

Título: Las fuentes constitucionales y el Derecho Administrativo

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: SJA 25/03/2009, -

Cita: TR LALEY 0003/014331

"Si tergiversamos tanto las palabras ajenas al repetirlas es sólo porque no las hemos entendido". Goethe

#### SUMARIO:

I. Dos tesis contrapuestas sobre la influencia del modelo norteamericano y su proyección en el Derecho Administrativo.- II. Antecedentes y razones que abonan la peculiar construcción del Derecho Administrativo argentino.- III. El punto de partida sobre el Derecho Administrativo.- IV. Filiación e ideología de la Constitución.- V. Originalidad del diseño constitucional: a) La diversidad de fuentes; b) Sentido de la originalidad del sistema de nuestra Constitución; c) La influencia de Alberdi.- VI. La crítica acerca de determinadas instituciones de nuestro Derecho Administrativo: a) Liminar; b) El proceso de formación del Derecho Público (en particular, del Derecho Administrativo); c) La recurrencia a fuentes extranjeras; d) El poder reglamentario del Ejecutivo y el quiebre de la versión absoluta del principio de legalidad; e) La concepción de la ley formal y material; f) Los decretos de necesidad y urgencia; g) La presunción de legitimidad y la ejecutoriedad del acto administrativo; h) El contrato administrativo.- VII. La autonomía provincial: proyección de la categoría del contrato administrativo sobre el concepto de "causa civil".- VIII. Las fuentes del sistema judicialista: a) Rasgos del judicialismo argentino; b) La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa; c) Bases y caracteres constitucionales del sistema judicialista: 1. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812; 2. El sistema argentino constituye una derivación del principio de separación de los poderes que difiere de la versión francesa; 3. El art. 109, CN. y su interpretación sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración en el marco constitucional.- IX. El control judicial sobre la actividad administrativa y la primacía de la Constitución.- X. Consideraciones finales

#### I. DOS TESIS CONTRAPUESTAS SOBRE LA INFLUENCIA DEL MODELO NORTEAMERICANO Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En la conocida polémica que mantuvimos con el profesor Mairal acerca de la figura del contrato administrativo abordamos tangencialmente la cuestión concerniente al grado de influencia del modelo norteamericano en la Constitución argentina, en particular, su proyección sobre todas o algunas instituciones del Derecho Administrativo vernáculo.

Mientras que Mairal postuló que esa influencia era prácticamente absoluta y generalizada, negando de algún modo la peculiaridad de la construcción que se plasmó en la Constitución de 1853, nosotros, en cambio, sostuvimos que dicha gravitación, con ser importante en determinados aspectos fundamentales del sistema constitucional (vgr., el régimen presidencialista, la forma federal de gobierno y el mecanismo de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, entre otros), debía matizarse con la yuxtaposición de otras fuentes, y que la tesis según la cual la Constitución argentina era una copia o reproducción de la norteamericana constituía "un error histórico doctrinario" (1).

Ninguna de las tesis es demasiado original, ya que ambas poseen una antigüedad casi venerable para los historiadores y juristas, en cuanto fueron sostenidas por Sarmiento y Alberdi en la conflictiva polémica que mantuvieron tras la sanción de la Constitución de Santa Fe.

La postura que objetamos consiste en sostener que al estar basada nuestra Constitución exclusivamente en el modelo norteamericano, hay que extraer de esta premisa, necesariamente, la conclusión de que algunas instituciones de nuestro Derecho Administrativo (las que se fundan en el derecho europeo) son incompatibles con el modelo constitucional adoptado (nada se dice sobre las influencias vernáculos).

En ese contexto, no deja de sorprendernos el hecho de que aquella cuestión, referida tangencialmente en nuestro interrumpido debate con Mairal, no haya sido retomada directamente por nuestro contendiente originario sino por dos abogados que reconocen haber contado con el respaldo de su estudio jurídico para escribir un libro sobre las fuentes constitucionales, en el que utilizan una metodología de confrontación basada en la erística (2).

Así, en dicho trabajo se acude a una dialéctica que, si bien puede ser eficaz para vencer en un pleito, conculca las buenas reglas que deben presidir una discusión sobre cuestiones de esta índole y la consideración que merecen, en cualquier caso, las opiniones contrarias (3).

Ese tipo de dialéctica, en palabras de Schopenhauer, responde "a la idea de separar el aspecto formal de esas manipulaciones y ardidés de su contenido y presentarlo como un puro preparado anatómico", y "en ella, las citadas estratagemas tienen la misma función que los silogismos en la lógica y las figuras retóricas en la retórica" (4).

El escenario de la crítica sobre la concepción argentina del Derecho Administrativo se amplió con la aparición de ideas que, en línea con la interpretación antes señalada, propiciaron, en su momento, desde la eliminación de la figura del servicio público hasta los tradicionales principios del acto administrativo, como son la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad, con el argumento de que constituyan principios autoritarios (5).

La idea que anida en el fondo de algunas de esas posturas hunde sus raíces en una filosofía que coloca su eje en el sujeto, poniendo el propio pensamiento por encima de la realidad de las cosas, cuando no se profesa un relativismo filosófico o ético. En la vertiente más positivista de ese movimiento doctrinario se niega el carácter informador y vinculante de los principios generales del derecho, asignándose prevalencia a la forma sobre la sustancia.

Por esa causa, las posiciones doctrinarias más extremas pretenden desplazar conceptos fundamentales que operan, en principio, como conceptos jurídicos indeterminados, como los de "bien común" o "interés público", al igual que la idea de equilibrio que trasunta la configuración del régimen administrativo o exorbitante (6), propio y típico del Derecho Público.

## II. ANTECEDENTES Y RAZONES QUE ABONAN LA PECULIAR CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Hace unos años el maestro Bielsa advirtió sobre la errónea y arbitraria opinión que, en general, se tenía acerca del Derecho Administrativo argentino, lo que atribuía a "cierta confusión con el Derecho Constitucional", así como al "... excesivo apego a las soluciones o 'casos' jurisprudenciales norteamericanos" (7).

Como es sabido, las principales instituciones de nuestro Derecho Administrativo han ido modelándose, en buena medida, mediante la utilización de principios y técnicas provenientes del derecho europeo que, adaptadas a la realidad vernácula, fueron consideradas compatibles con el sistema constitucional.

Esa situación, en la que se encuentran los ordenamientos administrativos de Iberoamérica que recibieron, en sus Constituciones, la influencia parcial o preponderante (en algunos casos) del modelo norteamericano, no había sido objeto hasta ahora de mayores cuestionamientos en punto a su compatibilidad con el sistema que nos rige tras la sanción de la Constitución de 1853.

Entre nosotros, la mayoría -si no la casi totalidad- de la doctrina, seguida tanto por la jurisprudencia como por la legislación, ha considerado que ese rasgo constituía una de las características peculiares de nuestro sistema jurídico (8), y así fue reconocido en estudios comparados sobre el derecho latinoamericano, particularmente en el campo del Derecho Privado (9).

El proceso de recepción de las fuentes europeas comenzó en los albores de nuestra organización nacional, época en la que se consideró compatible que nuestro sistema incorporase instituciones de Derecho Administrativo provenientes del derecho público europeo, donde reinaban monarquías constitucionales, adaptándolas a la realidad argentina. De igual manera, los juristas norteamericanos no tuvieron problema alguno en dar cabida a aquellas instituciones de la monarquía inglesa consideradas compatibles con el sistema republicano adoptado por la Constitución de Filadelfia.

