ejecutivo y en los hechos de la causa, *es obvio que el tribunal deberá, caso por caso, analizar si se dan o no esas circunstancias de excepción para poder decidir algo coherente.*

21. Ejercer el control o revisión judicial no significa anular el acto: Se trata de dos procesos distintos.

A) El primero, o sea el ejercicio del control, *se cumple toda vez que el juez estudia la causa* en base a sus conocimientos de derecho;

B) el segundo podrá producirse si luego de su estudio el juez llega a la conclusión de que el acto es inválido. Si el juez, en cambio, llega a la conclusión de que el acto es constitucional porque no se dan las circunstancias de excepción que lo viciarían, *ya ha ejercido igualmente el control judicial* aunque, como es lógico, no declare la invalidez del acto.⁴⁴

Por control judicial debe pues entenderse simplemente *que el juez analice el caso que le es planteado* y que tenga facultades para eventualmente considerarlo antijurídico; que considere si el mismo se ajusta o no a derecho. Y bien, nuestros tribunales declaran que *analizan si se dan o no, en cada caso, las circunstancias de excepción mencionadas; ello significa ya que hay control judicial*, aunque el acto no sea anulado por considerarlo el tribunal como válido.

Lo que el tribunal debió decir en los casos reseñados, en consecuencia, no es que tales actos son en principio no justiciables, *sino que son en principio válidos, y que sólo serán inválidos cuando se den esas circunstancias de excepción mencionadas.*

Dicho de otra forma: La construcción que la Corte ha hecho respecto a las circunstancias excepcionales, y la razonabilidad, etc. NADA TIENE QUE VER CON LA POSIBILIDAD DE OCURRIR A LA JUSTICIA: *Ellas hacen pura y exclusivamente al dere-*

⁴⁴Sumamente sugestivo es un párrafo del reciente fallo *Manubens Calvet*, 250: 251 (1961), en el cual la Corte Suprema expresa —prácticamente en el mismo sentido que lo sostenido en el texto—: “Que, por otra parte, en cuanto el apelante considera que las vías ordinarias a que el *a quo* lo remite para la dilucidación del caso le están vedadas, porque habiéndolas intentado, el resultado obtenido ha sido adverso a sus pretensiones, es obvio que no puede agravarse por una efectiva privación de justicia, ya que la posibilidad de defender un derecho en juicio, como exigencia constitucional, no puede identificarse con el acogimiento de toda pretensión en él sustentada.” (Considerando 5º, p. 253.)

cho de fondo, al régimen jurídico por el cual se rigen tales actos en cuanto a su validez o invalidez. Y, repetimos, el tribunal incurre simplemente en un defecto expositivo, al decir que puesto que tales circunstancias no se dan, el acto es irrevisible; tal afirmación es inconducente, pues para poder afirmar tal cosa el tribunal ha debido ya revisar el acto.

Si el acto fuera verdaderamente irrevisible, el tribunal tendría que decir que no puede determinar si el acto es o no claramente irrazonable, y que tampoco puede decir si se da supuesto de excepción alguno, pues le está vedado controlar (revisar, analizar, estudiar) el acto y por lo tanto no se aboca al estudio de la causa.

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

22. Si bien, pues, el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo no es eficiente, y si bien los jueces son remisos en considerar violada la Constitución, y si bien usan términos política y jurídicamente repudiables, y si bien hacen referencia a instituciones o principios totalmente inconstitucionales, no obstante, al menos, no rechazan ningún recurso sin antes haber estudiado el caso, sin antes haber ejercido, en una palabra, su irrenunciable *jurisdictio* constitucional.

Debe así sostenerse, a pesar de todas las palabras que diga la jurisprudencia, que *en nuestro derecho positivo no hay, ni en el sistema constitucional ni en la práctica jurisprudencial, actos de gobierno*, pues ya vimos que actos de gobierno son aquellos cuya única característica definitoria es la irreversibilidad jurisdiccional, mientras que en nuestro país no existen en la justicia actos inatacables por recurso alguno; *puesto que de hecho no se admite que existan actos irrevisibles jurisdiccionalmente*.

23. Las afirmaciones precedentes tienden todas a señalar que nuestros jueces tienen jurisdicción amplia con respecto a los actos del Poder Ejecutivo: Nada decimos con ello acerca del régimen jurídico de fondo de tales actos.

