

CAPÍTULO XII

LOS “ACTOS DE GOBIERNO”

SUMARIO

I. <i>Planteo general del problema</i>	415
1. Los diferentes conceptos de “gobierno”.....	415
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno.....	416
3. Gobierno y actos de gobierno.....	416
4. Carácter metajurídico de la teoría.....	417
5. Problemas a considerar.....	418
II. <i>Origen y evolución de la teoría</i>	419
6. Origen.....	419
7. La teoría del móvil político.....	420
8. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración.....	420
9. Insuficiencia de la distinción.....	422
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia.....	423
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)</i>	423
11. En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio.....	423
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos.....	425
12.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan.....	426
12.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él.....	428
12.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente.....	430
12.4. El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada de los hechos.....	431

12.5. Continuación. La revisión de las facultades discrecionales	433
12.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea “soberano en su esfera”	434
13. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad	435
14. Estructura infraconstitucional del Estado	436
15. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto	436
IV. <i>El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial</i>	438
16. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos	438
17. Qué es “revisión judicial”	438
18. Diferencia entre “revisión judicial,” y “anulación judicial” del acto	440
19. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles judicialmente	441
20. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo	441
21. Aplicación de esos límites por el juez	442
V. <i>El acto de gobierno ante la política</i>	442
22. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política	442
23. El principio de la irrevisibilidad judicial de actos del Poder Ejecuti- vo es contrario al interés público	443
VI. <i>Conclusión</i>	444
24. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, po- líticos, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos	444

Capítulo XII
LOS “ACTOS DE GOBIERNO”

I. Planteo general del problema

1. Los diferentes conceptos de “gobierno”

La palabra “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 art. 20 de la Constitución de la V República (1958), siguiendo la ya vieja tradición francesa al respecto, llama “Gobierno” al gabinete ministerial. Idéntico concepto encontramos en la Constitución alemana de 1949,¹ y en la Constitución austríaca.² En este concepto el *gobierno* es el conjunto de los *más altos órganos ejecutivos del Estado*.³

¹Art. 62. Ver SARTORIUS, CARL, *Verfassungs und Verwaltungsgesetze*, t. I, Munich y Berlin, 1959, § 66, p. 19.

²Citada por ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 8.

³ANTONIOLLI, *op. loc. cit.* Es aproximadamente el concepto que impuso MERKL, ADOLF, *Allgemeines Verwaltungsgesetz*, 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.

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

Los dos empleos señalados del vocablo, y particularmente el último, pertenecen a la teoría política,⁴ y deben ser distinguidos de una tercera acepción del término, que pertenece específicamente al derecho administrativo.

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

Algunos autores relacionan al primer y tercer concepto buscando ubicar a *la teoría del acto de gobierno* dentro del concepto constitucional —en el derecho argentino— de Gobierno.⁵

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 el “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.

Por lo demás, ha de quedar en claro que la importancia del tema reside en la consecuencia que de la teoría se quiere desprender, a saber, su no justiciabilidad, la imposibilidad de atacarlos judicialmente, o la imposibilidad judicial de revisarlos, todo lo cual significa lo mismo. Por lo tanto, sea que se los llame “*actos de gobierno*,” al estilo francés, o “actos de Estado,” en la usanza inglesa; “*cuestiones políticas*” o “*actos no justiciables*,” en el estilo de la jurisprudencia norteamericana y argentina; “*actos de autoridad*” o “*actos soberanos*,” como también se los llama en Alemania, además de “actos de gobierno;” “*actos institucionales*” y “*actos complementarios*,” como en el actual sistema brasileño, lo cierto es que el problema

⁴ Ver NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª parte, t. II, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln, 1955, p. 14 y ss.

⁵ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1966, 6ª d., p. 701; 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, *Teoría 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 formulación, poco o nada tiene que ver con la teoría en análisis, a menos que se la quiera fundar en la idea de soberanía, cosa que por supuesto no corresponde. Ver al respecto nuestro *Tratado*, t. 1, cap. II, n° 5-12, y cap. V, n° 2-5.

sigue siendo el mismo: La pretensión de que ciertos actos de la administración estén exentos de control judicial.⁶

Poco importa la denominación o caracterización que se les dé, si la consecuencia que se les asigna es la indicada; a la inversa, si se les quita esa particularidad de su pretendida irrevisibilidad jurisdiccional, entonces ninguna diferencia jurídica tendrán con los demás actos administrativos y no habrá, por tanto, razón para distinguirlos. Queda dicho entonces que toda vez que aquí nos refiramos a lo que llamamos actos de gobierno, estamos comprendiendo también cualquier otra denominación que se quiera utilizar para distinguir un grupo de actos de la administración de los cuales no habría revisión judicial.

4. *Carácter metajurídico de la teoría*

¿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 contencioso-administrativos) 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 intervenir, olvidando con ello que tales consideraciones son esencialmente extrañas a la función de un tribunal de justicia.⁸

Como se advierte, el problema está planteado bajo la forma de una petición de principios: Primero se afirma que un grupo de actos del Poder Ejecutivo, a los que se denominará según los autores, "de gobierno," "políticos" o "institucionales," no son impugnables ante la justicia: Que son irrevisibles judicialmente, o "no justiciables," etc. El siguiente paso es tratar de encontrar un supuesto fundamento para esa afirmación apriorística: Entonces se dirá que tales actos no son justiciables porque tienen un alto fin político, porque hacen a las relaciones entre los poderes, porque afectan a razones de Estado, etc. El tercer paso de la argumentación será deducir de tal supuesto principio general cuáles son los

⁶ En este mismo sentido, comparando la terminología inglesa, norteamericana, francesa y alemana, SCHNEIDER, HANS, *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Tübingen, 1951, pp. 78 y 79. Por eso mismo este autor habla de actos "libres de la justicia," comprendiendo allí todas las diversas denominaciones y categorías. Sobre el sistema brasileño, ver *infra*, n° 24, nota.

⁷ WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 799.

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.

actos que por su contenido político, institucional, etc., caen en tal categoría. La lista es siempre similar: Actos relativos a las relaciones internacionales,⁹ actos relativos a la seguridad interior,¹⁰ actos relativos a las relaciones entre los tres poderes del Estado.¹¹

Pero el planteo es falso, porque no se ha demostrado *primero* cuál es la razón por la cual cierto tipo de actos no habrán de ser impugnables ante la justicia; se dice tan sólo que no son revisibles y luego se trata de hallar una justificación para esa irrevisibilidad.