En nuestro país ese proceso obedeció a razones eminentemente prácticas. Dejemos que nos lo explique el procurador del Tesoro durante el gobierno del Gral. Mitre, en el primer libro sobre Derecho Administrativo publicado en la Argentina, en el año 1866. Allí Ramón Ferreyra confiesa que

"... el derecho administrativo, no hay otro modo de estudiarlo, otra fuente, otros libros donde leer, ni otra historia, que la que se practica en los gobiernos monárquicos constitucionales de Europa... Por consiguiente hemos creído que se deben estudiar los principios de la ciencia y su organización en el derecho administrativo europeo; y después de hacer su aplicación al sistema republicano con las modificaciones y explicaciones necesarias; así como se ha hecho con el derecho romano para estudiar el derecho español o patrio; y con el derecho público constitucional europeo para aplicarlo a la república" (10).

Una materia que recibió el influjo del derecho europeo (aunque también patrio) fue la referida al juzgamiento de la Administración Pública o demandabilidad del Estado, sin perjuicio de su regulación constitucional -que es básicamente norteamericana, aunque, como se verá más adelante, con variantes tan significativas como peculiares provenientes de nuestra historia y tradiciones jurídicas-. Al discutirse en el Congreso -durante el gobierno del Gral. Mitre- la Ley de Organización de los Tribunales Federales (luego ley

48 ) se planteó, en lo atinente al juzgamiento de la Nación como parte demandada, una disyuntiva que no deja de ser paradójica. En efecto, mientras que el sector oficialista de la Cámara de Diputados, con Gorostiaga a la cabeza, no admitía la demandabilidad del Estado Nacional (interpretando en forma restrictiva el art. 100 , CN. -actualmente art. 116 , CN.-), otro sector, en el que se enrolaban Quintana, Vélez, Alsina y García, sostenía que ello implicaba conculcar ese mismo precepto constitucional, dado que en él no se hacía distinción alguna (con respecto al juzgamiento de la Nación) entre parte actora y demandada.

Al repasar el debate [\(11\)](#) resulta de interés -para el objeto de este trabajo- destacar dos aspectos de los fundamentos de la tesis restrictiva: a) que la consagración de la demandabilidad de la Nación ante el Poder Judicial implicaba sentar un principio contrario al existente entonces en el modelo norteamericano, el cual resultaba de una interpretación absoluta y rígida de la concepción de la separación de poderes; y b) que la solución legislativa que restringía la aplicación del ex art. 100 , CN. se consideraba, erróneamente, afín al ideario liberal [\(12\)](#), con el argumento de que contribuía a la independencia completa de cada uno de los poderes.

Se creía, también erróneamente, que admitir que el Estado Nacional fuera directamente demandado conculcaba la división de poderes, sosteniéndose que, en tales casos, los conflictos entre los particulares y el gobierno debían ser resueltos por el Poder Ejecutivo, en abierta contradicción con lo prescripto en el ex art. 95 , CN. (actualmente art. 109 ) y los ex arts. 100 y 101 , CN. (arts. 116 y 117 , CN. vigente). Vale recordar, por si quedara alguna duda, que las expresiones de Gorostiaga fueron en ese sentido terminantes, pues, entre otras cosas, dijo: "... el Poder Ejecutivo, a cuyo cargo está toda la administración del país, juzga administrando... No hay pues más juez de los actos de la Administración que el administrador mismo..." [\(13\)](#).

En medio del desorden del debate parlamentario, en el que desfilaron opiniones doctrinales de autores tanto norteamericanos como europeos para apoyar, indistintamente, una u otra posición, se advirtió sobre las ventajas de acudir a los antecedentes vernáculos (cuando integrábamos el Virreinato del Río de la Plata) para argumentar en favor del reconocimiento de la demandabilidad de la Nación. En tal sentido, Quintana, al precisar que el reconocimiento de esa demandabilidad no era una gran innovación en la República, trajo a colación antecedentes de las ordenanzas de intendentes, recordando que "... esas mismas ordenanzas... establecían el derecho de apelación entre las audiencias, para ante los tribunales ordinarios de justicia..." y que fue por ello "... que se determinó en la Constitución de la provincia de Buenos Aires el establecimiento de tribunales especiales de justicia para el conocimiento de las causas contencioso-administrativas" [\(14\)](#).

Como ha puntualizado Bosch, "... no debe creerse que nuestro sistema judicialista en materia de control jurisdiccional de la Administración tiene como punto de partida la Constitución de 1853, ni que constituye un intento exótico en nuestro ordenamiento constitucional. Más bien podría sostenerse lo contrario y expresarse que aquel momento constituye el punto final de una evolución que ya venían sufriendo las instituciones patrias y que arranca del período hispánico", agregando seguidamente que "el establecimiento del sistema judicialista en el citado año no significa una ruptura en la continuidad de nuestra historia jurídica, sino más precisamente, un salto adelante, o si se prefiere, un vuelco definitivo en favor de un régimen que con anterioridad iba perfilándose lentamente" [\(15\)](#).

Un aspecto de interés se encuentra en la intervención del diputado Juan Agustín García, la cual revela un profundo conocimiento sobre la organización y el funcionamiento del Consejo de Estado francés y la posibilidad de que se juzgaran los actos administrativos con relativa independencia del Ejecutivo (por más que se calificaron de tribunales administrativos, en virtud del principio revolucionario que prescribía que juzgar a la Administración era también administrar), al que se consideraba superior al sistema norteamericano de indemandabilidad de Estados Unidos y, particularmente, de los Estados de la Unión (Enmienda XI), como lo demostró aquel gran jurista en el citado debate, en respuesta a la postura que asumió Gorostiaga [\(16\)](#).

Viene al caso destacar también que en uno de los primeros estudios que, por encargo del gobierno nacional, se encomendó realizar a Manuel R. García, éste señaló, con referencia a la justicia administrativa:

"La admisión de demandas deducidas por particulares contra las provincias, no se hallan exceptuadas de la competencia de los jueces de la Nación Argentina, como sucede en Norteamérica por la Enmienda XI de la Constitución, siendo otra mejora sobre el texto que nos ha servido de modelo...", y que "... otro nuevo paso en favor de los poderes constituidos, estriba en el sometimiento de las cuestiones contencioso-administrativas a sus jueces naturales" [\(17\)](#).

En ese proceso incipiente de nuestro Derecho Administrativo otro aspecto que adquirió trascendencia jurídica para la configuración de la disciplina fue el reconocimiento efectuado por el codificador civil en el art. 2611 , al prescribir que "las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el Derecho Administrativo". ¿Cuál era ese "Derecho Administrativo" al que se refería la norma? Resulta obvio que, por no existir entonces esta rama del derecho en el sistema norteamericano, fundado en el common

law, el autor del precepto se refirió al Derecho Administrativo de Europa continental, lo que le asigna un valor adicional a la tesis que sostenemos, habida cuenta de que Vélez Sarsfield integró, en 1860, la Convención Reformadora de la Constitución de 1853, cuya formulación acrecentó la influencia del modelo norteamericano en algunas partes de nuestra Carta Magna.

De ese modo, no debe llamar la atención el hecho de que numerosos antecedentes de doctrina, jurisprudencia y legislación posteriores, coincidan en reconocer que el Derecho Administrativo exhibe, desde sus comienzos una impronta peculiar que no vacila en acudir a los principios y técnicas del derecho continental europeo y a los antecedentes vernáculos para nutrir sus instituciones en un proceso que se amolda al sistema constitucional y a la realidad histórica. De esa manera, nuestro Derecho Público adquirió "una indudable originalidad" (18).

### III. EL PUNTO DE PARTIDA SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sobre la base de la distinción entre elementos determinantes y fungibles de la Constitución, y en la inteligencia de que nuestra Carta Magna siguió de manera absoluta al modelo norteamericano, se afirma que "no existe base constitucional alguna para someter al Estado a un régimen diferenciador, sustrayéndolo de la aplicación del derecho común al que están sometidos todos los habitantes de la Nación" (19).

Va de suyo que, con la tesis referida, se pretende hacer tabla rasa con las principales instituciones del Derecho Administrativo (acto administrativo, contrato administrativo, servicio público, policía, responsabilidad del Estado, poder reglamentario, etc.), habida cuenta de que dichas instituciones, que explican y encuentran su fundamento en los fines de interés público que persigue el Estado, se caracterizan por tener un régimen diferente al del Derecho Privado (20).