En efecto, el que el juez tenga jurisdicción para entender de la juridicidad de un determinado acto del Poder Ejecutivo, no significa que el particular que provoca el ejercicio de tal jurisdicción tenga razones suficiente para que el acto de referencia sea necesariamente anulado: *Nuestra afirmación no adelanta nada en consecuencia acerca de si la Constitución contiene o no límite alguno para los actos del Poder Ejecutivo; pero sí expresa categóricamente que todo límite que exista habrá de ser efectivizado por el juez.*⁴⁵

⁴⁵ En igual sentido, WOLFF, *op. cit.*, p. 247; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1953/4, 2ª ed., p. 656; NAWIASKY, *op. cit.*, t. 2, p. 16-7, y t. 3, *Staatsrechtslehre*, Ein-

24. Vanos son pues los argumentos que se hagan mostrando cómo tal o cual cláusula constitucional da una libertad determinada al Poder Ejecutivo, pues con ello no nos dicen sino que *en ese caso el juez no tendrá motivos para anular el acto*, y lo declarará válido, condenando en costas al recurrente.

La conclusión que obtenemos, por lo tanto, es que siempre tiene el presunto interesado al derecho de dirigirse a la justicia impetrando se declare la nulidad de un acto del Poder Ejecutivo; siempre tiene el juez el deber de entender de la causa, habilitando la instancia, dando traslado de la demanda, abriendo a prueba la causa cuando ello fuere oportuno, y finalmente dictando sentencia. Allí, en la sentencia, en el debido ejercicio de su irrenunciable potestad de juzgar la juridicidad de los actos estatales, el juez determinará si había o no limitaciones a la actividad del Poder Ejecutivo que éste no haya respetado en su actuación concreta; allí dirá, si corresponde, que el acto no ha transgredido ninguna disposición a él aplicable; y allí rechazará la demanda, y condenará en costas si es que el particular no tenía ni siquiera un asomo de razón o de justificación jurídica para entablar la demanda o recurso que presentó.

IV. El acto de gobierno ante la garantía de la legalidad

25. Hemos visto ya que todos los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los hipotéticos actos de gobierno, están sometidos al control judicial, y hemos indicado que el control judicial se ejerce en primer lugar sobre la constitucionalidad de estos actos.

Corresponde ahora analizar lo que es prácticamente el último reducto del acto de gobierno: La duda de si la legislación común le es aplicable a esta categoría de actos, y si el Congreso puede dictar leyes reglamentando su ejercicio.

26. La duda preindicada tiene su punto de partida en el concepto que diera DUCROCQ de “actos de gobierno:” Para este autor deber reconocerse el carácter de tales “*a los que son la ejecución directa de una disposición formal de la Constitución.*”⁴⁶ Si bien DUCROCQ no desarrolló su proposición de que el acto de gobierno sea la ejecución directa de una disposición formal de la Constitución, podría parecer que, entendiendo por ejecución directa aquella que no se hace a través de la ley, todos los actos que se puedan reunir en esa categoría diferirían de los actos administrativos.

Mientras que el principio que rige a los actos administrativos es el contenido en el artículo 86, inc. 2º de la Constitución y por otra parte pacífico en doctrina, en que deben respetar la ley, el “acto de gobierno,” o los actos que se agrupan bajo esa denominación, estarían desprovistos de esa característica fundamental. Se interpretaría así que en cuanto la Constitución ha atribuido directamente

⁴⁶DUCROCQ, *Cours de Droit Administratif et de la législation française de finances*, t. I, París, 1897, 7ª ed., p. 88.

una determinada facultad al Poder Ejecutivo, ha dispuesto no supeditarla a la regulación legislativa, por lo que la misma escaparía al principio de la legalidad.

En este sentido sostiene DIEZ: “Entendemos que lo que hemos denominado actos políticos tienen una contextura especial. Mientras todas las actividades administrativas resultan de la ejecución de la ley y deben estar, en consecuencia, sometidas al principio de la legalidad, lo que caracteriza al acto de gobierno es la circunstancia de que se encuentra libre de la necesidad de una habilitación legislativa.” “De allí entonces que puede decirse que los actos políticos pueden considerarse, por lo menos en este sentido, como actividad independiente de las leyes.”⁴⁷ “Resulta ser de lo que antecede, que el órgano administrativo sube una grada en la pirámide jurídica al dictar el acto político y se coloca en situación similar a la del legislador. Ello en el sentido de que tanto el legislador, como el órgano administrativo al dictar actos políticos, proceden a ejecutar directamente la Constitución. Por ello el órgano legislativo no puede restringir las facultades que tiene el administrador de dictar los actos políticos, ni determinar por medio de normas generales o aún de prescripciones particulares, el uso que debe hacerse de ellas.”⁴⁸