Los argumentos que se esgrimen son usualmente meta-jurídicos, en cuanto invocan supuestas razones superiores de Estado, y no concretos fundamentos normativos que específicamente prueben que ciertos actos no son atacables ante la justicia. Se dice que sería “una anomalía,” “un grave entorpecimiento de la marcha del Estado,” “un conflicto de poderes,” “una intromisión del Poder Judicial en asuntos exclusivos del Poder Ejecutivo,” “una tiranía de los jueces,” etcétera, sin comprender que ninguna de esas argumentaciones contesta ni resuelve el principal y fundamental problema de que *no existe fundamento jurídico serio en base al cual excluir la revisión por los jueces de toda una categoría de actos*.¹²

Bien al contrario, es esta teoría un refugio más de quienes preservan un cerco de inmunidades del poder en desmedro de un orden jurídico democrático.¹³

5. Problemas a considerar

Para poder determinar si esto es así, o sea, si hay o no fundamento jurídico para excluir de la revisión judicial a ciertos actos del Poder Ejecutivo, los cuales serán llamados con un nombre especial (“actos institucionales,” “actos de gobierno,” “actos políticos;” etc.), es necesario considerar diversos problemas:

5.1. En primer lugar, es conveniente explicar el origen y la evolución de la cuestión en Francia, pues ese panorama histórico es sumamente claro en cuanto al carácter meta-jurídico y fáctico de toda la teoría comentada;

5.2. En segundo lugar, debe hacerse un análisis constitucional para establecer si en el juego de las normas constitucionales es posible o no fundamentar que una categoría de actos sean irrevisibles jurídicamente;

⁹ Así, la declaración de la guerra o la concertación de tratados internacionales, el mantenimiento o ruptura de las relaciones diplomáticas, etc.

¹⁰ Declaración del estado de sitio, intervención federal a las provincias.

¹¹ Indulto, designación de magistrados, veto, apertura y clausura de las sesiones de las cámaras, envío de proyectos de ley, etc.

¹² Como dice SCHNEIDER, HANS, *op. cit.*, p. 79, en ningún país hay una “fundamentación dogmática precisa” de su irrevisibilidad.

¹³ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder...*, *op. cit.*, p. 50 y ss., 97 y ss.

5.3. En tercer lugar, corresponde establecer qué ocurre en la realidad jurisprudencial, o sea, si los jueces en la actualidad realmente entienden de la revisión de tales actos, o en cambio se abstienen de ejercer control judicial sobre ellos;

5.4. En cuarto lugar, debemos referirnos al problema de si tales actos son controlados únicamente para determinar su conformidad o disconformidad con la Constitución, o si en cambio también se analiza si se ajustan a la legislación general;

5.5. En quinto lugar, se impone una reflexión sobre la naturaleza política de la cuestión, en el sentido de si es políticamente sano que tales actos existan, si es políticamente correcto que los jueces intervengan o dejen de hacerlo, y si el criterio con el cual los tribunales juzgan lo que algunos autores llaman con estos nombres especiales, es fundamentalmente diferente del criterio con que juzgan los demás actos de la administración.

Queda dicho que el problema fundamental es siempre el mismo: Si ciertos actos son o no justiciables, revisibles judicialmente. No es solución decir que los “actos de gobierno” son revisibles judicialmente, por ejemplo, pero agregar a renglón seguido que existen otros actos, que no serán llamados actos de gobierno sino “actos institucionales,” los cuales —éstos sí— no serán revisibles judicialmente. Obviamente, ello no es sino mudar de nombre al problema, que se mantiene en tal tesitura totalmente invariable. Lo que importa, entonces, no es cómo llamaremos a los actos irrevisibles, sino más bien si admitiremos o no que existen actos irrevisibles, cualquiera sea el nombre que se les quiere dar.

II. Origen y evolución de la teoría

6. Origen

Recuerda DUEZ que el Consejo de Estado francés, creación napoleónica, fue vivamente atacado por los liberales y ultraderechistas con el retorno de los Borbones 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 sobrevivir.¹⁴

En cumplimiento de este propósito, primero giró a los tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia y después 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*.”¹⁵ Estas materias que el Consejo de Estado se negaba a considerar y que tampoco

¹⁴ DUEZ, PAUL, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, p. 31.

¹⁵ Algo así como una excepción perentoria de previo y especial pronunciamiento, a fin de que no reciba siquiera el recurso, y no se le dé más trámite.

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;¹⁶ éstos son los actos de gobierno.

7. *La teoría del móvil político*

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”¹⁷; este dominio es elástico y se rige en cuanto a sus límites por el criterio del mismo poder administrativo: Es acto no susceptible de revisión por el Consejo de Estado (acto de gobierno) todo acto que tiene un *móvil político*.

Así pudo DUFOUR 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...”¹⁸ De esta manera, todo acto administrativo podía en principio transformarse en acto de gobierno, con el solo requisito de que tuviera un fin político; evidentemente, se trataba de una noción vaga y peligrosa, por prestarse notablemente a la arbitrariedad.

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

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

¹⁶ WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, op. cit., p. 195.

¹⁷ DUEZ, op. loc. cit.

¹⁸ Citado por DUEZ, op. loc. cit.

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 la última.¹⁹ 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.”²⁰ 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.”²¹

9. Insuficiencia de la distinción

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?”²²

Todos los ensayos de distinción, en efecto, han caído siempre en la misma vaguedad e imprecisión, que impide toda connotación útil; la diferenciación entre asuntos “comunes” y “trascendentes,” efectuada entre otros por HAURIUO, es un buen ejemplo de ello.

¹⁹ DUEZ, *op. cit.*, p. 32.

²⁰ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, París, 1906, 2ª ed., p. 32.

²¹ TEISSIER, GEORGES, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 41.

²² Citado por BRÉMOND, “Des actes de gouvernement,” *Revue de Droit Public*, t. V, París, 1896, p. 23 y ss., 32.

10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia

La jurisprudencia francesa, que en 1872 abandonó la teoría del *móvil político* en cuanto fundamento del acto de gobierno, 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”²³ —con lo cual originó la distinción conceptual indicada—; y no ha podido tener más éxito que la doctrina en precisar cuál es ese objeto del acto de gobierno, *no ha podido decir qué es “Gobierno” por oposición a “administración.”*

En otros términos, desechado el criterio del *fin político* para fundar la irrevisibilidad de ese grupo de actos, y siendo 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.²⁴ 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, cuyo fundamento, si es que lo tiene, no es jurídico.

Ya lo dice, en efecto, BONNARD: “Actualmente, la categoría de los actos de gobierno es mantenida. Pero no se ensaya más 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.”²⁵

Es esta la posición que ya adelantó HAURIUO,²⁶ y parcialmente RIVET,²⁷ quienes introducen lo que DUEZ llama la “concepción empírica del acto de gobierno,” y

²³ Así lo expresa el Comisario de Gobierno CHARDENET, en *Revue de Droit Public*, París, 1911, p. 674; DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

²⁴ BONNARD, ROGER, *Précis de droit public et administratif*, París, 1948, p. 127.

²⁵ BONNARD, *op. cit.*, p. 127.

²⁶ HAURIUO, MAURICE, *Précis élémentaire de droit administratif*, París, 1938, p. 262.