Ello implica tanto como sostener que prácticamente toda la estructura y los principios en que se apoya el Derecho Administrativo argentino (tanto en la actualidad como en el pasado) se hallan en pugna con la Constitución. Pero como se verá, semejante tesis resulta equivocada, al partir de una premisa falsa en el plano lógico (habida cuenta de que hay base constitucional para sustentar un Derecho Administrativo de estructura y fines diferentes al Derecho Privado), además de serlo en el histórico-político, a la luz de la evolución producida en el derecho comparado.

Aunque para sostener la tesis que objetamos se haya acudido a la opinión de Alberdi, volcada en la polémica mantenida con Vélez Sarsfield a raíz del proyecto de Código Civil (21), lo cierto es que el pensamiento del primero refleja claramente la postura que sustentamos, y no resulta convincente el esfuerzo que se hace para demostrar lo contrario sacando de contexto sus puntos de vista sobre una cuestión sustancialmente distinta.

En efecto, para refutar Alberdi la tesis según la cual la Constitución argentina constituye una reproducción de la norteamericana, en un trabajo dedicado especialmente a esta cuestión ("Estudios sobre la Constitución argentina de 1853") comienza diciendo que "... para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina no hay sino que comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos" (en obvia alusión a Sarmiento, que habrá recomendado ese método interpretativo) (22).

Por si quedara alguna duda acerca de esta cuestión, advierte Alberdi que "todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial" (23).

Y, en particular, al referirse Alberdi al Poder Ejecutivo argentino, que inspirado en el realismo histórico de Montesquieu, diseñó como una especie de reconstrucción del gobierno central, adaptable a nuestra herencia española y de habitantes de América del Sur, apuntó que "es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norteamérica", y que "no hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones para ver que se asemejan como un huevo a una castaña" (24).

En cambio, la crítica que hizo Alberdi al Proyecto de Código Civil de Vélez Sarsfield tuvo otro objeto, ya que versaba sobre el espíritu del Código, las fuentes y los modelos en que se había inspirado Vélez Sarsfield. Consideraba esencialmente Alberdi que la circunstancia de haberse basado en la obra de Freitas implicaba una suerte de dependencia de las ideas e instituciones jurídicas que regían en el Imperio del Brasil, que juzgaba inadaptables al modelo democrático y liberal de nuestra Constitución (en cuatro materias puntuales como los derechos de la mujer, la transmisión de la propiedad, la omisión de estatuir sobre los registros del estado civil de las personas, así como de secularizar el matrimonio).

Para Alberdi hubiera bastado "con tomar el Código Napoleón en sus últimas fases, el Código de Chile y la legislación nacional y ajustarlos a las condiciones y a las necesidades del país. Bello, con buen sentido, había realizado esa tarea en forma elogiada" (25).

Ése y no otro es el verdadero pensamiento de Alberdi, que, como puede colegirse de lo expuesto, no

consideraba incompatible la legislación civil europea con nuestro modelo constitucional en tanto sus instituciones mantuvieran el espíritu democrático y libertario de nuestra Carta Magna.

#### IV. FILIACIÓN E IDEOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Ha dicho Sagüés que la Constitución de 1853 (26) fue ideológicamente mixta (27), al provenir de dos fuentes diferentes: a) la concepción liberal e individualista, reconocida por la Corte en el caso "Quinteros" (28), cuya ideología es tributaria del Iluminismo; y b) la concepción cristiana proveniente del neotomismo, que se advierte en el Preámbulo y en el art. 19.

En este último aspecto, interesa señalar que en los últimos años se han efectuado importantes investigaciones de historia y filosofía política que demuestran la influencia que tuvo la neoescolástica de Suárez en la concepción constitucional de las ex colonias inglesas en Norteamérica (29), así como las raíces neoescolásticas de nuestro constitucionalismo (30) y sus antecedentes hispánicos en la Argentina (31) e Hispanoamérica.

Por lo demás, como la doctrina neoescolástica enfrentó al absolutismo (cabe recordar la quema de los libros de Suárez en Londres y París) demostrando que la causa inmediata y directa del poder no tenía origen divino sino que reposaba en el pueblo, era lógico que su influencia se irradiase en las colonias inglesas gobernadas localmente por puritanos que utilizaron aquella doctrina, sin perjuicio de la gravitación que ella tuvo en Locke (por medio de la obra de Richard Hooker) (32).

Cabe mencionar que la expansión de las ideas de Suárez y, en general, de la neoescolástica fue notable, proyectándose en las concepciones posteriores de la filosofía política, hecho éste que explica las grandes dificultades hermenéuticas y metodológicas que plantea el tema de las fuentes constitucionales para desentrañar su filiación filosófica.

En ese contexto, prácticamente, todo el derecho político y constitucional moderno resultó tributario del movimiento que encarnó, en forma modélica, Montesquieu, en su célebre libro sobre la separación de los poderes, el cual sirvió tanto para afirmar las libertades en las monarquías constitucionales europeas como en las Repúblicas americanas, aunque en Hispanoamérica no tuvo la fuerza suficiente para generar ejemplaridad, por razones más de tipo sociológico y político que por la diferencia entre los respectivos sistemas constitucionales.

La Constitución argentina, como apuntó Bidart Campos, no surgió de la nada: es el producto de su tradición y de su historia. Al responder al tipo tradicional-histórico y sólo parcialmente al tipo racional normativo, se enlaza con el pasado proyectándose hacia el futuro con un dinamismo que necesariamente debe respetar su contenido pétreo (en la medida en que se mantenga la estructura social subyacente). Y si los principios estructurales de la ideología constitucional son la libertad, la justicia, el gobierno representativo, la democracia y el federalismo, no menos cierto es que su filosofía central radica en la libertad (33).

Sobre esas bases históricas se plasmó nuestra Constitución formal, que, al ser obedecida, informó al Estado, ordenando su estatus político, transformándose en una Constitución material (34) que sirvió como instrumento para producir el formidable desarrollo institucional y económico que alcanzó el país en la primera década del siglo pasado.

El progreso (que poco tiene que ver con el progresismo populista) fue una de las ideas motoras que se incorporaron al Preámbulo, siguiendo el pensamiento de la generación del 37 que había expuesto Alberdi en las "Bases...", principio de acción política del gobierno federal que recogió positivamente el art. 67, inc. 16, CN. (actual art. 75, inc. 18) (35).

No puede negarse tampoco que el objetivo de "afianzar la justicia" que proclama el Preámbulo, armonizado con los art. 19 y 28, CN., indica la fuerte impronta de las concepciones del iusnaturalismo, proveniente tanto de fuentes hispánicas como norteamericanas (36).

En líneas generales, si la Constitución incorporó elementos del pasado histórico -aunque abrevó en fuentes vernáculas, norteamericanas y europeas (además de las Constituciones de Hispanoamérica)-, se justifica la afirmación de Bidart Campos acerca de que "... es un elemento autóctono donde la adaptación de modelos extranjeros no desvirtúa los elementos propios" (37).

Cuando la Comisión de Negocios Constitucionales, redactora de la Constitución de 1853, expresó en su informe que "es la obra del pensamiento actual argentino", se refirió a la que se gestó "... en la doctrina de mayo, en el federalismo, en la generación de 1837, en las 'Bases...' de Alberdi y en los pactos preexistentes, antecedentes todos que, en lo fundamental, guardaban congruencia con la raíz hispano-indiana de nuestra comunidad, especialmente en el plano cultural" (38).

#### V. ORIGINALIDAD DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL

#### a) La diversidad de fuentes

Constituye una característica central de la Constitución argentina la diversidad de fuentes (39), circunstancia ésta que torna compleja su interpretación, en la medida en que exige una labor de armonización de principios e instituciones que se inspiran en distintas ideologías y sistemas comparados.