27. Pero este concepto no responde exactamente, ante todo, a la realidad jurisprudencial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó el caso *Bianchi*⁴⁹ el problema originado por el decreto-ley 1.285/58, que estableció los requisitos para ser miembro de los tribunales judiciales, reglamentando así la facultad conferida en forma directa y exclusiva al Poder Ejecutivo por una disposición constitucional expresa: El inciso 5° del art. 86. (“Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado.”) Si este acto, uno de los que se ha considerado de gobierno, fuera un acto sujeto a regulación legislativa, le ley mencionada sería inconstitucional en todas sus partes.

No ha sido ésa sin embargo la decisión de la Corte Suprema. Señala en primer lugar que por lo que respecta a las “tribunales inferiores” de que habla la Constitución, la reglamentación legislativa es *válida* (considerando 7°); y que en lo que hace a los jueces de la Corte Suprema hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 97 (y su correlativo, 47) de la Constitución, donde se establecen los requisitos para ser miembro de la Corte Suprema, es decir, se reglamenta la facultad del Poder Ejecutivo de designar tales magistrados.

En el supuesto concreto de magistrados de la Corte Suprema, el tribunal llegó a la conclusión de que el decreto-ley 1.285/58 *altera* los requisitos que la Constitución prescribe en los art. 97 y 47 (considerando 7°) y que por tal causa, para hacer una interpretación de la ley que concuerde con las disposiciones constitucionales,

⁴⁷ DIEZ, *op. cit.*, p. 528.

⁴⁸ DIEZ, *op. cit.*, p. 529. En sentido similar CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, México, 1948, p. 483.

⁴⁹ *Fallos*, 248: 398, año 1960.

debe entenderse que tal ley no se aplica a los magistrados de la Corte Suprema. (Considerando 8º, primera parte.) Si bien al terminar el considerando siguiente se afirma que “toda vez que las calidades de los miembros de ésta hállanse establecidas en la Ley Fundamental y representan, por tanto, una materia sustraída por el Poder Constituyente a la competencia del Poder Legislativo” —lo que daría idea de que el Congreso no puede reglamentar lo que la Constitución ya ha reglamentado, pero sí lo que sea discrecional dentro de ésta—, no cabe duda de que la decisión del tribunal se funda, no en tal circunstancia, sino en que la ley *altera* el sentido de la disposición constitucional de los artículos 97 y 47 —pero no del 86 inciso 5º—, y restringe en el caso irrazonablemente las facultades del Poder Ejecutivo.

Se trata, en suma, de un problema de apreciación que puede o no compartirse, según se considere o no que la ley es irrazonable al prohibir que sean miembros de una mismo tribunal colegiado parientes dentro del cuarto grado civil, y si ello altera o no, en el caso concreto, la facultad del Poder Ejecutivo. No se trata de que el Congreso no pueda reglamentar esas facultades que la Constitución confiere en forma directa e inmediata al Poder Ejecutivo. (Lo que sería genérico y tornaría inconstitucional *ipso iure* toda ley que de alguna forma refiera a las mismas), sino de que *no puede reglamentarlas irrazonablemente, ni puede alterar los requisitos que la Constitución ya ha establecido*. (Lo que es materia de análisis concreto en cada caso, de acuerdo al contenido y alcances de la ley.)

Ese otro principio es el que se aplica en todos los casos, y deriva de los criterios generales de constitucionalidad de las leyes; su aplicación al caso considerado de los actos de gobierno no sufre modificación conceptual alguna; no puede por ello construirse a su alrededor teoría alguna de actos de gobierno.

Piénsese por ejemplo en la hipótesis de que una ley prohíba ser miembros de la Corte Suprema a las personas que hayan sido declaradas “traidores a la patria.” Evidentemente, tal requisito no está previsto en los arts. 97 y 47 de la Constitución, pero ello no quita que el legislador esté facultado sin duda alguna para establecer esta restricción. No se trata tampoco de una distinción de requisitos positivos o negativos: El criterio para analizar la constitucionalidad de la ley es siempre el de la razonabilidad, y el de si altera o no el requisito que la Constitución pueda haber fijado.