²⁷ Comisario de Gobierno RIVERT, en el fallo *Couiétas* (1923), en *Revue de Droit Public*, París, 1924, p. 86; DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

que consiste pura y simplemente en la exposición o detalle de los mismos;²⁸ 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."²⁹

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

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

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

El solo 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 art. 18 de la Constitución, con el alcance de que "*es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos,*" cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia.³⁰

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 está 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 constitucional 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 ex-

²⁸ DUEZ, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Elémentaire de droit administratif*, París, 1957, p. 229.

²⁹ HAURIUO, *op. loc. cit.* Esta es, a nuestro juicio, la opinión dominante en Francia. Existe, además, una 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 de procedimiento contencioso-administrativo. Así VIRALLY, "L'introuvable acte de gouvernement," *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.

³⁰ De modo análogo, en España, donde la ley admitía a texto expreso la existencia de actos irrevisibles y judicialmente, si concluye en que ella ha de considerarse derogada a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, p. 486.

presamente 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 debe ser expresa, por lo tanto, señalamos que se requiere que el artículo concreto de que se trata hable de la misma cuestión acerca de la cual se requiere crear el apartamiento de la regla.

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*. Es el caso del art. 23 de la Constitución, que faculta al Poder Ejecutivo a adoptar diversas medidas durante el estado de sitio, tales como detener o trasladar a las personas, pero que en momento alguno expresa que tales medidas puedan estar exentas de revisión judicial; antes bien y por el contrario, la Constitución aclara explícitamente que no por ello puede el Poder Ejecutivo aplicar penas: Es claro, pues, que la atribución que se le otorgue no es la de ejercer funciones de los jueces, ni la de dictar actos que no sean atacables ante los jueces, pues esto último no sería otra cosa que lo primero; si el Poder Ejecutivo pudiera dictar actos no revisibles por un tribunal, ello equivaldría a que su acto tendría la misma fuerza normativa que una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que un juez no puede alterarla: Obviamente, ello es invadir atribuciones propias de los órganos judiciales.

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.³¹

Si se analiza bien la cuestión, se advertirá que la Constitución previene contra esto en dos partes, y de dos maneras opuestas en su dirección pero coincidentes en su contenido: En el art. 18 le dice al *individuo* que su garantía de la defensa judicial es inviolable; en el art. 95 le dice al *Poder Ejecutivo* que *él* no puede ejercer funciones judiciales. Los dos sujetos que se enfrentan en la relación planteada por el “acto de gobierno” están contemplados en la Constitución, que a ambos les dice lo mismo: A uno que siempre podrá ir a la justicia, al otro que nunca podrá ejercer funciones de la justicia. ¿Puede pedirse una construcción normativa más clara, en el sentido de que los actos del segundo nunca pueden dejar sin protección judicial al primero?

Pero por si todavía quedara alguna duda pertinaz, la Constitución toma el tercer órgano involucrado, el Poder Judicial y le dice: Que *él* tendrá jurisdicción

³¹ 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 COUTURE, EDUARDO J., 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*, 1948, t. XVII, sec. 2 (doctrina), p. 47 y ss., 51.

en todas las causas en que la Nación sea parte, o que versen sobre puntos regidos por esta Constitución (art. 100); realmente, no es posible pedir mayor claridad en el sentido de que la Constitución quiere que el Poder Judicial intervenga en *todo* asunto en que la Nación sea parte o verse sobre la Constitución; que el individuo tenga *siempre* acceso al órgano judicial para defender su persona y sus derechos; que el Poder Ejecutivo *nunca* pueda actuar en sustitución del órgano judicial. Pretender, a pesar de ello, que de la Constitución pueda desprenderse fundamento alguno para tamaña teoría como la de la irrevocabilidad jurisdiccional, es realmente desconocer manifiestamente el texto constitucional. Y repitémoslo una vez más: Frente a estas normas expresas e inequívocas, de nada valen argumentos tales como los de que sería "una grave intromisión," "una anomalía," "una intervención del juez en materia política," etc., pues la Constitución en ninguna parte las enuncia, sino que se pronuncia claramente por la solución favorable al control judicial de toda y cualquier clase de actividad del Poder Ejecutivo.

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

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*.³²

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 esa instancia judicial de que habla la Corte*; interpretación que choca contra la letra del art. 95 de la Constitución: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse al conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas."

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 existir contra las decisiones de órganos ejecutivos, "recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,"³³ y que a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente "con los derechos y garantías constitucionales."³⁴

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 transgredir," entre las que figura ante todo la que obliga a que el pronunciamiento "emanado de órganos administrativos quede sujeto a *control judicial suficiente*, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente

³² CSJN, *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio, José (Suc.)*, 1960, *Fallos*, 247: 646.

³³ *Blas Freijomil*, 1943, *Fallos*, 195: 50.

³⁴ *Fernández Arias*, 1960, *Fallos*, 247: 646, cit.

discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. (*Fallos*, 244: 548.)”³⁵ 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 art. 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. (*Fallos*, 193: 135; 209: 28; 246: 87, cons. 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 motivo de situaciones contradictorias como la contemplada en *Fallos*, 193: 135 (en igual sentido, *Fallos*, 178: 333; 197: 202; 234: 382; 237: 285, etc.), o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa (*Fallos*, 234: 482), o bien —como acontece en la especie— a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial. (Doctrina de *Fallos*, 129: 405, considerando 2°; 184: 162, considerando 3°; 205: 17, cons. 3°.) 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.”³⁶

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

A pesar de que no se podría dudar en principio de la aplicación del principio constitucional mencionado, en virtud del cual todos los individuos pueden atacar cualquier acto del Poder Ejecutivo que lesione su persona o sus derechos, existen autores que entienden encontrar peculiaridades —en ciertos actos— que excluirían su revisión judicial.

Los criterios son en este aspecto numerosos y, en alguna medida, similares al que acabamos de criticar; ya vimos que no podía afirmarse que el acto es irrevisable porque es válido o constitucional, porque en tal caso lo que corresponde es que el juez lo revise y declare esa validez o constitucionalidad que se dice existir. En forma parecida, desde antiguo se enuncia el criterio de que los actos

³⁵ *Fallos*, 247: 646, 656, considerando 13°.

³⁶ *Fallos*, 247: 646, 658, cons. 20°. La bastardilla es nuestra.

de gobierno no serían revisibles judicialmente porque no afectan o lesionan los derechos de los individuos.³⁷

En este caso no se afirma que el acto no afecta derechos por ser *válido*, sino porque *aunque fuera inválido*, no hay una persona concreta que pueda decirse agraviada por el acto: La garantía constitucional no sería de aplicación porque no hay nadie defendiendo *derechos propios*.

La tesis es sugestiva porque tiene una parte de verdad, sólo que equívocamente interpretada; en efecto, puede encontrarse que algunos actos no afecten derechos en manera tal como para legitimar a una persona a obtener su anulación, en dos casos:

a) Cuando el acto es de contenido *particular*, afectando a una persona en forma directa y exclusiva, y sólo de manera indirecta a otras personas que puedan sentirse lesionadas por tal acto;

b) cuando el acto es de contenido *general*, si bien puede causar lesión a los derechos de los individuos, puede ocurrir que por el mismo sistema de revisión vigente, no exista acción directa para ningún individuo afectado por la norma general.