No obstante en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales que plasmó la Constitución de 1853 se reconoció la influencia del pensamiento argentino de la época, los debates, aunque proporcionan algunos elementos esclarecedores, destacados por la doctrina (40), no arrojan demasiada luz acerca de las fuentes directas o, incluso, mediatas o indirectas en que se fundaron los respectivos preceptos constitucionales.

Apoyándose en lo que dijo Gorostiaga en la sesión del Congreso General Constituyente del 20/4/1853, al señalar que el proyecto de Constitución estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, se ha exagerado la influencia que tuvo la Constitución norteamericana como fuente de la nuestra. Esa influencia, aun con la importancia que cabe reconocerle, está lejos de ser total y de justificar que se considere a nuestra Constitución una "copia servil" de la norteamericana.

Carece de sentido reproducir aquí la polémica entre Alberdi y Sarmiento. Ese debate, fruto del encono personal, movido por la pasión y por los intereses políticos que más tarde profundizaron la crisis del proceso originario de nuestra organización nacional, ha sido, como apunta González Calderón (41), superado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y actualmente nadie sostiene que la Constitución argentina constituya una copia de la norteamericana (42).

Sin embargo, la tesis que ahora se postula conduce al mismo resultado. Porque si bien entra en el campo de lo opinable discutir acerca del grado o medida de influencia que tuvo la Constitución norteamericana sobre la argentina, constituye un error sostener "que los factores determinantes que conforman el núcleo del sistema constitucional argentino son idénticos a los de la Constitución norteamericana" (43).

Como se ha dicho, "tal empeño queda empalidecido por más de un aspecto endeble de la obra", aparte de que se soslayan o silencian "los elementos adversos a la interpretación que pretenden defender" (44).

En tal sentido, cualquier estudio sobre las fuentes constitucionales, para alcanzar objetividad, no puede prescindir de las autorizadas opiniones de Bidart Campos y Vanossi, ni de las vertidas por González Calderón, Linares Quintana, Sánchez Viamonte, Sagüés, Martiré y Pérez Guilhou, entre otros, en cuanto han destacado, correctamente, el diverso origen de las raíces de la Constitución argentina.

Al respecto, Vanossi, en uno de los estudios más completos que se han hecho sobre nuestras fuentes constitucionales, luego de ocuparse de las semejanzas y las diferencias que hay entre la Constitución argentina y la norteamericana, concluye que "el texto constitucional argentino de 1853 fue elaborado con la gravitación de las siguientes fuentes, en orden de su incidencia en la conformación de nuestra Ley Suprema: 1) el esbozo o anteproyecto de José B. Gorostiaga; 2) la obra 'Bases...' de Juan Bautista Alberdi y su proyecto de Constitución (que apareció como apéndice de la 2ª edición) que recoge las ideas de Pellegrino Rossi; 3) la Constitución argentina de 1826 y los anteriores ensayos constitucionales argentinos, desde 1813 en adelante; 4) la Constitución norteamericana de Filadelfia (1787) y sus diez primeras Enmiendas; y 5) las Constituciones francesas (1791 y 1793), la Constitución española de Cádiz (1812), la Constitución de Chile (1833) y otros textos constitucionales latinoamericanos" (45). Con otro enfoque, que distingue entre fuentes normativas primarias y secundarias, Sagüés ha destacado también la diversidad de fuentes de la Constitución (46).

Interesa señalar que González Calderón, en su disidencia en la sentencia de la Cámara Federal que precedió al fallo que dictó la Corte en el conocido caso "Merck", anotó que "no puede olvidarse que nuestra Ley Fundamental y Suprema tiene una raigambre humanista, democrática y liberal en el pasado histórico que no ha tenido su modelo" (47).

Porque, como sostuvo Bidart Campos en el discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, "el Derecho Constitucional que plasma con la Constitución formal es un derecho histórico, sedimentado, legitimado y estabilizado por el curso de lo que antecede, lo prepara y lo afianza" (48).

#### b) Sentido de la originalidad del sistema de nuestra Constitución

Una construcción jurídica constitucional puede ser original en cuanto instrumenta un nuevo modelo anteriormente inexistente, pero también cuando utiliza distintas fuentes que se yuxtaponen para adaptarlas a la realidad de cada país. Esto último es lo que aconteció con el modelo de la Constitución argentina, cuyo diseño, en el sentido relativo que antes señalamos, puede considerarse original.

Esa tarea de adaptación y de creación incorporó fuentes diversas que, si bien no tuvieron la magnitud de las

fuentes norteamericanas, dieron a nuestra Constitución una fisonomía propia y original, que ha sido destacada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte.

En efecto, como recuerda González Calderón en la disidencia del caso "Merck" , cuando la Corte expresó que se aplicaba la jurisprudencia norteamericana "en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares" (49), ello significa "que los constituyentes argentinos de 1853 no han copiado la Constitución de Estados Unidos de 1787 sino que la adoptaron en parte y a la vez se separaron de la misma en todo lo que creyeron necesario y conveniente, auscultando la voluntad y los intereses de la Nación" (50).

Pondera este autor que, años más tarde, la Corte dijese que "si bien es cierto que hemos adoptado un sistema de gobierno que encontramos funcionando, cuyos antecedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales y no tienen más precedente y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales" (51). Continúa González Calderón diciendo que "ha sido resuelta, pues, por la Corte... la conocida polémica entre Sarmiento y Alberdi; de si la Constitución argentina es un calco de la norteamericana o si es enteramente original" (52).

En definitiva, la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses sólo pueden servir de modelo en tanto se trate de las prescripciones y principios que hemos abrevado de la Constitución norteamericana, con la adaptación a nuestra realidad histórica. Pero en manera alguna esa influencia puede extenderse a las fórmulas constitucionales que implicaron soluciones distintas o no previstas en dicha fuente constitucional.

Bidart Campos ha sido muy claro al respecto al señalar que "nuestra Constitución no ha escapado al fenómeno que damos en calificar como imitación extraterritorial del derecho, ni a la influencia de fuentes extranjeras. Sería redundante reiterar ahora la incidencia innegable de la Constitución norteamericana. Lo que en cambio no resulta redundante es reafirmar la originalidad de nuestra Constitución en un triple sentido: 1) las instituciones que se han inspirado en fuentes extranjeras han recibido, no obstante, la necesaria adaptación a nuestro medio, o aun dando seguimiento a modelos extranjeros, han hallado razón histórica propia en nuestra comunidad; 2) otros contenidos son singularmente autóctonos o tradicionales, con respaldo en antecedentes propios, anteriores o posteriores a 1810; 3) la Constitución in totum contiene una fórmula política pensada y proyectada como solución empírica para nuestra comunidad, tal como lo proyectó y proclamó Alberdi" (53).

Y entre los ejemplos que Bidart Campos menciona se incluyen tanto la adaptación del federalismo norteamericano, la división de poderes que resulta de un distinto diseño constitucional (arts. 23 , 29 y 95 -actual art. 109 -, CN.), como la "masa de competencias asignadas al gobierno federal y la alusión original a la moral pública que, en el art. 19 , "inserta en ella valoraciones que no tienen más fundamento que el de la idiosincrasia cultural de nuestra comunidad" (54).

Por otra parte, era por cierto evidente que los distintos ensayos constitucionales se encontraban imbuidos "de la doctrina, la legislación y la tradición jurídica hispanas" (55) volcadas en la Constitución de Cádiz de 1812, que tuvo influencia sobre aspectos fundamentales de la Constitución de 1853 (56). Entre otras instituciones, como ha apuntado con acierto Linares Quintana, "es en la institución ministerial y en las relaciones entre el órgano ejecutivo y el legislativo, en lo que la Constitución de Cádiz influyó sobre la ley argentina" (57), "que si bien se inspiró en este punto en el presidencialismo norteamericano", lo modificó y perfeccionó al punto tal -agregamos nosotros- que entre los elementos básicos del sistema constitucional introdujo la potestad reglamentaria del Ejecutivo (ex art. 86 , inc. 2, CN.) y la interdicción del ejercicio de funciones judiciales (art. 109 , CN.), preceptos que no contiene la Constitución norteamericana y que reconocen su fuente mediata, con variaciones que no alteran su esencia con relación a las facultades del Ejecutivo, en la Constitución de Cádiz de 1812.

