

Sumarios

I. El sistema judicialista argentino constituye una derivación del principio de separación de los poderes que difiere de la versión francesa. - II. Las fuentes del sistema Judicialista de la Constitución Argentina y la influencia del derecho hispánico, especialmente de la constitución de Cádiz de 1812. Su proyección en las Constituciones de Iberoamérica. - III. Algo más sobre la terminología Jurídica. Los conceptos de Función Jurisdiccional y lo contencioso-administrativo. - IV. Inconvenientes que plantea la institución de tribunales administrativos para entender en los conflictos relativos a servicios públicos, y ventajas del sistema judicialista puro.

Consideraciones en torno al sistema judicialista argentino y la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo (*)()**

I

El sistema judicialista argentino constituye una derivación del principio de separación de los poderes que difiere de la versión francesa

Para explicar la arquitectura de nuestro sistema constitucional, no resulta necesario -como ha dicho Nieto- descender a las alcantarillas de la historia del Derecho Público. Basta con desbrozar el campo doctrinal acerca de la interpretación del principio de separación de los poderes donde, en general, se verifica una confusión generalizada(1).

Así, mientras en Francia, tanto antes como después de la Revolución, se sostuvo la regla según la cual la función de juzgar a la Administración -vedada a los jueces- no constituía una función materialmente "jurisdiccional" sino "administrativa" (bien que separando esta función de la llamada administración activa[2]), en los países anglosajones el principio de la separación de poderes no se interpretó de un modo tan absoluto, postulando, originariamente, la competencia de la justicia ordinaria para conocer en los conflictos entre los particulares y el poder público.

Pero los sistemas han ido evolucionando, y acotando las diferencias que en sus comienzos los tornaban contrapuestos. Así, el Consejo de Estado y los tribunales que actúan en su ámbito jurisdiccional están dotados, en Francia, de independencia frente a la Administración activa, al igual que los jueces ordinarios en el mundo anglosajón; paralelamente, el proceso de creación de tribunales administrativos se ha extendido progresivamente en los países del *common law*, junto al fenómeno de la llamada "jurisdicción administrativa primaria" en los Estados Unidos de Norteamérica, que tiene tantos puntos de contacto con la creación de órganos independientes y especializados como con la regla del agotamiento de la instancia administrativa, la cual, según Schwartz, es como la otra cara de la moneda(3).

Con relación a este tema, cabe advertir que el lenguaje jurídico puede llegar a producir equívocos cuando se pretende asimilar nuestro sistema al norteamericano sin tener en cuenta la ambigüedad que caracteriza a la terminología utilizada. En efecto, en los países anglosajones el concepto de tribunal administrativo se emplea en un sentido amplio, comprensivo de cualquier órgano administrativo al que se le encomiendan funciones jurisdiccionales (como las agencias independientes del Ejecutivo) con o sin revisión judicial y sin distinguir la jurisdicción contencioso-administrativa de la civil(4).

Con todo, las diferencias siguen siendo importantes y estriban en el hecho de que en Francia la decisión final para decidir los conflictos contencioso-administrativos corresponde al Consejo de Estado, sin control

judicial posterior. Y mientras esta última característica puede o no darse en los sistemas anglosajones, ello resulta imposible en el derecho constitucional argentino el cual, como se verá más adelante, se basa en una interdicción expresa y nítida que no admite, como regla general, el ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo.

De ese modo, nuestro diseño constitucional consagra un sistema judicialista más puro incluso que el de los países anglosajones, a los cuales se acerca en cuanto a la interpretación que impide aplicar en nuestro suelo la denominada separación absoluta de los poderes, sin que sea posible atribuir a órganos administrativos la función de juzgar a la Administración, al menos, como cláusula general (y sin perjuicio de la exigencia relativa al control judicial posterior, que constituye otro de los requisitos que acota las posibilidades de reconocimiento de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos).

Lo que debe quedar claro es que el sistema argentino, lejos de seguir las aguas de la concepción francesa del principio de separación absoluta de poderes, ni de tener su origen en fuentes constitucionales de la Revolución Francesa o del Antiguo Régimen, representa el modelo precisamente opuesto desde su propio punto de partida, que es el art. 109 de la CN (ex art. 95, antes de la reforma de 1994).

II

Las fuentes del sistema judicialista

de la Constitución Argentina y la influencia

del derecho hispánico, especialmente de la

Constitución de Cádiz de 1812. Su proyección

en las Constituciones de Iberoamérica

Lo primero que salta a la vista es que el derecho constitucional de casi todos los países de Iberoamérica ha adoptado el sistema judicialista, tanto para la justicia ordinaria de tipo civil, comercial o penal como para el juzgamiento de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado (el llamado contencioso-administrativo). La excepción a esta regla generalizada ha sido Colombia, que implantó la justicia administrativa sobre la base del modelo francés, y consecuentemente instituyó un Consejo de Estado(5).

En lo que concierne al juzgamiento de los actos y contratos de la Administración Pública, hay que advertir que el sistema judicialista admite tanto el modelo de unidad de jurisdicción (con excepciones fundadas en razones de especialidad o históricas) como el basado en la dualidad o pluralidad de jurisdicciones(6).

Con algunas variantes poco significativas, los sistemas latinoamericanos -en lo que atañe al llamado contencioso-administrativo- han terminado coincidiendo con la versión actual española, pues si bien algunos de ellos se declararon, en su momento, tributarios del constitucionalismo norteamericano como Venezuela(7) y Brasil(8), lo cierto es que -luego de la evolución operada en sus principales instituciones- han terminado aproximándose más al modelo español actual, y a los principios que lo rigen, que al vigente en los Estados Unidos.

Ello no implica desconocer que, en muchos casos, las constituciones de Latinoamérica han recibido la influencia del sistema norteamericano en punto a la forma federal de gobierno y a la organización del Poder Judicial, especialmente en lo que atañe a la articulación de la competencia del fuero federal en razón de las personas o de la materia(9).