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

Sin embargo, esa exclusión del recurso no surge en modo alguno del carácter político del acto, sino de que *todo* acto emanado de la administración, tenga o no carácter político, sea de importancia grande o pequeña, *se rige por los mismos principios*. Esos principios son los que se refieren a la *legitimación procesal, en virtud de la cual no cualquier persona puede atacar cualquier acto*, sino sólo aquellos cuyos derechos se ven afectados de cierta manera, de acuerdo al sistema procesal general vigente. Por lo demás, la cuestión de la legitimación no se resuelve según el tipo de acto impugnado, sino según el tipo de *interés* que tenga afectado la *persona* que pretenda su anulación.

³⁷ Este criterio fue ya expuesto por MICHOUX en su monografía *Les actes de gouvernement*, Grenoble, 1892, y ha sido adoptado recientemente por otros autores, que a pesar de que no dan a tales actos el nombre de "actos de gobierno," sino otra denominación parecida, los caracterizan, sin embargo, como actos irrevisibles o inatacables judicialmente.

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

El primer caso típico es el del acto —administrativo o “de gobierno”— que se refiere a una persona determinada, designándola en un cargo,³⁸ dándole un beneficio,³⁹ etc., que quiera ser impugnado por otra persona que aquella a la cual el acto beneficia. En el actual sistema judicial de revisión de los actos administrativos, dicho acto no puede ser impugnado por las personas a las cuales el acto no contempla, pues se interpreta que ellas sólo tienen un interés legítimo lesionado por dicho acto, no un derecho subjetivo que él desconozca en el caso.⁴⁰

En tal orientación, que es la del derecho vigente, no pueden atacar judicialmente el acto:

- a) El concursante que perdió un concurso, cuando otra persona es designada en el cargo;
- b) el interesado en conseguir cualquier empleo público, haya o no concurso de por medio, si el Poder Ejecutivo designa directamente a otro;
- c) el interesado en ser ministro, si el Poder Ejecutivo nombra ministro a otro individuo;
- d) el abogado interesado en ser juez, si el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado nombra juez a otro abogado.

Fácil es advertir que ninguna diferencia sustancial existe entre el último caso y los anteriores: La razón de que el perdedor que no consiguió el cargo no pueda atacar judicialmente el acto que lo afecta, es en todos los casos la misma (falta de derecho subjetivo lesionado), y no podría afirmarse que en la última hipótesis haya un acto que en modo alguno difiera de los anteriores, en el aspecto indicado relativo a su revisibilidad jurisdiccional. ¿Por qué pretender, pues, que el último sea acto de gobierno o algo por el estilo, si los anteriores no lo son?

Igual cosa ocurre con el que quiere conseguir un contrato, pero pierde la licitación y ésta le es adjudicada a otro; con el que quiere conseguir un beneficio, premio, beca, subsidio, indulto, reducción de pena, etc., y no lo consigue él, sino otra persona. En todos estos casos puede reclamarse administrativamente, pero no puede reclamarse judicialmente: Ninguna diferencia existe entre que el estudiante que no consiguió la beca no pueda recurrir judicialmente contra quien la consiguió, o que el no indultado no pueda atacar ante la justicia el acto de otra persona que sí fue indultada, o el abogado que no fue designado juez no puede atacar judicialmente la designación de otro aspirante, y así sucesivamente. Otra vez más, se comprueba que no existe diferencia alguna entre un caso y el otro, a pesar de lo cual, *confiamos*, nadie comenzará a llamar acto político, de gobierno

³⁸ Por ejemplo, nombramiento de los jueces.

³⁹ Por ejemplo, otorgamiento del indulto.

⁴⁰ Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 2, caps. XV, XVI y XIX.

o institucional, al otorgamiento de una beca, a la concesión de un subsidio, o al nombramiento de una ordenanza en el ministerio... siendo que, en todos los casos, el acto no puede ser atacado judicialmente por las personas a que el acto concreto no se refiere.⁴¹

Igual cosa ocurre con todos los actos de la administración que se refieren a un caso particular y que se considera no afectan sino indirectamente a otras personas: La intervención por el decano a una mesa examinadora, la intervención por el Poder Ejecutivo a la Universidad o a cualquier otro ente autárquico, la intervención federal a las provincias. En todos estos casos, el acto de intervención, si bien eventualmente ilegítimo, no afecta directamente sino tan sólo los derechos de las personas o funcionarios que sufren la intervención. De éstos se podrá decir que tienen derecho subjetivo a discutir si fueron o no bien separados de sus cargos, en caso de que ello haya ocurrido, pero no se estimará sin duda que los estudiantes puedan recurrir *judicialmente*, porque se les ha cambiado la mesa examinadora, los usuarios de la administración porque no está más el directorio del ente autárquico, los habitantes de la provincia porque sus autoridades han sido depuestas por la intervención. En estos casos se reproduce la situación ya observada: La transgresión al ordenamiento jurídico lesiona sólo intereses legítimos de los administrados, pero no derechos subjetivos de los mismos (sólo los funcionarios agraviados podrían eventualmente invocar derechos subjetivos), y ello significa en el estado actual de nuestro derecho positivo (sin duda injusto y deficiente), que ningún individuo en tal situación tiene acción judicial para la defensa de ese interés.

Si el derecho positivo cambiara, y se creara un recurso o acción judicial para la defensa de los intereses legítimos, entonces en igual situación estarían los estudiantes, los usuarios del servicio administrativo y los habitantes de la provincia: En todos los casos, ante la lesión de sus intereses legítimos, tendrían acción o recurso judicial contra los respectivos actos, sin que cupiera en tal situación efectuar distinción alguna por la supuesta naturaleza “política” de alguno de ellos. Y es claro que tanto o más “política” puede ser la intervención a la Universidad que la intervención a una provincia, a pesar de lo cual, *nuevamente confiamos*, nadie pensará que aquella comporta un “acto de gobierno,” “político” o similar...⁴²

⁴¹ Va de suyo que la persona a quien el acto contempla, en caso de sentirse agraviada por él —lo cual es difícil, porque tratándose de nombramientos es usual que la persona sea consultada previamente y esté conforme en ser designada— puede impugnarlo. El caso se ha dado sobre todo en materia de indulto, en que el indultado puede no querer aceptar si se lo confieren antes de una sentencia que lo condene, pues él puede considerar, con razón, que tiene derecho no a que lo “perdonen,” sino a que lo declaren “*inocente*” por sentencia firme. Pues bien, el indulto ha sido considerado en Francia como un acto de gobierno, no justiciable, mientras que en nuestro país existen varios pronunciamientos en el sentido de que el indulto conferido antes de la sentencia del juez es inconstitucional, puede ser atacado por el indultado y debe ser anulado por el juez. Ello demuestra bien a las claras la revisibilidad jurisdiccional del acto en cuestión.