Pues, como apuntó el propio Alberdi, "la República Argentina no ha copiado literalmente, como México, su Constitución a Estados Unidos; se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norteamericano. Desconocer estos antecedentes de nuestra Constitución es basar nuestra jurisprudencia política en un principio incompleto y absurdo, privarla de sus luces naturales y precipitar la política en un falso camino" (58).

No obstante, el afán de tener razón conduce a nuestros críticos a imputarnos una "gran confusión acerca de las profundas raíces filosóficas en las que descansa todo nuestro sistema constitucional..." (59), insistiendo en que hacemos una peligrosa interpretación sobre el Derecho Público (60) como si fuéramos los únicos que defendemos las raíces europeas de muchas de las instituciones del Derecho Administrativo argentino en su conformación clásica, aunque nuestra doctrina pueda considerarse dinámica y realista.

#### c) La influencia de Alberdi

Salvo que se acuda a la erística, no es posible desconocer que la concepción que anida en la Constitución argentina de 1853 fue pensada y diseñada por Alberdi en las "Bases..." (61) proyectando la doctrina jurídica de

mayo (62) y las ideas de la generación de 1837.

Esa concepción se basó en la forma federal de gobierno adoptada por la Constitución norteamericana, adicionándosele una serie de fórmulas constitucionales que terminaron configurando un modelo propio y original, como se ha visto en el punto anterior. Si se quiere, en definitiva, se trató de una adaptación parcial del modelo norteamericano en todo lo que era compatible con nuestra idiosincrasia y realidad histórica.

Sin embargo, se nos ha atribuido una postura absolutamente contraria a la influencia que recibió nuestra Carta Magna de la Constitución de los Estados Unidos, lo cual constituye, obviamente, un absurdo que nadie ha sostenido en la Argentina. Esta argumentación hace aún más patente los defectos de la crítica y permite suponer que se acude a una falsedad para que no se adviertan los errores que contiene, o bien que se elude la discusión sobre la verdadera cuestión objeto del debate, esto es, el grado de influencia (total o parcial) que tuvo la Constitución de Filadelfia y su proyección en el Derecho Administrativo.

Para fundar aún más la postura según la cual esa influencia fue total en sus elementos determinantes (subjetivamente seleccionados) se minimiza la influencia de Alberdi (63) y se exagera la de Gorostiaga (64).

Sin desmerecer la importancia ni la calidad del papel de Gorostiaga como redactor de gran parte de las prescripciones constitucionales (65), lo cierto es que al redactarlas se inspiró, en buena medida, en las "Bases..." y en el Proyecto de Alberdi (66), al igual que Gutiérrez, lo cual surge de la mera comparación de los respectivos textos (67), aun cuando cabe reconocer que mejoraron la redacción de las cláusulas.

No corresponde, pues, plantear una oposición tajante entre los principales redactores de la Constitución y su genial inspirador, ni por tanto exagerar ni disminuir la influencia que todos ellos tuvieron en el producto final.

De lo contrario Juan María Gutiérrez nunca hubiera podido afirmar, en el informe que presentó al Congreso General Constituyente, como antes señalamos, que el proyecto de Constitución "es la obra del pensamiento actual argentino manifestado por sus publicistas", en evidente alusión a las "Bases..." de Alberdi (68).

Porque, como apuntó Vanossi, en referencia al gran tucumano, "quiso el destino depararle la rara y exquisita gloria de que el influjo de su atractivo personal fuera reemplazado -sin límites espaciales y temporales- por el fruto vital que plasmó el correr de su pluma en la letra de una Ley Fundamental para la patria que tanto amó" (69).

## VI. LA CRÍTICA ACERCA DE DETERMINADAS INSTITUCIONES DE NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

### a) Liminar

Cuando se pasa revista a la evolución de nuestro Derecho Administrativo se observa la tendencia a reforzar las garantías que protegen a las personas de las arbitrariedades de los poderes públicos. Empero, el acento que se ha venido poniendo en el curso de esa evolución no va en desmedro de las prerrogativas que precisa la Administración para cumplir sus cometidos de bien común. En el fondo, es la idea de equilibrio que procura armonizar la libertad con la autoridad.

No obstante la claridad de esta formulación, que se encuentra en la base del Derecho Administrativo, el axioma ha pretendido desvirtuarse bajo la acusación de contener fórmulas autoritarias, sin ponderar la configuración de garantías que equilibran las prerrogativas públicas con los derechos personales.

Se cae así en el error filosófico de creer que la autoridad no es un bien (70), olvidando que para garantizar las libertades y el bien común es preciso que exista un razonable margen para el ejercicio de la autoridad.

### b) El proceso de formación del Derecho Público (en particular, del Derecho Administrativo)

Otro error que se comete consiste en suponer que el proceso de formación del Derecho Público es algo así como un proceso químico que sólo se produce con sus elementos puros. No se admite la gravitación de elementos de la realidad, implícitos en la evolución del derecho, ni tampoco que determinados principios provengan de épocas históricas diferentes o contemporáneas, en las que el modelo vigente (vgr., monarquía constitucional) difería de la forma republicana de gobierno. Como si fuera un dogma, se arguye la incompatibilidad de trasladar principios de una determinada realidad política a otra, argumentándose que la diferencia de los regímenes políticos imperantes en cada situación histórica torna imposible su compatibilización.

Si el punto de partida de esa crítica fuera cierto, dejarían de tener vigencia los principios del Derecho Público que tuvieron origen en ordenamientos históricos anteriores que, en buena parte, conforman los actuales sistemas republicanos o monarquías constitucionales con formas de gobierno parlamentarias. Tampoco hubiera sido factible que el sistema norteamericano de control judicial de la actividad administrativa hiciera recepción de principios jurídicos medievales (71).

Una tesis semejante resulta absurda. Basta con pensar que muchos de esos principios seculares del Derecho Público encuentran su origen en el pasado histórico, particularmente en el antiguo derecho español. Con base en un razonamiento similar, en Francia habría que disolver el Consejo de Estado por ser una creación imperial, incompatible con el modelo republicano, así como todas las teorías jurídicas de derecho público que pasaron de Alemania a Francia (vgr., la concepción del reglamento como ley en sentido material, entre otras).

Particularmente, en el proceso de formación del Derecho Administrativo no puede dejar de advertirse que los principios y reglas de la disciplina se modelaron en contraste con las formulaciones existentes en un Derecho Privado (72) (de base romanista y, en gran parte, francesa) para responder a la mejor realización de los fines públicos del Estado tendientes a satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Ésta y no otra es la causa que justifica la configuración de su autonomía (73) y, consecuentemente, de un régimen administrativo con prerrogativas de poder público y con garantías que compensan su ejercicio, desde luego que dentro del marco constitucional.

c) La recurrencia a fuentes extranjeras

Al cuestionar la adopción de instituciones o principios del Derecho Público europeo se ha señalado que, a diferencia de las obras del Derecho francés o norteamericano, las publicaciones argentinas se caracterizan por "la copiosa libación de las fuentes extranjeras", mientras que los autores franceses y norteamericanos se limitan "a los fallos de sus propios tribunales y a la doctrina nacional" (74).