Sin embargo, esa influencia, con ser importante, no amengua la trascendencia de un principio capital que -extrañamente- sólo comenzó a aplicarse en su país de origen casi un siglo después. (Y como este principio no se encontraba en la Constitución norteamericana, en definitiva los sistemas judicialistas iberoamericanos transitaron por andariveles diferentes y acabaron configurando, de últimas, un sistema más adaptado a la idiosincrasia de cada pueblo y a sus realidades históricas que al punto de partida común, también opuesto al modelo francés).

Ese principio capital del Derecho Público iberoamericano, derivado de la interpretación más pura y ortodoxa de la división de poderes, se halla en la médula del constitucionalismo hispánico de raíz liberal(10), sintetizado en el art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 que prescribe: “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos”.

Con las modificaciones orgánicas que demandaba la adaptación del precepto al modelo republicano, la Constitución argentina de 1853 reprodujo el mismo principio(11), tomándolo, según Bosch, del art. 108 de

la Constitución de Chile de 1833(12).

De acuerdo con el pensamiento del máximo inspirador doctrinario de la Constitución Argentina, Juan Bautista Alberdi, expuesto al redactar las *Bases* y presentar al Congreso el proyecto de texto constitucional que finalmente se sancionó (y que recogió la mayor parte de los artículos proyectados)(13), resulta evidente que esa interdicción tuvo por objeto compensar el peso de un sistema presidencialista fuerte (al que se atribuyó un poder reglamentario de origen monárquico) con relación a los otros poderes del Estado, principalmente de cara al Poder Judicial. Y no es casual que frente a una situación en la que se jugaba la aplicación del principio de separación de los poderes(14), sobre bases semejantes, la fórmula que finalmente se aprobó haya sido la misma en España y en los países de Hispanoamérica que dictaron sus constituciones tiempo después, como la chilena en 1833 y la argentina en 1853.

La fórmula que finalmente adoptó la Constitución Argentina, cuya trascendencia histórica constitucional estriba en el hecho de hallarse plenamente vigente, desde 1853, en su redacción original, dispone que:

“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” (art. 109, CN).

Interesa puntualizar que un precepto semejante se hallaba también en el Reglamento Provisorio del 22 de octubre de 1811 de la Junta Conservadora(15), lo que no debe llevar a pensar que es ésta su fuente originaria. Al contrario, nos parece por demás probable que el principio haya sido tomado del Reglamento preconstitucional(16) dictado por las Cortes de Cádiz para el funcionamiento del Consejo de Regencia, que es de fecha anterior (16 de enero de 1811).

A este respecto, también es del caso destacar que la concepción que se desliza en el *Discurso Preliminar* de Argüelles (algo así como la exposición de motivos que fundamenta la Constitución de Cádiz de 1812) es la idea de un poder judicial independiente originado en el derecho aragonés, como efectivamente ha sido recogido por los historiadores del antiguo derecho español(17).

Así fue como quedó perfilado uno de los grandes preceptos básicos del derecho constitucional iberoamericano, que constituye la base de nuestros sistemas judicialistas, al prescribirse el principio del “juez natural”, esto es -como reza el Discurso Preliminar- que “nadie pueda ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal establecido con anterioridad a la ley”(18), principio éste que ha sido la fuente indubitable del art. 18 de la Constitución argentina(19).

En algunos ordenamientos iberoamericanos tal principio aparece contemplado en forma expresa, mientras que en otros llega a traslucirse o se encuentra implicado, ya sea en forma implícita o por el principio de la especialidad. Efectivamente, un repaso sobre las fuentes constitucionales de los países iberoamericanos revela que el principio que consagra la prohibición de ejercer funciones judiciales en cabeza del Poder Ejecutivo se encuentra en vigencia en el actual derecho positivo constitucional de esos países.

Así acontece, de manera expresa o implícita (aparte de Chile y Argentina), en los ordenamientos constitucionales de Perú(20), Paraguay(21), Nicaragua(22), Panamá(23), Guatemala(24), Costa Rica(25), e incluso se refleja en otros países como México(26), Brasil(27) y Venezuela(28), donde el proceso de evolución constitucional las llevó a apartarse del modelo norteamericano, al menos en este punto que hace a la irreductibilidad del principio judicialista puro.

En la misma línea que la Constitución Argentina y los precedentes constitucionales trasandinos, la Constitución de Chile actualmente en vigencia (sancionada en 1980) ha continuado la tradición histórica del principio judicialista “puro” de raíz hispánica en los siguientes términos:

Art. 73: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

III

Algo más sobre la terminología jurídica.

Los conceptos de función jurisdiccional

y lo contencioso-administrativo

Últimamente se han alzado voces sosteniendo que la discusión relativa a la función jurisdiccional de la Administración o al contencioso-administrativo, constituye un “diálogo de sordos”(29), implica “el uso del

idioma francés castellanizado”(30), y hasta se ha dicho que toda la cuestión transita por un juego de palabras, habida cuenta de que existe un consenso doctrinario encubierto.

Aun cuando es posible que, en algunos supuestos, ello pueda ser así (muchas veces producto de motivaciones subjetivas de los juristas) lo cierto es que la realidad parece indicar otra cosa. Basta para ello con traer a colación las diferentes interpretaciones que se han dado en el trámite del caso “Ángel Estrada”, en cuyas sucesivas instancias (administrativas y judiciales) se han postulado tres interpretaciones sustancialmente distintas sobre el fondo de la cuestión suscitada(31), lo cual permite dudar de que se trate de un mero debate académico.