⁴² Lo relativo al alcance de la revisión en tales casos lo tratamos *infra*, n° 17 y ss.

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

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

Sin embargo, la jurisprudencia argentina ha interpretado desde hace mucho que *ningún* tipo de acto general de la administración puede ser impugnado judicialmente en forma directa (es decir, atacar el acto general mismo), sino que su impugnación debe hacerse indirectamente, en caso de dictarse un acto particular de aplicación de aquel acto general.⁴³ En oportunidad, pues, de aplicarse el acto general a un caso concreto, corresponderá que el afectado por el acto particular lo ataque judicialmente, y haga en ese mismo momento sus impugnaciones al acto general en cuya virtud se lo dicta. En tal caso, si el juez entiende que el acto general es antijurídico no lo anula con alcance general, sino que tan sólo lo declara ilegal en el caso concreto; es decir, *anula el acto particular de aplicación pero deja vigente la norma general*.

a) Si el Poder Ejecutivo decreta que un día es no laborable, o es feriado bancario, etc., ese acto general no puede ser impugnado directamente ante la justicia; pero si una persona considera que el Estado o sus patronos deben pagarle ese día no trabajado, o los patronos entienden que no deben pagarlo, ello lo habrán de discutir individualmente y con relación a sus días concretos en litigio: La sentencia judicial, cualquiera que ella fuere, se aplicará sólo a tales casos y no tendrá efectos generales sobre el feriado así declarado;

b) Si la Municipalidad cambia el sentido del tránsito, o los lugares de estacionamiento, etc., nadie puede atacar judicialmente estos actos en forma directa: Pero el comerciante que considera que se ha lesionado un derecho adquirido suyo, al privar a su negocio de fácil acceso y disminuir así sustancialmente su clientela, puede reclamar una indemnización por ese daño que se le ha producido.

c) Si el Poder Ejecutivo decreta el estado de sitio, esto afecta a todos los individuos en general y nadie puede atacar directamente al acto, en forma inmediata; pero si una persona es detenida y no se le permite salir del país, ella puede ocurrir ante la justicia, y ésta autorizará su salida, anulando la prohibición policial en contrario.

Como se ve, ninguna diferencia sustancial existe entre el último caso, que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos judiciales precisamente en el sentido indicado, y los casos anteriores, en los que puede haber pronunciamientos similares. Existen numerosísimos actos generales que como tales han sido cuestionados

⁴³ Ver nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., p. 109 y ss., donde efectuamos la crítica del sistema imperante.

y revisados cuando dieron lugar a su aplicación en un caso concreto.⁴⁴ Encontrar diferencias entre esos casos y los demás de contenido “político” en los cuales ocurre exactamente lo mismo, es interpretar equivocadamente la realidad. No existe, pues, diferencia alguna, y no puede, en consecuencia, pretenderse construir con tales argumentos una categoría nueva de actos: Todos los actos emanados de la administración, con la diferenciación efectuada entre actos, reglamentos y contratos, están sometidos al mismo régimen jurídico de revisión judicial y deben, en consecuencia, estar comprendidos dentro de la misma denominación.

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

Aclarado que el Poder Judicial interviene en los actos concretos en que se lesiona un derecho subjetivo, todavía plantean algunos la duda de que existirían ciertas situaciones en las que sólo el poder administrador estaría facultado para apreciar los hechos, no así el Poder Judicial.

Quienes así piensan desconocen toda la elaboración doctrinaria y jurisprudencial sobre el concepto de facultades regladas y discrecionales y sobre el control de la discrecionalidad administrativa. No tienen presente, entonces, que incluso cuando se está en presencia de una facultad reglada —y no hablemos por ahora del control de una facultad discrecional—, ella consiste en que la norma jurídica establece una relación dada entre ciertos hechos que ella contempla y cierto acto que ordena o prevé debe dictarse:⁴⁵ Para que el juez pueda determinar si la administración se apartó o no de sus facultades regladas, *inevitablemente debe determinar si se dieron o no los hechos previstos* por la norma, independientemente de que el administrador diga o crea que tales hechos, a su juicio, se dieron o dejaron de dar. En otras palabras, el control del ejercicio de las facultades regladas de la administración supone, como es obvio, revisar si tales facultades se ejercieron en los casos y condiciones de hecho previstos por el orden jurídico; remarquemos: El control de los hechos lo efectúa ineludiblemente el Poder Judicial, tratándose de facultades regladas.⁴⁶

Pensar u opinar que el juez no puede determinar si la administración ha actuado en las situaciones de hecho en que la norma establecía debía actuar, es desconocer todo el sistema argentino y mundial de revisión judicial de la actividad administrativa; es desconocer:

⁴⁴ Como dice la Corte Suprema, “los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular,” *Federación Gráfica Argentina*, 1957, *Fallos*, 238: 36 y 43; ver también 238: 380; 202: 14 y 309; 241: 203; 242: 495; 244: 390, etc.

⁴⁵ Ampliar en el tomo 1 de nuestro *Tratado*, cap. VIII, n° 10 y 11, y *supra*, cap. VII.

⁴⁶ Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 1, cap. XIII, n° 13: “Cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.”

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

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

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

d) que si un contratista de obras públicas acciona judicialmente contra una multa que se le ha aplicado en sede administrativa, por entender la administración que el empresario construyó mal la obra, el Poder Judicial, por medio de peritos, determinará si existe o no defecto constructivo que fundamente la multa aplicada, y en caso negativo la anulará;

e) ninguna diferencia existe entonces en que el Poder Judicial analice si la persona que el Poder Ejecutivo designó como juez, por ejemplo, es o no “abogado,” tiene o no “treinta años,” etc.; la comprobación de si la administración se ajustó o no a las circunstancias de hecho que la norma constitucional ha exigido en cada caso, corresponde, como es natural también, al Poder Judicial. Ninguna razón hay para que sólo el administrador sea juez de si se dieron o no las circunstancias previstas por la norma, cuando se trata de una facultad reglada. En consecuencia, si se interviene a una provincia invocando alteración del régimen republicano de gobierno (condición ésta *regladamente* exigida por la Constitución), el Poder Judicial deberá constatar, de acuerdo con las pruebas que se producen en el juicio que eventualmente puede existir, si tal condición constitucional ha sido respetada por el Poder Ejecutivo o no; si se decidiera el estado de sitio invocando conmoción interior, igual cosa habrá de ocurrir, etc.

Si se estimara que apreciar la existencia de “conmoción interior” no constituye una facultad reglada, sino discrecional, la cuestión no cambia, según veremos a continuación. Con todo, aclaremos que no estimamos que la imprecisión del tipo legal signifique necesariamente que se confiera una facultad discrecional a la administración: Torna sólo más discutible, menos clara, la determinación de cuáles son los casos en que el Poder Ejecutivo puede actuar; y esto justamente viene a probar lo contrario de lo que se pretende, ya que si la naturaleza o extensión de la competencia del Poder Ejecutivo es oscura, *en la duda cabe interpretarla restrictivamente*. La doctrina de derecho administrativo ha dicho

que la competencia se interpreta restrictivamente y sólo existe cuando la ley (o la Constitución) la otorga explícitamente o al menos en forma razonablemente implícita.⁴⁷ No vemos entonces por qué se interpretará diferentemente un grupo de atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo, si ninguna norma sostiene cosa distinta, ni son valederos, según estamos viendo, ninguno de los argumentos diversamente esgrimidos para fundamentarlo.