Es fácil advertir que estamos, otra vez, ante una premisa falsa. En primer lugar, basta con leer, por ejemplo, los artículos de fondo publicados, desde su aparición, en la *Revue de Droit Public* (75), que fundó Larnaúd y dirigió Duguit hasta su muerte, para comprobar las continuas referencias críticas así como la adopción de concepciones comparadas provenientes de las doctrinas alemanas (principalmente) e italianas. El hecho de que la intensidad de esta tendencia disminuyera en la década de 1930 obedece al advenimiento de los regímenes totalitarios imperantes en Alemania e Italia. Es cierto, sin embargo, que las obras posteriores de la doctrina francesa, aunque recibieron la impronta de las concepciones alemanas que habían adoptado sus maestros (vgr., ley formal y material de Laband), no reflejan totalmente aquella evolución e intercambio.

Pero aun cuando el derecho comunitario experimenta un proceso progresivo y parcial de unificación de los derechos de los Estados miembros de la Unión Europea, la tendencia que señala Mairal no fue seguida por el Derecho Administrativo español de los últimos 50 años, e incluso con anterioridad tampoco en el derecho europeo (76). En este aspecto, cualquiera que maneje la doctrina española comprenderá la trascendencia y profusión (77) de las fuentes alemanas, francesas e italianas a que acuden los autores, y a la misma conclusión se arriba si se pasa revista al reciente "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general" de Muñoz Machado (78), uno de los estudios más completos que exhibe la literatura jurídica española de los últimos años.

d) El poder reglamentario del Ejecutivo y el quiebre de la versión absoluta del principio de legalidad

Una de las instituciones que distinguen a nuestro sistema constitucional del modelo norteamericano radica en el poder reglamentario atribuido al presidente de la República por el art. 99, inc. 2, CN.

El antecedente directo de dicho precepto se encuentra en el art. 85, inc. 2, Proyecto de Constitución de Alberdi, con el que acompañó la 2ª edición de las "Bases..." (79), el cual prescribe que el presidente de la Confederación "expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias".

Aunque es probable que Alberdi se haya inspirado para redactar la cláusula constitucional en la Constitución chilena de 1833, lo cierto es que ambas prescripciones encuentran su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo art. 171 faculta al Poder Ejecutivo a "expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes" (80).

En cambio, la Constitución norteamericana no contiene un precepto semejante, al partir de una interpretación más rígida que la establecida en nuestro ordenamiento constitucional en punto a la separación de poderes, como consecuencia de considerar que el poder de hacer la ley sólo compete al Congreso, y que al Ejecutivo sólo le corresponde lo concerniente a su cumplimiento.

De allí que no quepa la posibilidad de sostener que la referencia que hace la Constitución norteamericana a que el presidente deba velar por la ejecución de las leyes equivalga a reconocer ab initio y en forma plena el principio de la dualidad de fuentes (ley y reglamento), característico de los sistemas constitucionales europeos y del nuestro.

La circunstancia de que el derecho norteamericano haya arribado a una solución que admite la reglamentación de las leyes por el Ejecutivo indica la evolución del sistema por obra de la costumbre constitucional, bien que con las limitaciones que circunscriben la potestad reglamentaria a la ejecución de la ley,

aunque admitiendo, al propio tiempo, un amplio campo en materia de facultades delegadas al Ejecutivo o a las agencias independientes.

A su vez, resulta ilustrativo apuntar que en Francia la doctrina evolucionó en un sentido favorable al reconocimiento de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, incluso sin habilitación legal, en la medida en que su ejercicio no implicara "contradecir ni modificar la ley ni entrometerse en el ámbito reservado al Parlamento" (81).

El Consejo de Estado, por su parte, en el caso "Labonne" (1919), admitió la legitimidad constitucional de la potestad reglamentaria autónoma, es decir, sin ley previa, en el supuesto de que la reglamentación no invadiera la esfera reservada al Legislativo, extendiendo el concepto de ejecución de las leyes por entender que se trataba de una fórmula que no se limita a la ejecución de cada ley particular sino que conlleva la tarea general de preservar y mantener el orden público y el funcionamiento de los servicios públicos (en el arrêt Heyriès) (82).

Es que, como decía Rolland, el concepto de ejecución de la ley constituye una fórmula particularmente vaga (83), y la experiencia, es decir, las costumbres constitucionales, demuestra que, muchas veces, sin contrariar la finalidad legislativa, los reglamentos contienen -para asegurar su ejecución- normas generales no previstas en la ley misma.

Ese esquema dio una vuelta de tuerca en Francia con la sanción de la Constitución de 1958, que vino a modificar el sistema constitucional de las fuentes normativas en un sentido inverso al previsto en los modelos constitucionales anteriores (aun cuando la evolución ocurrida venía preparando la transformación del sistema de fuentes).

Tal cambio se produjo debido a que "la incorporación de nuevas materias a la esfera legislativa por determinación de la ley se producía de un modo incesante, debido al gusto de los parlamentarios de ver aumentada su intervención, muchas veces por presión de sus electores" (84).

Para evitar los problemas que generaba mantener en el ordenamiento el principio de la ley formal y material como única fuente normativa, la Constitución de 1958 dio un giro copernicano en el sistema de fuentes, enumerando las materias expresamente reservadas al legislador (art. 34) y prescribiendo que "las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario" (art. 37). De esa manera, la competencia reglamentaria constituye el principio, mientras que la competencia legislativa constituye la excepción (85), y ello no se considera incompatible (no obstante provenir de un principio que tuvo su origen en las monarquías constitucionales) con un régimen republicano y predominantemente presidencialista como es el francés, a partir de la Constitución de 1958. De esta manera, los argumentos que se basan en esta clase de razonamientos para negar la legitimidad constitucional de los reglamentos autónomos (86) y los de necesidad y urgencia parten de una interpretación del principio de separación de poderes que ni siquiera acabó siguiéndose en la cuna de la tendencia que encarnaba la interpretación más absoluta del citado principio.

#### e) La concepción de la ley formal y material

A raíz de una frase que utilizamos al señalar que la configuración de la potestad reglamentaria permite aplicar la distinción entre ley formal y material formulada por Laband, fuimos objeto de una crítica que estimamos tan equivocada como tendenciosa (87). En efecto, nunca hemos pretendido aplicar in totum la teoría de dicho autor, de la que se desprenden otras consecuencias, sino sólo afirmar la existencia de una distinción, técnicamente neutral en el plano de la ciencia jurídica (que, por lo demás, no somos los primeros en hacer en el campo del Derecho Administrativo argentino (nota) y comparado), donde se admite que el reglamento, si bien con jerarquía inferior a la ley, constituye una ley en sentido material (89), es decir, es una norma general, abstracta e impersonal que genera el deber de cumplirla u obedecerla (obligatoriedad) por parte de los ciudadanos.

Creemos haber dicho claramente eso al expresar que "el dualismo entre ley y reglamento que acoge nuestra Constitución permite hacer jugar la distinción, de origen germánico, entre ley formal y ley material (Laband)" (90). No obstante, se ha pretendido rebatir el uso de la distinción afirmando que ella se basa "en demostrables errores y que es un claro ejemplo de la equivocada interpretación de nuestra Constitución Nacional" (91).

Para demostrar el rechazo que ha tenido en Francia la distinción de Laband se acude a la opinión de Carré de Malberg (92), claramente partidario de la interpretación absoluta del principio de separación de los poderes "a la francesa", basada en que la potestad reglamentaria constituye una potestad legislativa y que, como tal, se encuentra limitada a la ejecución de las leyes.

Se dice que nuestra tesis "omite explicar" (93) ese curioso hallazgo (una suerte de tesoro doctrinario que han creído descubrir), como si los juristas estuviéramos obligados siempre a efectuar el comentario de todas las doctrinas existentes sobre determinado punto o materia.

De todos modos, no podría haberse elegido peor ejemplo que la cita de Carré de Malberg en este punto. El rechazo que tuvo su opinión en la doctrina y la jurisprudencia francesas partidarias de la distinción (94) fue significativo, considerándose que el reglamento, aunque no lo sea en sentido formal, es ley en sentido material (95), conclusión a la que, es obvio, no se arribó en el marco de una monarquía constitucional sino en el de un sistema republicano.