En un reciente seminario hemos escuchado decir que este fallo parece no conformar a nadie. Sin embargo, de cara a la fragmentación que exhibía la doctrina, ciertamente anárquica, la solución adoptada por la Corte en el caso “Ángel Estrada” tiene el mérito de sentar la unidad de las reglas que conforman el sistema judicialista, reafirmando sus fuentes y características fundamentales. Por otra parte, frente a un panorama tan dividido resulta imposible exigirle al Alto Tribunal que coincida con cada una de las posturas doctrinarias que han procurado imponerse -afortunadamente, sin mayor éxito- en el Derecho Administrativo argentino.

Se nos dirá que nuestra visión no exhibe las coincidencias doctrinarias que existen, lo cual puede resultar parcialmente cierto. Pero lo que pretendemos señalar aquí, quizá sin la debida profundización, no es tanto negar esa posibilidad sino advertir que la coincidencia de los opuestos, la deformación de las posturas, y el uso de información errónea son algunas de las técnicas que suelen emplearse con la finalidad de desacreditar a quienes opinan distinto, o simplemente con el propósito defender una determinada concepción o ideología.

En ese plano, el breve comentario de Gordillo sobre el caso “Ángel Estrada” extrema las posibilidades del relativismo interpretativo, pues mientras en el texto parece estar de acuerdo con la solución del fallo, de las notas se deduce su disconformidad, aprovechando la ocasión para reprochar el uso de la expresión “contencioso-administrativo”(32) para definir la justicia administrativa acudiendo a una terminología de origen francés(33) que, de un modo paradójico, es objeto de su crítica.

La conclusión a la que llega Gordillo parte de la premisa (que la Corte no ha escrito) de que lo esencial del fallo es que “la Administración activa no puede, constitucionalmente, ejercer jurisdicción administrativa...” (*sic*) pero sí se puede, en cambio, establecer tribunales independientes cuya función sea ejercer jurisdicción administrativa. Esta conclusión omite (como si no existieran) los que -a nuestro juicio- son los dos puntos centrales del fallo: a) que la creación de tribunales administrativos, para ser compatible con la interdicción del art. 109 y el sistema constitucional (arts. 18, 116 y 117, CN) debe hallarse justificada en el principio de especialización, interpretado razonablemente (es decir, nunca como competencia establecida en una cláusula general de jurisdicción) y b) que la competencia para dirimir conflictos entre particulares, regidos por el derecho común(34), no corresponde a los entes reguladores sino a los jueces, que son los únicos con competencia para dirimir controversias en las que se ventilen cuestiones reguladas por los Códigos de fondo(35).

Es evidente que estos requisitos, más otros que los complementan (creación por ley, independencia de los órganos y control judicial suficiente) indican que, al menos mientras se mantenga esta jurisprudencia, se ha cerrado bastante el camino que algunos pretenden abrir para crear tribunales administrativos que entiendan, con competencia establecida como cláusula general, en los litigios administrativos (así como parece haberse cerrado totalmente la posibilidad de habilitar a estos tribunales el juzgamiento de controversias entre particulares, reguladas por el derecho común).

Otra cuestión es asignar funciones jurisdiccionales a entes administrativos por ley, no con competencia general en lo contencioso-administrativo, sino por razones de especialización (v. gr. entes reguladores independientes) para resolver conflictos regidos por el Derecho Administrativo o “estatutario”, como lo ha denominado el Alto Tribunal. En este escenario, habrá que atender al estricto cumplimiento de los requisitos que exigen la doctrina y la jurisprudencia antes indicados, para no caer en transgresiones constitucionales violatorias de la separación de poderes. De lo contrario, no resulta aventurado suponer que tales irregularidades motivarán la tacha de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema.

En esa línea, hace algún tiempo que Bosch definió un esquema negativo sobre la creación de tribunales administrativos en la Argentina, con impecable fundamentación constitucional, demostrando que, en nuestro sistema, no era posible: a) atribuir jurisdicción *iure proprio* al Poder Ejecutivo ni a sus órganos dependientes; b) crear tribunales administrativos separados del Poder Judicial (aunque independizados de la Administración activa) a los que se les adjudica una competencia como cláusula general para dirimir los conflictos regidos por el Derecho Administrativo, atribuyéndole jurisdicción para adoptar decisiones finales sin control judicial posterior (como el modelo francés) y c) que la función jurisdiccional sea ejercida en las

causas contencioso-administrativas, por el Poder Legislativo, como aconteció en los comienzos de la evolución constitucional en Estados Unidos(36) y se interpretó en la Argentina(37).

Ahora bien, no obstante que la gran mayoría de la doctrina ha terminado coincidiendo en que la función jurisdiccional se define, sobre la base de un criterio sustancialmente material, como aquella actividad que resuelve conflictos con fuerza de verdad legal, y que la interdicción establecida en el art. 109 de la CN (ex art. 95) no admite distinción entre funciones jurisdiccionales y judiciales (en contra de la opinión de Bielsa(38), en su momento debidamente refutada por la doctrina(39) y la jurisprudencia de la Corte[40]) se ha vuelto a insistir recientemente(41) en este punto de vista, intentando resucitar una teoría más que cincuentenaria que, al yacer olvidada, conservaba sólo un interés histórico.

En primer término cabe advertir, que no pensamos que la finalidad de la tesis sea, en la opinión que criticamos, la de revivir la concepción del “administrador-juez” del antiguo derecho francés, aunque no se puede soslayar la circunstancia de que ella sea tributaria de ese sistema(42). Pero, aun con el buen abono que se le ponga a este injerto en el sistema judicialista, lo cierto es que termina matando el propio árbol que, en esta metáfora, no es otro que el sistema de separación de poderes que instituye nuestra Constitución.

No vamos a reiterar aquí la constructiva crítica que, lúcidamente, hizo Bosch(43) sobre la tesis de su maestro Bielsa. El error de dicha tesis es notorio, y resulta de su punto de partida, en cuanto atribuye el adjetivo “judicial” sólo a los actos dictados por ese poder(44), lo cual implica establecer un criterio orgánico para definir las funciones del Poder Judicial y un criterio también orgánico para definir la actividad administrativa (como el conjunto de las funciones ejecutivas, normativas y jurisdiccionales, ejercidas por el Poder Ejecutivo)(45).