Si la ley exige que los miembros del tribunal deben saber leer y escribir, no creemos que pueda discutirse seriamente la validez de la ley; en cambio, una ley que exigiera el conocimiento de varios idiomas, sería sí inconstitucional, pero ello en virtud de que es irrazonable creer que el criterio jurídico depende de la información a que se tiene acceso: La inconstitucionalidad de la ley surge pues de irracionalidad, no de que agregue un requisito a los que establece la Constitución.

También los requisitos concretos que la Constitución fija en este caso son susceptibles de regulación legislativa, e incluso en algunos casos están indirectamente legislados. Sabemos que tales requisitos son: a) Ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio; b) tener las calidades requeridas para ser senador, a saber: Tener la edad de treinta años; c) haber sido seis años ciudadano de la Nación; d), disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente; e) “ser natural de la provincia que lo elige, o con dos años de residencia inmediata en ella.”⁵⁰

Cuando el Poder Ejecutivo deba proponer un nombramiento de magistrado de la Corte, y el tribunal considerar la validez del mismo, tendrán que determinar *qué es un abogado*, para aplicar la norma constitucional que lo exige. Parece obvio señalar que al efecto deberán atender a lo que hayan dispuesto las leyes respectivas; no podría pretenderse que una ley que establezca la organización universitaria y directa o indirectamente disponga qué se requiere para ser abogado, sería inconstitucional. En otros términos, el Congreso pudo perfectamente reglamentar esa norma constitucional, legislando qué es el título de “abogado” en nuestro país, y tanto el Poder Ejecutivo como los tribunales están obligados a acatar esa norma legislativa. Si la ley dice que puede expedir título profesional de abogado una universidad privada, no podría el tribunal negarle ese carácter; e inversamente, si la ley dijera que las universidades privadas no pueden expedir tales títulos, o que ellos no son el título a que se refiere la Constitución (como lo hace por ejemplo el decreto-ley citado, art. 6º: “...abogado graduado en Universidad Nacional...”), no podría el Poder Ejecutivo nombrar un magistrado que contara sólo con título expedido por tal universidad. *El hecho de que la Constitución haya reglado esta facultad del Poder Ejecutivo, no implica de ninguna manera, según se advierte, que el Poder Legislativo no pueda seguir legislando sobre el punto.*

Lo mismo puede decirse del requisito de tener “ocho años de ejercicio de la profesión.” No podría considerarse que fuera ajeno a la competencia legislativa reglamentar qué debe entenderse por “ejercicio de la profesión.” Si el Congreso dispusiera, por ejemplo, que para poder considerar que una persona ejerce la profesión de abogado, es necesario que la misma esté inscrita en la matrícula profesional respectiva o haya desempeñado un cargo que requiere tal título, tal ley sería perfectamente constitucional, y no podría el Poder Ejecutivo designar con acuerdo del Senado a un magistrado que como abogado nunca estuvo inscripto en la matrícula ni desempeñó un tal cargo; ni podrían los tribunales convalidar un tal nombramiento. Igual cosa corresponderá decir de una ley que disponga que los ocho años de ejercicio de la profesión deben ser continuos, y que en caso de ser discontinuos sólo se computará el tiempo de ejercicio efectivo, etc.

⁵⁰ Este requisito debe aquí entenderse como que debe ser natural del país, o con dos años de residencia inmediata en él.

28. La Constitución exige también que el magistrado de la Corte Suprema tenga treinta años de edad. Y los años de los miembros de la Corte Suprema también deben constarse de acuerdo al Código Civil: Si éste dijera que la edad se cuenta desde el nacimiento, no podría nadie decir que tal ley es inconstitucional o inaplicable al presente caso, y que el Poder Ejecutivo puede contar la edad de los magistrados que designa desde el momento de la gestación, o con posterioridad al nacimiento. Y a la inversa, si el Código Civil dijera que la edad se cuenta desde la gestación, no podría afirmarse que eso es inconstitucional —a menos que se diga que es irrazonable, con lo que nuevamente entramos en la teoría general y escapamos de toda teoría especial de gobierno.

29. La constitución dice también que deben haber sido seis años ciudadano de la Nación. Hay en el país leyes dictadas por el Congreso diciendo qué debe entenderse por ciudadano de la Nación, formas de obtener la ciudadanía, etc.