Asimismo, partiendo del conocido kantismo de Laband, se han atribuido a Bosch (96) opiniones que pertenecen originariamente a Duguit (97), en su crítica a Kant volcada en un conocido trabajo que no citan (y que quizás no hayan tenido a la vista, pues de lo contrario hubieran advertido la contradicción en que incurrían). En efecto, las críticas de Duguit a las tesis kantianas (que compartimos) no lo llevan a coincidir con la postura de Carré de Malberg, ni impidieron la acogida, en Francia, de la distinción entre ley formal y ley material.

Por lo demás, la concepción que distingue entre ley formal y ley material se encuentra presente en la mayor parte de las Constituciones comparadas, "y de hecho es asumida como categoría dogmática de interpretación" (98).

#### f) Los decretos de necesidad y urgencia

Otra categoría que se cuestiona, como contraria a la filosofía de la Constitución de 1853/1860, es la de los decretos de necesidad y urgencia, cuya utilización abusiva, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994, constituye una práctica constante por parte de los Poderes Ejecutivos de turno.

La constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, al tiempo que admitida (aunque en forma restringida) por casi la totalidad de la doctrina administrativa argentina (99) y por un sector de la doctrina del derecho constitucional (100), era negada por un sector no menos prestigioso de constitucionalistas (101), sobre la base de que su admisión chocaba con el principio de separación de poderes y con el sistema constitucional.

Pero el debate acerca de la constitucionalidad en abstracto de esta clase de decretos ha recobrado vigor tras la reforma constitucional de 1994, a raíz de los excesos en el ejercicio de esta potestad, situación que tendría que conducir al establecimiento de mayores controles por parte del Congreso y de los jueces (102).

Sin duda corresponde que tales abusos sean controlados e impedidos por el Poder Judicial, en cuanto entrañan una concentración ilegítima de la función legislativa, cuando no se dan los presupuestos establecidos por la doctrina (103), y, en algunos casos, por la jurisprudencia, como condiciones que rigen su constitucionalidad, y así lo hemos señalado con anterioridad, tal como lo ha destacado Pérez Hualde (104). No obstante, esta última circunstancia no ha sido reconocida (quizás por inadvertencia) en el estudio sobre las fuentes de la Constitución Nacional hecho por García Mansilla y Ramírez Calvo (105).

En principio, la facultad de emitir esta clase de decretos (con antecedentes en el derecho norteamericano) (106) resulta excepcional. Su fundamento obedece al estado de necesidad y a la premura o celeridad con que precisan dictarse normas que corresponden a la competencia del Poder Legislativo. Sin embargo, la prohibición genérica de dictar disposiciones de carácter legislativo establecida en el art. 99, inc. 3, CN. (107) debe prevalecer sobre cualquier apreciación política acerca de la oportunidad de dictarlas, que no puede quedar librada al arbitrio del Poder Ejecutivo de turno.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta las reflexiones que formuló el profesor James M. Burns: "...nos hemos dejado seducir demasiado por el modelo madisoniano de gobierno... Este modelo fue el producto de los hombres talentosos que se reunieron en Filadelfia hace 175 años y merece gran parte de la admiración y la veneración que le hemos concedido. Pero es también el sistema de los controles y contrapesos y los engranajes interrelacionados del gobierno que exige el consenso de muchos grupos y líderes antes de que la Nación pueda actuar; y es un sistema que se cobra el elevado precio de la demora y la falta de vitalidad que he observado" (108).

#### g) La presunción de legitimidad y la ejecutoriedad del acto administrativo

El principio de ejecutoriedad y, en menor medida, el que consagra la presunción de legitimidad del acto administrativo en el art. 12, LNPA, han sido calificados como soluciones normativas "coherentemente" autoritarias por un sector de la doctrina nacional (109), dando a entender, sin demostrarlo, que dicha regulación legislativa obedece a que algunos autores argentinos llegan "inadvertidamente" a sostener posiciones que se apoyan en ideologías incompatibles con nuestro sistema constitucional (110).

Se trata de la crítica que hace Mairal (111) a Marienhoff por haber citado a Ranelletti -según dice- como fundamento del principio de ejecutoriedad, lo que habría conducido a que nuestro maestro haya acudido sin advertirlo a una fuente ideológica del fascismo.

Este curioso método crítico no repara en el hecho de que i) la regla de la ejecutoriedad es anterior, así como

los son muchos trabajos de Ranelletti; ii) otros autores han citado sin escrúpulos a dicho autor italiano (112); iii) el fundamento se basa en una opinión doctrinaria que no se apoya en la legislación extranjera para sustentar la postura favorable a la ejecutoriedad (113). Al propio tiempo, cabe apuntar que este principio se ha incorporado en algunas legislaciones que regulan los procedimientos administrativos, como la de la Ciudad de Buenos Aires (114), y que, por lo demás, la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad se hallan admitidas como principios en el Derecho Administrativo europeo (115). En cualquier caso, interesa puntualizar que la presunción de legitimidad no tiene carácter absoluto pues cede frente a la presencia de una nulidad manifiesta (116), es decir, ostensible, que haga innecesario realizar una investigación de hecho para determinar la invalidez del acto (117).

Por último, una mirada hacia la crítica efectuada a la ejecutoriedad revela que se confunde la regla que hace al cumplimiento del acto administrativo (118) con su ejecución forzosa o coactiva, que (119), en principio, está reservada a los jueces, salvo supuestos excepcionales como la protección del dominio público y la ocupación temporánea anormal (120). ¿O acaso la Administración tendría que proveerse de una orden judicial para disolver un piquete?

#### h) El contrato administrativo

La crítica también ha cuestionado, entre otras instituciones del Derecho Administrativo, la configuración de la teoría que ha permitido deslindar la categoría del contrato privado de la del contrato público, administrativo en la especie. La acusación de acudir a fuentes francesas a las que se atribuye generalidad e imprecisión, a diferencia de las provenientes del derecho norteamericano, ha conducido a un sector de la doctrina, que se reconoce minoritario (para nosotros, incluso extraño al Derecho Administrativo) a sostener que la teoría resulta tan peligrosa como inútil (121).

Los defectos que se adjudican a dicha teoría resultan en sí mismos contradictorios, ya que difícilmente una teoría a la que se imputa peligrosidad pueda ser al propio tiempo inútil, al menos para cumplir similar objetivo. Pero, aparte de este cuestionamiento, si se quiere lógico, lo cierto es que la crítica, al pretender ser meramente descriptiva, no acierta a comprender la causa o razón de ser de una categoría contractual regida por principios y reglas diferentes al Derecho Civil. Se soslaya, de ese modo, el papel que cumple el fin público relevante en la realización de la función administrativa (en sentido material u objetivo) como causa atributiva de sustantividad, y, al propio tiempo, se cuestiona la caracterización del régimen administrativo o exorbitante (integrado por prerrogativas y garantías), como el que surge del art. 12, LNPA., aplicable al contrato administrativo en cuanto fuere pertinente (art. 7 in fine, LNPA.) (122), particularmente a la constelación de actos administrativos que conciernen a su formación y ejecución (123).

Obsérvese que no se cuestiona la presencia de prerrogativas públicas en los contratos administrativos ni la atribución de poderes exorbitantes a la Administración hecha por ley o reglamento fundado en ley.

De esa manera el eje de la crítica se desplaza a la cuestión (sostenida por nosotros hace más de veinte años) de la inadmisibilidad de las cláusulas exorbitantes implícitas (124), la cual se utiliza para fundar la argumentación adversa a la construcción de una teoría sobre el contrato administrativo.