Aparte de que en el centro de esta interpretación y otras semejantes se encuentra el equívoco de definir las funciones estatales por los órganos que las ejercen (lo cual sólo sería posible en el sistema francés) ello resulta contrario al principio de separación de poderes plasmado en nuestra Constitución, el cual, como es sabido, postula la separación relativa entre órganos y funciones(46).

En efecto, la correcta interpretación del principio en nuestro sistema constitucional es que la idea de equilibrio que la nutre no es incompatible con una relativa separación orgánica ni funcional. Esta regla conduce, en definitiva, a interpretar que la Constitución distribuye funciones predominantes, según un criterio material, entre los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) sin identificar completamente las funciones con los órganos. Así, los tres poderes vienen a ejercer, en forma relativa y con las limitaciones constitucionales establecidas en forma expresa, implícita o inherente, las tres funciones en sentido material, aunque prevalezca la función predominante, en algunos poderes más que en otros (ya que, p. ej., el Poder Ejecutivo ejerce funciones materialmente normativas cuando pone en ejercicio su potestad reglamentaria, tanto privativa como delegada, atribución que para el Poder Judicial es implícita). De ese modo, mientras al Poder Ejecutivo se le ha adjudicado, principalmente, la función administrativa y al Poder Legislativo le corresponde materialmente la función de legislar (actividad normativa), el Poder Judicial tiene atribuida -tal vez de una manera más absoluta que en los dos casos anteriores- el ejercicio de la función materialmente jurisdiccional (resolver litigios con fuerza de verdad legal)(47). Esta es la explicación que nos parece más lógica y coherente para interpretar el sentido que tiene la separación de poderes en nuestra Constitución, pues de lo contrario no se podría aceptar que algunos órganos o entes administrativos pudieran ejercer excepcionalmente funciones jurisdiccionales, bajo ciertos requisitos, fundamentalmente, de independencia y especialidad.

Es que el sentido de la interdicción constitucional del art. 109 de la CN, aunque referido al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo, debe interpretarse de manera equilibrada: no de un modo absoluto ni rígido, sino relativo, aunque tampoco en forma tan flexible como para admitir la posibilidad de ejercer cualquier clase de jurisdicción por parte de cualquier órgano de la Administración.

Así, resulta evidente que la clave para afirmar una interpretación armónica en esta materia pasa por el equilibrio del sistema. Pero no es el equilibrio que instituye cualquier modelo, sino el que se logra asentando los institutos en las verdaderas bases de nuestro sistema, que es el judicialista. Esta ha sido la fundamentación que inspiró tanto la jurisprudencia de la Corte(48) (al seguir, sustancialmente, la doctrina expuesta por Bosch) como los requisitos que sostuvimos en distintos trabajos y obras(49).

Pero como ese equilibrio no se mantiene solo, ni por la inercia del sistema, importa sobremanera que la atribución de funciones jurisdiccionales sea hecha por ley del Congreso(50), la que ha sido también definida como delegación legislativa(51), siguiendo la terminología norteamericana.

Finalmente, en lo que concierne al órgano o ente al que la ley le asigne competencia para ejercer funciones jurisdiccionales, a la luz de lo expuesto entendemos que éste nunca puede ser el Poder

Ejecutivo(52), sino un órgano independiente, es decir, no sometido a su potestad jerárquica ni a la llamada tutela administrativa.

IV

Inconvenientes que plantea la institución de tribunales administrativos para entender en los conflictos relativos a servicios públicos, y ventajas del sistema judicialista puro

Aparte de los obstáculos constitucionales que hemos indicado, y de los requisitos establecidos para que su creación no sea considerada violatoria de la Constitución, cabe que nos preguntemos acerca de la conveniencia de instituir tribunales administrativos para dirimir los conflictos que se susciten en materia de servicios públicos.

Aunque ello podría tener una mayor justificación si se eliminasen los entes reguladores o, al menos, se les prohibiere el ejercicio de funciones jurisdiccionales (por no ser órganos totalmente independientes del Poder Ejecutivo), lo cierto es que existe una serie de razones que a nuestro juicio aconsejan, en cualquier circunstancia, mantener el esquema judicialista puro previsto por la Constitución.

En primer lugar, porque si de lo que se trata es de reconocer la necesidad de que sean órganos especializados quienes lleven a cabo un examen más técnico y correcto de los conflictos, son tan diversos los sectores involucrados que sería difícil encontrar un tribunal que reúna los conocimientos suficientes para apreciar los hechos y el derecho controvertidos, integrado por miembros que posean la idoneidad requerida por todas las especializaciones, máxime cuando los jueces administrativos serán abogados que, como es de suponer, tendrán también que basarse en la opinión de expertos. Es decir que los integrantes de dichos tribunales administrativos estarán en la misma situación que los miembros del Poder Judicial que, en tales casos, resuelven los conflictos fundamentalmente sobre la base de la prueba pericial producida por expertos.

El problema, entonces, no estriba en el lugar o ámbito en que se desempeñe el tribunal, sino en la especialización requerida para el análisis técnico y económico de las cuestiones que se plantean en los procesos vinculados con los servicios públicos. En cualquier caso, si la lección que brinda la experiencia indica una erosión de la independencia del Poder Judicial, será ella más difícil de mantener frente al Poder Ejecutivo cuando los tribunales se ubiquen en el ámbito de dicho órgano, por más independencia formal que se les reconociera.