No puede, aquí tampoco, entenderse que el Congreso no pueda legislar tal materia también con referencia a los miembros de la Corte Suprema; y si de acuerdo a las leyes del país Fulano de Tal no es ciudadano argentino, no vemos cómo el Poder Ejecutivo podría invocar la Constitución para decir que a su criterio, *independiente de regulación legislativa*, Fulano de Tal sí es argentino, y que por lo tanto lo nombra como magistrado de la Corte Suprema. Si la ley adopta el *ius solis*, no podrían el Poder Ejecutivo o el tribunal entender que debe aplicarse, *por ejecución directa de la Constitución*, el *ius sanguinis*; parece de ello resultar que no es dable afirmar que estos actos del Poder Ejecutivo estén sujetos sólo a la Constitución.

30. Si una ley estableciera la equivalencia de los “pesos fuertes” de que habla la Constitución a la moneda actual, y dispusiera de tal forma cuál es actualmente la renta anual que se requiere para ser nombrado miembro de la Corte Suprema, tampoco aquí tal ley es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo decirlo o admitirlo el tribunal, que no obstante que el Congreso ha decidido que una renta anual de “dos mil pesos fuertes” equivale, por ejemplo, a doscientos mil pesos, él puede considerar que la ley es en ese aspecto violatoria de las disposiciones constitucionales respectivas y que una renta anual de dos mil pesos fuertes equivale a ciento setenta mil pesos... Eso sería una invasión de poderes, una extralimitación de facultades del Poder Ejecutivo, que el juez no puede dejar de sancionar con la nulidad del acto.

31. Tomemos otro ejemplo: *El indulto*. Dice el inciso 6° del artículo 86 que el Presidente de la Nación “Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.”

Pues bien: Cuando los tribunales tratan algún caso de indulto, interpretan el significado de los términos “pena,” “delito,” “jurisdicción federal” y aplican dichas

disposiciones *en base a la legislación*. Y no es inconstitucional ni en modo alguno inaplicable el Código Penal cuando establece qué son los delitos y las penas, o la ley 48 cuando define qué es la jurisdicción federal.

No creemos que pueda decirse que esto es materia vedada al Congreso, que escape a su competencia legislar acerca de estas facultades del Poder Ejecutivo, y que éste pueda *ex novo* y *ex inventione* ponerse en cada caso a determinar discrecionalmente qué es delito, qué es pena, qué es jurisdicción federal.

32. Y veamos al caso del inciso 10: El Poder Ejecutivo “Nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de Negocios, con acuerdo del Senado” Aquí también el Poder Ejecutivo y los tribunales deben recurrir a la ley de servicio exterior de la Nación para saber qué es un “ministro plenipotenciario” y qué es un “encargado de negocios;” y esa ley no es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo o el tribunal interpretar, contra lo que dispone el Congreso, qué es un ministro plenipotenciario o un encargado de negocios en el sentido de la Constitución.

33. Y veamos otro ejemplo. Según el inciso 16° del mismo artículo 86 el Poder Ejecutivo “provee los empleos militares de la Nación: Con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores del Ejército y Armada.”

Es obvio señalar que la determinación de qué es “Ejército,” “Armada,” “empleos militares,” “grados,” “oficiales superiores,” no está conferida al Poder Ejecutivo, sino a la ley; de donde, nuevamente, surge que el hecho de que la Constitución haya dado en forma directa una facultad determinada al Poder Ejecutivo no significa que la misma no esté también sujeta a la legislación.

34. En definitiva, todo esto nos demuestra:

1°) Que de hecho ya toda una legislación que necesariamente se aplica en una u otra oportunidad a las facultades concedidas “directamente” por la Constitución al Poder Ejecutivo, sin que nunca se haya cuestionado su constitucionalidad, ni, confiamos, nunca se llegue a cuestionar; *por lo que debe anotarse que estas facultades ESTÁN AL PRESENTE SUJETAS A LEGISLACIÓN*; con lo que el concepto señalado no responde al contenido de la jurisprudencia y de la legislación imperante.

2°) Que *el Congreso tiene todavía un amplio margen para legislar acerca de las facultades que la Constitución le confiere directamente al Poder Ejecutivo*, y que todas esas posibles leyes que hemos reseñado no podrían bajo ningún aspecto ser consideradas como que exceden la competencia constitucional del Congreso.

35. En verdad, en todo esto se ha cometido una confusión. Se ha advertido que la Constitución confiere cierta libertad al Poder Ejecutivo; se ha pensado entonces en la posibilidad de que una ley lo ate totalmente, no dejándole ninguna

libertad de acción; y se ha concluido en que tal ley sería inconstitucional: Sobre eso se ha construido la idea de los actos de gobierno.