12.5. *Continuación. La revisión de las facultades discrecionales*

Lo sostenido es válido aunque se interpretara que en ciertos actos el Poder Ejecutivo tiene una potestad de índole discrecional, pues también está más que claro en el derecho administrativo que *discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad*; que la facultad discrecional tiene límites jurídicos que permiten controlar judicialmente el ejercicio de tal actividad. Nuevamente aquí, afirmar que porque la Constitución otorga —supuestamente— discrecionalidad al Poder Ejecutivo, éste es el solo juez de sus actos, es desconocer o ignorar todo lo ya avanzado por el derecho administrativo en la teoría y en la práctica.

Pero la realidad ha ido más lejos aún, al punto que se torna anticuado sostener que el Poder Judicial no pueda revisar tal o cual aspecto discrecional: Si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de “utilidad pública” hecha por el Congreso, en materia de expropiación⁴⁸ (lo que sí es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo, sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es, las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo. El vicio político (autoritarismo) de un tal razonamiento es por lo demás evidente.

De igual manera, si el Poder Judicial puede controlar si una cesantía o exoneración es o no arbitraria, y anular este acto si eventualmente resuelve que se ha efectuado una apreciación desproporcionada e irrazonable de la falta cometida por el empleado, no se encuentra qué diferencia existe entre esa revisión judicial de la arbitrariedad con que la administración efectuó una apreciación de los hechos, y la revisión que igualmente corresponderá que efectúe de la posible arbitrariedad con que la administración haya apreciado un “estado de conmoción interior,” o situación similar contemplada en la Constitución o en las leyes. Si no

⁴⁷ *Supra*, cap. V, n° 6 y 7.

⁴⁸ CSJN, *Nación Argentina v. Jorge Ferrario*, 1961, *Fallos*, 251: 246, 255: “Si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública *no existe* o ha sido desconocida por la administración, y... media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlos.”

existen otros argumentos —que no los hay— para excluir la apreciación del Poder Judicial sobre estos hechos, ha de tenerse presente que su carácter *discrecional* ciertamente no la excluye en modo alguno.

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

Muchas veces quienes analizan el problema de los actos de gobierno repiten, consciente o inconscientemente, el error que alguna vez tuvo la Corte Suprema en el siglo pasado: Creer que cada órgano debe ser “soberano en su esfera,” de acuerdo con la división de los poderes. Si esa interpretación fuera acertada, resultaría que el objeto de la división de los poderes sería tener tres órganos distintos, cada uno de los cuales legislaría, administraría y juzgaría en lo relativo a su propia actividad. Con semejante criterio, no sólo se concluiría en que los actos de gobierno no deben ser revisados por los jueces, sino que tampoco deben serlo los demás actos administrativos; que la administración no está sujeta a las leyes, y tampoco lo está el Poder Judicial; que los litigios relativos a la actividad del Congreso serían resueltos por el propio Congreso, y así sucesivamente. El desacierto de tal modo de pensar es evidente, aunque no por ello menos difundido.⁴⁹

Sin embargo, la finalidad de la división de los poderes, ya lo señaló MONTESQUIEU, es que el poder contenga el poder (“*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”), lo que se logra dividiendo al poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente. (De allí lo de “sistema de frenos y contrapesos.”) Si la división de poderes resultara en que cada poder hace lo que le parece en su esfera sin frenos ni contrapesos, sin control de los otros poderes, entonces no se cumpliría la finalidad de la división de los poderes, *que es refrenar y limitar el ejercicio para que él no pueda ser abusado*. (“Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder, tiende a abusar de él: Eso sigue hasta que encuentre límites,” decía también MONTESQUIEU.)

En consecuencia, lo esencial de la división de poderes es la división de *funciones*, y no sólo la división en *órganos*; una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.⁵⁰ La premisa a que da lugar la teoría de la división de

⁴⁹ Este criterio es obviamente autoritario, y en tal punto no podemos menos que compartir, para el caso concreto, el pensamiento de MARIO JUSTO LÓPEZ, en el sentido de que la palabra “soberanía” suele ser empleada para justificar “*siempre y en definitiva, el gobierno sin restricciones, la posibilidad del oprobio*.” (*La soberanía*, Buenos Aires, 1967, p. 55.) Agrega este mismo autor: “Ya que es inevitable que alguien mande, que no lo haga a cuenta de su capricho;” “Que haya sí, gobierno, todo el gobierno que sea necesario, pero no que haya gobierno soberano, «sin restricciones legales» —para decirlo con las palabras de BODIN—. Que el gobierno de los hombres no sea obra de la voluntad exclusiva de ninguno de ellos.” (*Op. loc. cit.*)

⁵⁰ GIACCOMETTI, Z., *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, p. 37 y ss.

los poderes *no es que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su actividad*, sino, por el contrario, que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; *que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación*; que el que juzgue no las haga ni las ejecute. De tal modo, división de poderes significa fundamentalmente 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 en modo alguno 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.

En consecuencia, si no se encuentran en la Constitución disposiciones que de manera expresa confieran a un órgano el poder de autojuzgarse, autoadministrar y autolegislar, será absurdo querer invocar la doctrina de la división de los poderes para fundar un principio semejante; pues *lo que el principio implica es precisamente lo contrario, es decir, el control por los otros poderes, cada uno en su función específica de legislar o de juzgar*. En otras palabras, que si la Constitución nos dice precisamente lo contrario —que el Poder Ejecutivo no es juez de sus actos ni de los de nadie, “en ningún caso;” art. 95—, entonces es poco serio querer recurrir a la teoría de la división de los poderes para extraer de allí el supuesto criterio de que violaría esa división el que los jueces revisaran, como es su propia y natural función, la actividad realizada por el Poder Ejecutivo.

13. *El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad*

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 art. 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 art. 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 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.⁵¹ Esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; corresponde, pues, a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de aquélla; lo que quiere decir que *deben siempre amparar el*

⁵¹ Ver SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, 1951, p. 1.

*derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial acerca de la constitucionalidad de cualquier acto enumerado de una autoridad pública en el Estado.*⁵²

14. Estructura infraconstitucional del Estado

Ese principio surge, además, de todo el contexto y el espíritu de nuestro sistema constitucional. Así lo indican los lineamientos mismos de nuestra estructura estadual en la Constitución, de acuerdo con los cuales:

14.1. Existe un orden jurídico básico, el constitucional, bajo cuyo imperio están creados en situación de paridad y equiparación tanto los derechos del Estado como los de los individuos; el Estado es simplemente un sujeto de derecho más en el orden jurídico constitucional, obligado o facultado por los deberes y derechos que éste le conceda, y en especial equilibrado en sus facultades legislativo-ejecutivas por los derechos individuales de los habitantes.⁵³

14.2. Como ya lo señalaba ALBERDI: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.”⁵⁴

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.⁵⁵

15. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto

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 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.”⁵⁶

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

⁵² Comp. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961, pp. 120-1; *Derecho constitucional*, op. cit., p. 801.