Por ese motivo, en todo caso parece más conveniente mantener el actual esquema de los entes reguladores, reforzando su independencia a fin de que se les pueda adjudicar el ejercicio de funciones jurisdiccionales por motivos de especialización razonablemente establecidos por ley(53), para dirimir controversias regidas en forma exclusiva o primordial, por el Derecho Administrativo, con un amplio control judicial posterior, conforme a la interpretación que ha hecho la Corte en el fallo “Ángel Estrada”, cumpliendo con todos los requisitos que fundan su viabilidad constitucional. (Una consideración aparte merece otro aspecto de este fallo, no suficientemente remarcado por la doctrina, el cual concierne a la posibilidad de que se limite por ley la responsabilidad de las distribuidoras eléctricas(54). En tal sentido, como lo ha señalado con acierto Budassi(55), el fallo de la Corte asigna prevalencia a la legislación especial sobre los principios generales de la responsabilidad contractual establecidos en el Código Civil).

Volviendo al análisis: si se mantienen los actuales entes reguladores, creándose tribunales administrativos para controlarlos, la duración de los pleitos se alargará excesivamente, por cuanto habrá que establecer, a su vez, para no conculcar el sistema constitucional, un control judicial pleno y suficiente, con amplitud de debate y prueba.

En esas condiciones puede amenguarse la escasa seguridad jurídica que aún nos queda dejando que situaciones contenciosas permanezcan mucho tiempo en la incertidumbre(56). Por ello, pensamos que adicionar otros órganos de control jurisdiccional distintos a los jueces no traduce ventaja alguna.

¿No sería mejor, entonces, que se creasen tribunales especializados en el ámbito del Poder Judicial? Pensamos que sí, y que con esta decisión saldría beneficiada tanto la libertad de los ciudadanos y empresas como el verdadero interés público que no es, por cierto, el de los políticos de turno.

Si cada país tiene su propia realidad histórico-constitucional y si el sistema judicialista es, en nuestro diseño constitucional, el eje en el que se apoya el equilibrio de la separación de poderes, nada mejor que

mantenernos fieles a él para evitar las corruptelas que el modelo de tribunales administrativos puede generar en el futuro, no obstante las buenas intenciones que pudieran perseguir quienes lo propician.

Solía decirse -mediante una metáfora comúnmente utilizada- que el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La experiencia argentina, lejos de ser buena, al haber importado instituciones foráneas extrañas a la realidad de nuestros modos de ser y costumbres (v.gr. audiencias públicas, procesos colectivos, etc.) revela que éstas terminan siendo deformadas, cuando son objeto de apropiación por grupos políticos o sindicales o, lo que es aún peor, por determinados intereses que se usan para explotar los errores que generan las leyes, los funcionarios y las empresas, en beneficio de unos pocos y no de los usuarios y consumidores, quienes muchas veces ni siquiera alcanzan a enterarse que otro u otros han invocado su representación colectiva.

De cara a ese cuadro, parece más conveniente -antes que crear tribunales administrativos- reglamentar algún tipo de proceso colectivo que canalice la protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos y/o de los consumidores y que preserve, al propio tiempo, en forma directa o indirecta, la legalidad del obrar de la Administración y, en definitiva, la Justicia.

voces: hospedaje-hotel - propiedad intelectual - radiodifusión y televisión

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver además los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Nociones acerca de los actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad discrecional de la Administración. Sus límites y control judicial desde la perspectiva constitucional, por Fabiana H. Schafrik, ED, 184-861; ¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”), por Pedro J. J. Coviello, El Derecho, Serie Especial Administrativo, abril 29 de 2005; Reflexiones sobre el caso Ángel Estrada y sus efectos en la jurisdicción arbitral, por Alberto B. Bianchi, El Derecho, Serie Especial Administrativo, mayo 18 de 2005; En torno a la evolución de las instituciones del Derecho Administrativo argentino y sus principales tendencias, por Juan C. Cassagne, El Derecho, Serie Especial Administrativo, mayo 18 de 2005.

(**) El autor agradece muy especialmente al abogado Francisco Durand su colaboración en la tarea de búsqueda del término delegación (delegation) en diccionarios y enciclopedias británicos y norteamericanos.

(1) No obstante que desde hace tiempo venimos sosteniendo lo contrario, algunas interpretaciones dan a entender que seguimos el modelo francés, el cual, como es sabido, resulta -en este punto- opuesto al sistema anglosajón y al español de la Constitución de Cádiz de 1812 (que fue básicamente el seguido por Alberdi, en conjunción con las fuentes provenientes del modelo norteamericano). Como se verá en el desarrollo de este trabajo, no es posible sostener, sin más, la constitucionalidad de la creación de tribunales administrativos, con competencias establecidas a través de cláusulas generales de jurisdicción, como si fuesen jueces de primera instancia, ni tampoco una jurisdicción administrativa primaria (aun cuando se reconozca el control judicial posterior). Por el contrario, el principio judicialista de la Constitución, que constituye algo así como la médula de la teoría de la separación de poderes en la que se basa el sistema, admite sólo por excepción la existencia de órganos administrativos ejerciendo funciones jurisdiccionales, por motivos de especialización razonablemente fundados, siempre que se originen en una ley, y sean independientes (un ejemplo posible es el Tribunal Fiscal) pero nunca con competencia establecida como cláusula general de la jurisdicción administrativa, y menos aún con competencia para resolver conflictos entre particulares regidos por el derecho común. Lo expuesto no constituye un juego de palabras, ni una precisión meramente terminológica, pues las diferencias interpretativas son más de fondo que de forma, y responden al desarrollo de principios filosóficos y políticos distintos, como lo demuestran los diferentes estudios que se han efectuado con motivo del fallo de la Corte Suprema en el caso “Ángel Estrada”. Véase, en este sentido: Coviello, Pedro J. J., ¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”), ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 29-4-05, pág. 19; Aberastury, Pedro, La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos, JA, 2005-III, número especial “El caso Ángel Estrada”, del 31-8-05, pág. 3 y sigs.; Barra, Rodolfo C., Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional, JA, 2005-III, cit., pág. 12 y sigs.; Boullaud, Gustavo, La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites, JA, 2005-III, cit., pág. 18 y sigs.; Budassi, Iván, Responsabilidad de los concesionarios: ¿derecho común?, JA, 2005-III, cit., pág. 27 y sigs.; Canosa, Armando N., El caso Ángel Estrada y las deficiencias en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos, JA, 2005-III, cit., pág. 33 y sigs.; García Pullés, Fernando, Ángel Estrada. La Corte Suprema y el fundamento de la potestad jurisdiccional. Facultades del legislador y de los justiciables, JA, 2005-III, cit., pág. 38 y sigs.; Gordillo, Agustín, Ángel Estrada, JA, 2005-III, cit., pág. 46 y sigs.; Huici, Héctor, El caso Ángel Estrada. Diversas proyecciones en materia de servicios públicos, JA, 2005-III, cit., pág. 48 y sigs.; Monti, Laura, El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sistematización de jurisprudencia vinculada con