Repetimos, ello importa una confusión: El que una ley de ese tipo sea inconstitucional deriva simplemente de que reglamenta *irrazonablemente* la Constitución; su vicio, en consecuencia, se basa en los principios generales aplicables a cualquier ley del Congreso y no a teoría especial de gobierno alguno.

Y ello es el criterio de acuerdo al cual debe encararse el problema todo de la reglamentación legislativa de facultades del Poder Ejecutivo: Tal legislación será constitucional siempre que no modifique ni altere ninguna disposición constitucional expresa, ni sea de otro modo irrazonable.

En tal sentido, señala HUBER que el legislador tiene a su mano la decisión acerca de si dará discrecionalidad a los órganos supremos de la administración para actuar sobre las cuestiones que estime fundamentales a la existencia del país, o si en cambio los sujetará a regulación legal;⁵¹ NAWIASKY por su parte indica que “ciertamente que su actividad está sujeta, en todas estas direcciones, a las leyes existentes,” y añade que a lo sumo podría encontrarse una ausencia de leyes detalladas sobre ciertos actos del Poder Ejecutivo: Ausencia que está derivada de la política legislativa, nada más.⁵² En igual sentido expresa WOLFF que el gobierno no es actividad libre de la legislación, sino *sometida* a ella, y que si el Poder Ejecutivo o Gobierno puede jurídicamente tener alguna libertad para actuar ello es sólo gracias a que su influencia en el Parlamento le permite obtenerla en algunos casos.⁵³

Y ello nos lleva tal vez al nudo del problema: En toda esta cuestión, como en tantas otras, se está tratando un problema cuyo objeto en la vida diaria es de índole política; pero eso no significa que el problema sea político; si ha de ser resuelto interpretando normas de la Constitución, es y seguirá siendo, en ese aspecto, un problema jurídico. “El origen del error reside en que a veces se consideran a las controversias constitucionales —esto es, controversias que deben decidirse según las normas de la Constitución—, no desde el punto de vista del *jurista*, si no desde el punto de vista del *político*, y que entonces se mezclan ambas actitudes.”⁵⁴

Consideramos en definitiva, con NAWIASKY, que tal vez desde un punto socio-lógico-político pueda hacerse una diferencia entre el gobierno y las demás partes de la actividad estatal; pero que bajo un aspecto puramente jurídico, todas las facultades del Poder Ejecutivo son ejecución de la Constitución y de las leyes;⁵⁵ por lo tanto, administración.

36. Por ello, cuando se deba analizar alguna facultad reglada o discrecional concedida al Poder Ejecutivo en forma directa e inmediata por una disposición

⁵¹ HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 656.

⁵² NAWIASKY, *op. cit.*, II parte, t. 2, p. 16-7.

⁵³ WOLFF, *op. cit.*, p. 66 y 247.

⁵⁴ Lo dice SPANNER, *op. cit.*, p. 46, con criterio general.

⁵⁵ NAWIASKY, HANS, *op. cit.*, t. 3, *Staatsrechtslehre*, Einsiedeln, 1956. p. 78-9.

constitucional expresa, debe partirse del principio de que tal facultad no está libre de regulación legislativa: Que no se trata de actividades en un plano de igualdad con la ley, sino de subordinación; y que el espíritu de la Constitución no es de ninguna manera que el Poder Ejecutivo se transforme en su propio legislador.

El principio, pues, es que tal facultad está sometida a las leyes, y que por lo tanto las leyes que al respecto se dicten están dentro de la competencia constitucional del Congreso, y que la posible inconstitucionalidad de éstas se rige por los principios generales; su inconstitucionalidad podrá derivar entonces de que modifiquen algún requisito constitucional, o lo interpreten irrazonablemente, o alteren los derechos individuales de los habitantes, pero no de que legislen sobre la actividad del Poder Ejecutivo en ciertos y determinados asuntos de “gobierno.”

V. Los actos de gobierno ante la política

37. Finalmente, no podemos dejar de mencionar la dolorosa circunstancia de que, no obstante las experiencias totalitarias por las que ha atravesado y atraviesa el mundo, haya siempre algún número de personas de buena fe que sostienen la *convivencia política* de que exista una categoría de actos de gobierno respecto de los cuales le sea vedado al juez declarar el derecho (o le sea vedado declararlo salvo casos excepcionales) y al legislador dictar normas jurídicas.