⁵³ Ampliar en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. III, n° 13-14; *supra*, cap. I.

⁵⁴ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

⁵⁵ BIDART CAMPOS, op. loc. cit.

⁵⁶ BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 116. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

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 si ella se produce.

Se advierte con esto que afirmar que el acto no puede ser revisado por los jueces porque está autorizado y previsto en la Constitución, es una contradicción: Si está contemplado, nada es más lógico y natural que los jueces confirmen esa habilitación, entendiendo de los recursos que se entablen y pronunciándose al respecto. Afirmar que porque el acto está autorizado, el juez no debe entender de su revisión, equivale a decir que si un contrato es válido, el juez no debe entender en las demandas que se entablen por nulidad de ese contrato: Eso es un absurdo, o al menos un total y arbitrario prejuzgamiento; si el contrato es válido, ello no obsta a que se entable contra él la demanda de nulidad que las partes quieren intentar, sin perjuicio, por cierto, de que el juez en la sentencia declare la validez del contrato y rechace la demanda de nulidad, si efectivamente estima que no existen vicios en el convenio impugnado.

Si, a la inversa, se admite que es posible —digámoslo así: Al menos posible, si no probable— que el Poder Ejecutivo en alguno de estos actos llegara eventualmente a apartarse de lo prescripto en la Constitución, ¿se dirá entonces que *el juez no puede entender de los apartamientos de la Constitución que el acto tenga?* Ello es más absurdo aún, porque significaría que el juez dijera: Este acto es inconstitucional, pero yo no puedo declarar su inconstitucionalidad.

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.

Reiteramos, en efecto, que si es cierto que estos actos se hallan autorizados por disposiciones constitucionales o legales, y que por lo tanto son perfectamente jurídicos en cuanto se realizan dentro del marco previsto por tales disposiciones, *no habría razón alguna para rechazar el recurso jurisdiccional diciendo que el acto es insusceptible de ser recurrido ante la justicia:* Habría que considerar el recurso y *resolverlo* (no rechazarlo de plano en forma negativa), fundando la decisión en que el acto de que se recurre es, 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 y los rechacen una vez comprobado que el acto es efectivamente un acto legítimo* —o los admitan en caso contrario—; en otros términos, que juzguen efectivamente la constitucionalidad del acto impugnado.⁵⁷

En otras palabras: La Constitución autoriza —dentro de ciertos límites y sujetos a ciertas condiciones— un grupo de actos que el Poder Ejecutivo puede

⁵⁷ En sentido similar WOLF, HANS J., *Verwaltungsrecht, I*, Munich, 1968, 7ª ed., pp. 300, 301.

dictar. El Poder Ejecutivo, en la práctica, puede dictar tales actos respetando en un todo el marco constitucional, y entonces el juez, al revisar el acto, nada tendrá que objetar a su actuación; pero el *Poder Ejecutivo también puede, en la práctica, dictar tales actos excediéndose del marco constitucional, transgrediendo algún principio o alguna norma consagrada en la ley fundamental, y en tal caso el juez al revisar el acto puede y debe decir lo evidente: Que el acto es inconstitucional*, por lo tanto, antijurídico y pasible de anulación por ilegitimidad. Lo único que el juez puede hacer racional y jurídicamente, en tales casos, es entonces declarar la nulidad del acto inconstitucional. Afirmar que el juez debe hacer otra cosa, es trastocar todo el sistema de la división de los poderes, y el de la jerarquía de las normas.⁵⁸

IV. El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial

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

Muchos de los fallos judiciales, como algunos de los autores, se traban en un sofisma que felizmente desmiente la existencia de una categoría de actos irrevisibles judicialmente; pues cabe reconocerles que si bien usan una terminología desafortunada y tomada erróneamente de la doctrina francesa o norteamericana, y si bien hablan de “actos no justiciables,” *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 pretende obtener la declaración de inconstitucionalidad de un acto de gobierno*; estudian la cuestión en cuanto al fondo y resuelven en forma negativa o afirmativa el recurso. Es criticable la actuación judicial, ya que pocas veces ha declarado inconstitucional un acto de ese 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 inconstitucional o no.*

17. Qué es “revisión judicial”

Para comprender esta afirmación, sin embargo, hay que analizar en un prisma particular las sentencias de los tribunales. Tomaremos aquí el caso de las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, que son el ejemplo típico en materia de actos presuntamente “no justiciables.”

La Corte Suprema expresa que las medidas dictadas en virtud del estado de sitio “son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a

⁵⁸De cualquier manera, y por si alguno hubiera que quisiera afirmarlo, volveremos sobre el punto más adelante, al referirnos al supuesto principio de que “cada poder debe ser soberano en su esfera.”

revisión judicial"⁵⁹ ya "que el modo cómo el Poder Ejecutivo ejercita funciones privativas, no está sujeto al contralor del Poder Judicial, ...salvo las francas transgresiones a los límites que la Constitución le fija y en cuanto éstas puedan exigir el restablecimiento de derechos y garantías confiados a su función."⁶⁰ Al hacer la salvedad de que en ciertos casos el acto podrá ser "controlado," el tribunal indica ya, a pesar suyo, que está hablando de "invalidación:" es decir, que "en ciertos casos el acto podrá ser invalidado."

De otro modo la afirmación resultaría incomprensible: Si el tribunal efectivamente *controlara* (esto es, verificara, inspeccionara, revisara, etc.) algunos actos sí y otros no, entonces la declaración 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 justificarán la *invalidación* de ellos.

Todos los fallos dejan traslucir lo mismo, no obstante el defectuoso empleo de la terminología. En el importante fallo *Sofía*,⁶¹ 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 transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental. Verbigracia, si el presidente de la República aplicara una pena o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para salir del territorio argentino, en circunstancias como las que motivaron los precedentes de *Fallos*, 170: 426 y 197: 483.

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

En este fallo el tribunal deja ya deslizar el empleo correcto del término "control:" "...conforme a lo expuesto, la misión de los jueces, en casos como el presente,

⁵⁹ *Fallos*, 243: 504, 514; 235: 681; 197: 483; 195: 439; 170: 246, etc.

⁶⁰ *García*, 1943, *Fallos*, 197: 483 y 494.

⁶¹ *Fallos*, 243: 504, 513 y ss., año 1959.

debe reducirse al control de razonabilidad” (*lug. cit.*, pp. 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 tornaría 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.*

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

Ejercer el control o revisión judicial no significa anular el acto: Se trata de dos etapas distintas.