- el caso Ángel Estrada), JA, 2005-III, cit., pág. 59 y sigs.; Rejtman Farah, Mario, La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias, JA, 2005-III, cit., pág. 64 y sigs.; Vázquez Ferreira, Roberto A., Servicios públicos, defensa del consumidor, procedimientos; JA, 2005-III, cit., pág. 69 y sigs.
- (2) Vid. por todos: Bosch, Jorge Tristán, ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración?, Buenos Aires, Víctor P. Zavalía, 1951, pág. 177 y sigs.
- (3) Ampliar en Schwartz, Bernard, Administrative Law, 3th ed., Londres, Oxford University Press, 1991, Cap. 8.
- (4) Vid. por todos: Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales...?, cit., pág. 196.
- (5) Constitución Política de Colombia. Art. 116: "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar..." Art. 237: "Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley..." Art. 238: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".
- (6) González Pérez, Jesús, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, 4ª ed., Madrid, Civitas, 2003, t. I, pág. 92.
- (7) Constitución de Venezuela. Art. 259: "La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".
- (8) Constitución de Brasil. Art. 92: "São órgãos do Poder Judiciário: I. o Supremo Tribunal Federal; II. o Superior Tribunal de Justiça; III. os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV. os Tribunais e Juízes do Trabalho; V. os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI. os Tribunais e Juízes Militares; VII. os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios". Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I. processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal..."
- (9) Arts. 108, 109 y 116, CN.
- (10) El término liberal tenía en el siglo XIX una connotación más inclinada a definir el movimiento o tendencia que ponía el acento en la defensa de las libertades políticas aunque también propugnaba la libertad económica.
- (11) Art. 92 de la Constitución de 1853.
- (12) Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales...?, cit., pág. 55.
- (13) Conf., entre otros, Mayer, Jorge M., La influencia de Alberdi, Gorostiaga, Campillo y Gutiérrez en la Constitución de 1853, "Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", n° 19, Buenos Aires, 1981, pág. 3 y sigs.; García Belsunce, Horacio A., Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario, "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", n° 41, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 7 y sigs.
- (14) Véase: Fernández Torres, Juan R., La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868), Madrid, Civitas, 1998, págs. 93-94.
- (15) Art. 7 del Reglamento Provisorio del 22 de octubre de 1811. Interesa señalar que, entre los antecedentes del citado principio, que hace a la separación e independencia del poder judicial, se encuentra -como lo recuerda Luis V. Varela- (véase, Varela, Luis V., Historia Constitucional de la República Argentina, t. I, edición del autor, La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, 1910, pág. 307), el Reglamento dictado el 25 de mayo de 1810, cuyo pto. VII prescribía que los integrantes de la Primera Junta quedaban "excluidos de ejercer el poder judicial" el cual se refundía "en la Real Audiencia a quien pasarán todas las causas contencioso-administrativas que no sean del gobierno". Sin embargo, este precepto, anterior a la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812 y dictado antes que se reunieran las Cortes (septiembre de 1810) no es la fuente en que abrevó el ex art. 95 de la CN (actual art. 109, CN) como lo señalamos en el texto. Nuestra opinión es que el citado precepto de 1810 se basó en el artículo primero del cap. V sección tercera de la Constitución francesa de 1791 que establecía que "El poder judicial no puede, en caso alguno, ser ejercido por el cuerpo legislativo ni por el Rey".
- (16) Debemos advertir que el mencionado precepto del Reglamento Provisorio no fue una creación vernácula, por cuanto reproduce el principio que figura en el reglamento provisional dictado por las Cortes de Cádiz el 16 de enero de 1811 para reglamentar las atribuciones del Consejo de Regencia (art. 1º, Cap. III).
- (17) Este principio de origen hispánico no encuentra símil en el derecho anglosajón. Sus antecedentes se remontan al antiguo derecho aragonés, vid. López de Haro, Carlos, La Constitución y Libertades de Aragón y el Justicia Mayor, Madrid, Reus, 1926, pág. 191 y sigs. Entre los artículos básicos inherentes a la formación del reino de Sobrarbe, según el texto de Blancas, el art. III prescribe: "No podrá el Rey juzgar

por sí causa alguna sino con intervención del Consejo de sus súbditos” -ibídem, pág. 192-; (este libro, que se encuentra agotado, llegó a mis manos por gentileza de un librero de Marcial Pons). Llama la atención que en España, con posterioridad a la Constitución de 1978, los textos constitucionales no hayan recogido este antiguo principio en que se funda el sistema judicialista español, base de los hispano-americanos, lúcidamente desarrollado en el Discurso Preliminar de Argüelles.

(18) Conf. Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de mayo de 1812, con prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1999, pág. 64.

(19) Cuya primera parte prescribe: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”.