El error político más grave lo cometen, desde luego, los jueces que así lo consideren. Cuando el juez se inhibe de intervenir por considerar que, tratándose de una cuestión política, es extraño a su función entender de ello, adopta una grave decisión. En efecto, el juez no advierte que al inhibirse de intervenir *está tomando él mismo una tremenda decisión política* que no está autorizado a hacer; pues decir que un acto político es no justiciable, ES DECIR QUE EL JUEZ CONSIDERA COMO POLÍTICAMENTE DESEABLE LA LIBERTAD DEL ADMINISTRADOR: Ello es, precisamente, *inmiscuirse en la política*, pretendiendo alterar el *juego normal institucional de los poderes*;⁵⁶ ésa y no otra es la intervención política que los jueces no están autorizados a hacer.

Si un juez entiende que él no debe adentrarse en materias políticas, y que la política es ajena a su función y a sus conocimientos, debe entonces precisamente, *limitarse a analizar normas jurídicas*, y resolver de acuerdo a ellas; y dado que las normas jurídicas no le autorizan a resignar su jurisdicción, y a que el orden jurídico todo le está diciendo de la sujeción de todos los actos estatales al mismo, el juez debe, para abstenerse de intervenir en política, *decidir jurídicamente la cuestión política*. Esa es la única forma en que el juez podrá decir que no se ha inmiscuido en la política del Poder Ejecutivo. Si el juez en cambio se abstiene de decidir, de aplicar el orden jurídico al acto político impugnado, se está lavando

⁵⁶O sea, pretendiendo alterar la estructura del orden jurídico, que por su carácter pleno no admite la existencia de acto alguno exento de contralor de la ley y del juez.

las manos como Poncio Pilatos: O sea, se está comprometiendo, por asentimiento tácito, con la decisión política adoptada por el Gobierno.

38. Por lo demás, es también un error creer que se beneficia en algo a la comunidad o al Estado con darle ese margen de libertad.

Como señala RADBRUCH, no puede concebirse al interés público como una mera convivencia material: El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores “seguridad” y “conveniencia” sino también, y primordialmente, el valor “justicia.” “En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que el pueblo aprovecha», sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.”⁵⁷

Por ello es una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de un individuo; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad, se destruye también al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa.

En consecuencia, es necesario advertir que el interés público estatal está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que “conviene” a la administración o al Estado, en caso de ser “injusto,” no es un auténtico “interés público;” el interés público —conveniencia, cuando es antepuesto erróneamente al interés público-justicia, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso la misma conveniencia material.⁵⁸

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

⁵⁷ RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, Buenos Aires, 1962, traducción de M. I. AZARETTO DE VÁSQUEZ, p. 36. Sobre el problema, ver también GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, 1958, e *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1962, 2º ed., p. 149 y ss., p. 374.

⁵⁸ Sobre el concepto de “interés Público” ver también GORDILLO, *Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos*, n° 16-19, en *LL*, 106: 1187 y ss.

conmueve también la autoridad del gobierno y hace peligrar la consistencia del poder estatal. Precisamente la razón del Estado exige en consecuencia que en tales casos los límites de la discrecionalidad del gobiernos sean salvaguardados a través del control judicial.”⁵⁹

VI. Conclusión

40. En resumen, podemos afirmar que en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno: 1º) Porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los artículos 18 y 100 de la Constitución, y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre estos actos; 2º) porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos no sólo a la Constitución sino también a la legislación, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, y porque de hecho existen variadas leyes que se aplican directa o indirectamente a todos esos actos, y han sido declaradas constitucionales.

Por ello, debe eliminarse del lenguaje y la técnica jurídica el nombre y la teoría del “gobierno” o los “actos de gobierno,” “actos políticos,” “actos no justiciables,” etc., porque no responde a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico.

Es, a lo sumo, un exponente más de la deficiencia de la legislación, de los abusos del Poder Ejecutivo, y de la insuficiente protección jurisdiccional de que padecemos en varios órdenes de la actividad estatal. Lo que se quiere designar como “gobierno” no es sino una parte más de la función administrativa, y allí debe ser subsumido; el que sea deficientemente controlado por las leyes y los tribunales no lo distingue ciertamente del resto de la actividad administrativa, pues ella participa también de la misma característica...

⁵⁹ HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 657.