18.1. La primera, o sea, el ejercicio del control, *se cumple toda vez que el juez estudie la causa* en base a sus conocimientos de derecho;

18.2. La segunda 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.⁶²

Por control judicial debe, pues, entenderse principalmente *que el juez analice el caso que le es planteado* y que tenga facultades para eventualmente considerarlo antijurídico; que resuelva si 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 en otra forma: La construcción que la Corte ha hecho respecto a las circunstancias excepcionales y la razonabilidad, etc., *nada tiene que ver con la posibilidad de ocurrir a la justicia: Ellas hacen pura y exclusivamente al derecho de fondo, al régimen jurídico por el cual se rigen tales actos en cuanto a su validez o invalidez.* Y repetimos, el tribunal incurre simplemente en un defecto

⁶² Sumamente sugestivo es un párrafo del fallo *Manubens Calvet*, 1961, 250: 251, 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.)

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 “*transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental,*” entonces es evidente que ha controlado el acto como era su deber hacerlo, y que el acto es perfectamente justiciable, en cuanto respecto a él, el particular pudo hacer ante un tribunal de justicia “la defensa de la persona y de los derechos.” (Art. 18 de la Constitución Nacional.)

19. *Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles judicialmente*

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, usan términos política y jurídicamente repudiables, y hacen referencia a instituciones o principios totalmente inconstitucionales, no obstante, al menos, no rechazan ningún recurso sin antes haber estudiado el caso y haber ejercido, en una palabra, su irrenunciable *jurisdictio* constitucional.

Debe así sostenerse, a pesar de todas las palabras que diga la jurisprudencia, que *en nuestro derecho positivo no hay, ni en el sistema constitucional ni en la práctica jurisprudencial, actos de gobierno*, pues ya vimos que actos de gobierno son aquellos cuya única característica definitoria es la irrevisibilidad 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*, llámeselos del modo que se los llame.

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

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 suficientes para que el acto de referencia sea necesariamente anulado: *Nuestra afirmación no adelanta nada en consecuencia acerca de si la Constitución contiene o no límite alguno para los*

*actos del Poder Ejecutivo, pero sí expresa categóricamente que todo límite que exista habrá de ser efectivizado por el juez.*⁶³

21. Aplicación de esos límites por el juez

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

La conclusión que obtenemos, por lo tanto, es que siempre tiene el presunto interesado el 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.

V. El acto de gobierno ante la política

22. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política

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 *conveniencia política* de que exista una categoría de actos del Poder Ejecutivo respecto de los cuales le sea vedado al juez declarar el derecho (o le sea vedado declararlo salvo casos excepcionales) y al legislador dictar normas jurídicas.

El error político más grave lo cometen, desde luego, los jueces 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 ella, 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*

⁶³ En igual sentido, WOLFF, *op. cit.*, p. 331; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1953-4, 2ª ed., p. 656; NAWIASKY, *op. cit.*, t. 2-II, pp. 16-17 y t. III, *Staatsrechtslehre*, Einsiedeln, 1965, pp. 78-9; BIDART CAMPOS, *Derecho de amparo*, *op. cit.*, p. 121 y ss.; p. 128: "No es más que el deber judicial de aplicar las normas según su gradación jerárquica en el orden jurídico;" BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tres centenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, 1964, p. 89 y ss.

como políticamente deseable la libertad del administrador: Ello es, precisamente, *inmiscuirse en política*, pretendiendo alterar el *juego normal institucional de los poderes*;⁶⁴ 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 que el orden jurídico entero 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 las manos como Poncio Pilatos: O sea, se está comprometiendo, por asentimiento tácito, con la decisión política adoptada por el Gobierno.

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

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

Reiteramos, con RADBRUCH, que no puede concebirse al interés público como una mera conveniencia material: El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores "seguridad" y "conveniencia," sino también, y primordialmente, el valor "justicia." "En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia de derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo "lo que 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."⁶⁵

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

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 adminis-

⁶⁴ O sea, pretendiendo alterar la estructura del orden jurídico, que no admite la existencia de acto alguno exento del contralor de la ley y del juez.

⁶⁵ RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, Buenos Aires, 1962, p. 36. Sobre el problema ver también GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la Justicia, (Dikeología)*, Madrid, 1958, e *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 343 y ss.

tración 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.

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 legitimable 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 conmueve también la autoridad del Gobierno y hace peligrar la consistencia del poder estatal. Precisamente la razón de Estado exige, en consecuencia, que en tales casos los límites de la discrecionalidad del Gobierno sean salvaguardados a través del control judicial.”⁶⁶

VI. Conclusión

24. *La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos*

En resumen, podemos afirmar que en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno:

24.1. porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los arts. 18 y 100 de la Constitución, y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre estos actos;

24.2. 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, porque de hecho existen variadas leyes que se aplican directa o indirectamente a todos esos actos, y han sido declaradas constitucionales; y

24.3. porque cuando un acto general no puede ser atacado directamente sino en los casos en que se lo aplica, y un acto particular no puede ser atacado por personas a quienes no afecta derechos subjetivos, no se aplica construcción alguna específica a un sector de actos políticos o similares, sino principios comunes a

⁶⁶ HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 657.

toda actividad administrativa. En particular, si en algún caso no hay una persona legitimada procesalmente para lograr la *anulación* de un acto cualquiera, ello no significa que el *acto* sea inatacable por su propia “naturaleza” o “esencia,” sino que la *persona* de que se trata no está afectada por él, según el régimen procesal. En cambio, si se presenta una persona que en el caso está efectiva y directamente lesionada por el acto, ella puede no sólo impugnarlo —como cualquiera—, sino además obtener su anulación. Todo ello sin perjuicio de que la persona tiene siempre la garantía constitucional de *atacar* el acto, de acudir al tribunal en procura de la defensa de lo que ella entiende son sus derechos: Podrá resultar en última instancia que no esté legitimada para la anulación, pero sí lo estará para la impugnación, y por tanto esto no quita que el tribunal deba estudiar su demanda o recurso, analizar y revisar el acto para determinar simultáneamente si es válido o inválido y si afecta o no a la persona que lo ataca. El acto en sí, pues, no tiene ningún supuesto carácter irrevisible.

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,” “actos institucionales,”⁶⁷ etc., porque no responden a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico.

⁶⁷ Por ejemplo, el “acto institucional n° 3” dictado por la revolución brasileña el 5 de febrero de 1966, autorizaba por su art. 6° el dictado de “actos complementarios” (del “acto institucional”) y actos de ejecución, todos los cuales quedaban por expresa disposición del citado “acto institucional n° 3,” “excluidos de apreciación judicial.” Como se advierte, si el acto se pretende que no sea justiciable, lo mismo da llamarlo “acto institucional,” “acto complementario,” acto de ejecución de un acto institucional, o “acto de gobierno;” en todos los casos la consecuencia, y por lo tanto el problema, es el mismo, a pesar de los distintos nombres que se le den. La terminología que consagra al supuesto “acto institucional” como acto irrevisible ha sido seguida en el derecho argentino por MARIENHOFF y otros.