(20) Constitución de Perú. Art. 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno...”.

(21) Constitución de Paraguay. Art. 248. “De la independencia del Poder Judicial: Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativa. Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley”.

(22) Constitución de Nicaragua. Art. 158: “La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los Tribunales de Justicia que establezca la ley. Art. 159: “Los tribunales de justicia forman un sistema unitario, cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia... Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Los tribunales militares sólo conocerán las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia”.

(23) Constitución de Panamá. Art. 199: “El Órgano Judicial esta constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca”. Art. 203: “La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de la Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona. Cuando en un proceso público el funcionario encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir. Las partes sólo podrán formular tales advertencias una vez por instancia. 2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país. Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial”.

(24) Constitución de Guatemala. Art. 203: “Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la

Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

(25) Constitución de Costa Rica. Art. 155: “Ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro. Únicamente los tribunales del Poder Judicial podrán solicitar los expedientes ad affectum videndi”.

(26) Constitución de México. Art. 49: “El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a los dispuesto en el art. 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el párr. 2º del art. 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”. Art. 94: “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes”.

(27) Arts. 92 y 102.I.a) de la Constitución de Brasil.

(28) Art. 259 de la Constitución de Venezuela.

(29) Luqui, Roberto E., Revisión judicial de la actividad administrativa, Buenos Aires, Astrea, 2005, t. I, pág. 57.

(30) Gordillo, Agustín A., Ángel Estrada, cit., pág. 47, nota 13.

(31) Las cuales sostuvieron, sucesivamente: a) la decisión del ENRE y su confirmación por parte de la Secretaría de Energía, a favor de la legitimidad de la decisión del ente regulador, de contenido jurisdiccional, que limitó el reclamo de la firma actora a la indemnización fijada en el contrato de concesión; b) el contenido del pronunciamiento de Cámara, cuyo voto mayoritario admitió el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del ENRE y revocó las decisiones administrativas, aunque sosteniendo una tesis que abonaba la procedencia de una indemnización amplia (sin perjuicio de la penalidad establecida en el contrato de concesión) fundada en los preceptos del Código Civil y c) la declaración, por parte de la Corte Suprema, de la inconstitucionalidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del ENRE cuando no se cumplen los requisitos constitucionales, interpretando que la interdicción del art. 109 CN veda dicho ejercicio para resolver conflictos entre particulares regidos por el derecho común.

(32) Gordillo, Agustín A., Ángel Estrada, cit., pág. 47, nota 13.

(33) Si bien coincidimos con Luqui en la inutilidad de las críticas que se han hecho y se hacen sobre el empleo de tal expresión (Luqui, Roberto E., Revisión..., cit., t. I, págs. 92-93) pensamos que, para unificar criterios y buscar un término convencional que tenga para todos la misma significación y alcance, es mejor referirse a la “justicia administrativa”, aunque esto no implica renegar el uso de la terminología clásica ni tampoco incurrir en críticas inútiles donde lo único que se discute es el origen francés o no del término utilizado.

(34) Véase Bianchi, Alberto B., Reflexiones sobre el caso Ángel Estrada y sus efectos en la jurisdicción arbitral, ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 18-5-05, págs. 10-11, con alusión al principio que denomina de limitación material de la competencia.

(35) Ampliar en Aberastury, Pedro, La decisión de controversias..., cit., pág. 5 y sigs., al analizar el voto de la minoría en el caso “Fernández Arias”, con fundamento en el ex art. 67, inc. 11 de la CN (actualmente art. 75, inc. 12, CN).

(36) Conf. Bosch, Jorge T., Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional”, LL, 81-834 sec. Doctrina.

(37) Ampliar en García Pullés, Fernando, Ángel Estrada..., cit., págs. 41-42.

(38) Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina, 4º ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1947, t. III, pág. 255, nota 79 y del mismo autor Acto jurisdiccional y acto judicial, LL, 104-825.

(39) Entre otros: Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales...?, cit., pág. 100; Gordillo, Agustín A., Introducción al Derecho Administrativo, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, págs. 132-134.

(40) Como lo ha señalado Luqui, Roberto E., Revisión..., cit., t. I, pág. 57, nota 58.

(41) Ibídem, pág. 56 y sigs. Las críticas que formulamos acerca de las opiniones de este autor no desmerecen la calidad científica de su obra ni la seriedad de los planteamientos doctrinales que despliega con verdadero énfasis, aun cuando muchos de ellos ún nuestra visión- resulten equivocados y, en algunos casos, contrarios al principio de la tutela judicial efectiva.

(42) Véase: Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales...?, cit., pág. 177 y sigs., y Lo contencioso administrativo..., cit., pág. 834.

(43) Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales...?, cit., especialmente, pág. 21 y sigs.

(44) Conf. Luqui, Roberto E., Revisión..., cit., t. I, pág. 53.

(45) La concepción de Luqui sobre el Poder Ejecutivo y la supremacía de poderes trasunta un criterio correcto para definir materialmente las funciones estatales (ejecutiva, normativa y jurisdiccional) pero luego incurre en el equivoco de definir la actividad administrativa según un criterio orgánico. Otros autores consideran que la función administrativa es toda la actividad del Poder Ejecutivo (criterio orgánico) más la actividad de los otros poderes, excluidas las funciones materialmente jurisdiccionales (criterio semi-mixto), tal es, entre otros, la postura que adopta Gordillo (conf. Gordillo, Agustín A.,

Introducción al Derecho..., cit., pág. 97 y sigs.).

(46) Conf. Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1944, pág. 39 y sigs.

(47) Sobre un criterio similar (aunque calificado como mixto), véase: Hutchinson, Tomás, Elementos de Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2003. La cita pertenece al trabajo de López Vergara, Patricia, Función administrativa del Poder Judicial, publicado en el mencionado libro, pág. 20 y sigs.

(48) Fundamentación que la Corte ha venido afirmando a partir del caso “Fernández Arias” (Fallos, 247:646) y reafirmada de modo más terminante en “Ángel Estrada”.

(49) Conf. nuestro Derecho Administrativo, 7ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2002, t. II, pág. 86.

(50) In re “Ángel Estrada”, consid. 12.

(51) Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales....?, cit., págs. 88-120 y 195-196, criterio que la Corte utiliza en el caso “Ángel Estrada”, consid. 14. Aunque en distintas ediciones de nuestro Derecho Administrativo criticamos la utilización de dicha terminología, una relectura sobre el pensamiento de Bosch nos lleva a la conclusión de que existe una identidad sustancial entre su opinión y la nuestra que es, en definitiva, la adoptada por la Corte en el caso “Ángel Estrada”. En efecto, cabe notar que el error de Bosch no estaba en haber utilizado una fórmula (delegación de funciones judiciales) existente en el derecho norteamericano sino en trasladarla, sin más, a nuestro modelo constitucional, donde el sentido del término resulta más estricto y se refiere a la transferencia a otra persona de facultades que le pertenecen al delegante. Con todo, la doctrina norteamericana ha seguido utilizando la figura de la delegación para referirse a la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos así como a la creación de tribunales administrativos por el Congreso. En efecto, en los países anglosajones, el término delegación se utiliza (aparte del sentido clásico de origen románico o canónico) como sinónimo de asignación y tal es el sentido que corresponde atribuir al concepto de “poder no delegado” que prescribe el art. 121 de la CN, dado que no son las Provincias las que delegan los poderes sino la Constitución, como reza el principio constitucional. (véase, por ejemplo, Schwartz, Bernard, Administrative Law, 2ª ed., Boston, Little, Brown & Co., 1984, pág. 7). De esta manera, en el derecho constitucional estadounidense, la Constitución “delega” diferentes poderes en las ramas ejecutiva, legislativa y judicial del Gobierno (conf. Black’s Law Dictionary, 6ª ed., West Publishing Co., 1990). En el mismo sentido, la Encyclopaedia Britannica explica que en el derecho constitucional estadounidense, “delegación de poderes” se refiere a los diferentes poderes atribuidos, respectivamente, a cada una de las ramas del gobierno (conf.

www.britannica.com/eb/article9061134). En la doctrina del Derecho Público -no obstante el peso de algunas interpretaciones distintas- se ha interpretado el art. 109 CN, en el sentido de que quien distribuye o delega los poderes es la Constitución y no las Provincias (conf. Aja Espil, Jorge A., Constitución y poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes, Buenos Aires, Tea, 1987, pág. 39 y Sagüés, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, 3ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, pág. 37).

(52) Ha sido Bidart Campos quien ha sostenido esta interpretación que, en su momento, compartimos (Bidart Campos, Germán J., Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. I, pág. 789 y Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, LEA, t. I, cit., pág. 95), lo que ha motivado la crítica de Luqui, quien afirma que dicha interpretación es equivocada. En síntesis, sostiene -con cita de Bosch- que “no resulta razonable que se prohíba al Presidente lo que se permite a los subordinados” (Luqui, Roberto E., Revisión..., cit., t. I, págs. 57-58, nota 59). Con el respeto que nuestro colega nos merece, pensamos que una lectura detenida de nuestra obra es suficiente para refutar esta crítica, ya que nunca hemos sostenido que escapan de la interdicción constitucional los órganos dependientes o subordinados al Poder Ejecutivo, opinión que, en definitiva, es también la de Bosch (Bosch, Jorge T., Lo contencioso administrativo..., cit., pág. 830). Por el contrario, al igual que este último, nuestra opinión siempre ha sido la de aceptar el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos o entes administrativos sólo cuando son independientes del Poder Ejecutivo y existan causales razonables de especialización (p. ej. Tribunal Fiscal de la Nación) además de los otros requisitos que se han expuesto. Cabe agregar, por lo demás, que Bosch acepta, aunque con reservas, que se atribuyan funciones jurisdiccionales a órganos administrativos independientes por parte del Congreso, lo cual confirma la interpretación que hacemos.

(53) Linares, Juan F., Derecho Administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 164, apunta que “nunca tal vez se logró, en el Estado contemporáneo de derecho, que toda la jurisdicción sea ejercida por los jueces”.

(54) Aunque con anterioridad al fallo de la Corte llegamos a sostener la limitación de la responsabilidad de la concesionaria con fundamento en una cláusula del contrato de concesión y el carácter administrativo de la relación que la vincula con el usuario (como consecuencia de la proyección de los efectos del contrato) de cara al caso “Ángel Estrada” hemos retomado nuestra postura originalmente sostenida en el sentido de que se trata de una relación que, en principio, se rige por el derecho privado. Ello no es óbice para que, con arreglo a lo que se indica en la nota siguiente, se dicte por el Congreso, en el futuro, un régimen especial de responsabilidad para estos casos, regido por el Derecho Administrativo sobre bases objetivas, prevaleciendo sobre los principios de derecho común que rigen la responsabilidad contractual.

(55) Budassi, Iván, Responsabilidad de los concesionarios..., cit., pág. 32, anota que, en tal supuesto, la norma legal específica del marco regulatorio prevalece sobre la legislación común y la de defensa del consumidor, tal como se desprende del propio caso “Ángel Estrada”, en el que si bien se aplican los

principios contractuales del derecho civil, ello es así en tanto su vigencia “no ha sido desplazada por ninguna otra norma contenida en el estatuto legal específico que regula la prestación del servicio de electricidad” (consid. 9° del voto de la mayoría).

(56) No se puede dejar de notar que el caso de “Ángel Estrada” insumió diez años de tramitaciones administrativas y judiciales hasta llegar a la sentencia de la Corte (que, además, anuló la decisión inicial del ENRE).