Carece de sentido replicar aquí toda la argumentación que exhibe la polémica habida con el profesor Mairal (125). Sí nos parece útil, quizás, más que desentrañar las afinidades ocultas, formular algunas reflexiones complementarias de nuestra tesis.

En primer término, corresponde remarcar que en el ámbito del Derecho Administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el Derecho Civil o Comercial, la voluntad de las partes se encuentra condicionada o limitada por el Derecho Público, cuyas modulaciones acotan más intensamente en cuanto la voluntad está delimitada por todo el sistema, y no sólo por el orden público la libertad negocial. Se trata de reglas y de principios que van mucho más allá del orden público aplicable a la contratación civil, pues las limitaciones, condicionamientos y prohibiciones serían, en muchos casos, ilegítimas en el Derecho Privado y, en algunos supuestos, notoriamente inaplicables, como lo son, a la inversa, determinadas prescripciones del Derecho Civil en materia de extinción del contrato administrativo por incumplimiento de las obligaciones del contratista (126).

En ese contexto, el régimen administrativo del contrato se integra con el principio de la competencia (127) y con las reglas que rigen el proceso de selección del contratista (el principio de la licitación pública). Este último, al preservar la igualdad (art. 16, CN.) antes, durante y después de la adjudicación, marca una faceta sustantiva en la contratación pública que, por lo común, suele verse, exclusivamente, como una regulación procedimental adjetiva, a raíz de hallarse prescripta actualmente (128) como la regla en materia de contratación pública (excepto los contratos excluidos) (129).

Dado que la proyección de esta regla recae sobre los contratos de objeto privado que celebra la Administración (vgr., inmodificabilidad de las obligaciones esenciales del contratista), corresponde puntualizar

que ello no produce una mutación en la condición jurídica del contrato sino una injerencia parcial del Derecho Público que confirma la naturaleza mixta (Derecho Público y Privado) de esta clase de regulación contractual. Así, no sería legítimo ejercer prerrogativas de poder público que carecen de justificación en un contrato regido por el derecho mercantil (por ej., un contrato de préstamo celebrado por el Banco de la Nación Argentina) en el que, obviamente, no se configura un fin público relevante ni pertenece al giro o tráfico administrativo (o, simplemente, a la función administrativa).

Otra de las prerrogativas clásicas que consagra el ordenamiento que no se justifica en los contratos privados es la revocación de un contrato administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (interés público relevante, en suma) cuyo ejercicio se encuentra acotado por una serie de principios de Derecho Público, entre los cuales prevalece el de la indemnización integral para que la potestad respete la garantía constitucional de la propiedad (art. 17, CN.) [\(130\)](#).

En suma, si se reconoce la existencia de reglas especiales en el campo de la contratación de la Administración y aun la existencia de matices o grados de mayor injerencia del Derecho Administrativo, aunque no se aceptase la configuración de un régimen exorbitante (cuyas potestades derivan del ordenamiento), la crítica debería concentrarse en las formulaciones normativas concretas, así como en aquellas soluciones jurisprudenciales que generan inseguridad jurídica y arbitrariedades, antes que darles a los funcionarios de turno amplia libertad para acordar la incorporación de cláusulas exorbitantes o plena libertad negocial. Esto último puede ser viable en el derecho anglosajón, pero su admisión en nuestro país entraña un grave peligro para la moral pública, como lo ha demostrado la experiencia acontecida a raíz de la constitución y financiamiento de los fideicomisos públicos, cuyo proceso contractual se encuentra -ex professo- fuera del régimen de la contratación pública.

## VII. LA AUTONOMÍA PROVINCIAL: PROYECCIÓN DE LA CATEGORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE EL CONCEPTO DE "CAUSA CIVIL"

Muchas veces, sin penetrar en la realidad de las cosas, se encuentra una técnica y se buscan, sin más, sus posibilidades de aplicación, en el afán de justificar artificialmente un presunto hallazgo científico. Es lo que acontece con el alcance que una parte de la doctrina ha pretendido atribuir a la teoría del contrato administrativo con respecto a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, cuestión ésta que pone en juego la autonomía de las provincias.

Así, a través de una interpretación unitaria del sistema constitucional, que pretende concentrar la radicación de los conflictos concernientes a los contratos administrativos en nuestro alto tribunal, se ha llegado a sostener que "... la figura del contrato administrativo permite reducir aún más la competencia de la Corte Suprema, al excluir gran parte de las controversias contractuales en las que las provincias están involucradas, que antes de la difusión de esta teoría quedaban alcanzadas por la locución `causas civiles'" [\(131\)](#).

Esta opinión contiene varios equívocos. Es errónea pues: (i) si bien la interpretación jurisprudencial de la Corte no ha sido uniforme ni homogénea, los antecedentes de la tendencia opuesta demuestran que ésta posee cierto arraigo y antigüedad; (ii) ello no es una consecuencia de la figura del contrato administrativo sino de la circunstancia de que, en tales supuestos, se trata de cuestiones de Derecho Público local que hacen a la autonomía provincial; (iii) se omite indicar o reconocer (salvo en alguna nota aislada desconectada del texto) que en los Estados Unidos existe una prohibición constitucional (Enmienda XI) para demandar a un Estado por parte de los vecinos de otros Estados; y (vi) el concepto de "causa civil" en el derecho norteamericano, proveniente del "common law", que se considera que es un concepto opuesto al de causa criminal, carece de sentido en sistemas como el argentino.

En ese sentido, autorizada doctrina del Derecho Administrativo ha sostenido que no corresponde incluir en el concepto de "causa civil" las controversias que versan sobre contratos administrativos [\(132\)](#), y que el precepto constitucional contribuye a la autonomía provincial [\(133\)](#).

Por lo demás, la tendencia jurisprudencial (últimamente en materia de juicios en los que la pretensión principal pone en juego la responsabilidad de las provincias) se ha inclinado por la interpretación más acorde con el federalismo, excluyendo de la jurisdicción originaria las causas que versan sobre Derecho Público local, lo cual mereció nuestra opinión favorable [\(134\)](#) y, al menos por lo que sabemos, el silencio de nuestro principal crítico.

## VIII. LAS FUENTES DEL SISTEMA JUDICIALISTA

### a) Rasgos del judicialismo argentino

Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendido que esa calificación no se circunscribe al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en

los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los Poderes Ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos.

Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista comparado es el hecho de atribuir a un Poder Judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio. Aparte del modelo español, que cuenta, desde hace muchos años, con un sistema judicialista puro de justicia administrativa, el caso alemán es otro ejemplo paradigmático de la judicialización de la llamada jurisdicción contencioso administrativa (a la que ya había apuntado el art. 107, Constitución de Weimar), considerándose que es el modelo que garantiza, de un modo más perfecto y efectivo, la vigencia de los principios del Estado de Derecho [\(135\)](#).

La configuración del sistema judicialista de la división de poderes se apoya en un cúmulo de principios, a saber:

- i) La configuración de un Poder Judicial independiente de los otros poderes del Estado;
- ii) La garantía de la defensa en juicio;
- iii) La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo; y
- iv) La proyección de la clásica garantía de la defensa que se extiende, en algunos países, en la creación y reglamentación de las acciones judiciales de amparo [\(136\)](#).

Esa línea marca el principio que debe reinar, por razones históricas, en el sistema argentino de juzgamiento de los actos de la Administración Pública, sobre la base de un sistema típicamente judicialista que hunde sus raíces en las instituciones hispánicas, primeramente en Aragón y más tarde en Castilla, sin perjuicio de la trascendente influencia recibida del derecho constitucional norteamericano.

El Justicia Mayor de Aragón constituye el ejemplo, quizás, de mayor raigambre histórica y jurídica, en cuanto representa la independencia judicial frente al rey, al punto que rigió hasta el reinado de Felipe II, cuya política absolutista transformó la institución, tras la muerte de Juan de Lanuza, en 1591, la cual quedó sujeta, desde entonces, a la autoridad real.

Esta corriente, que destaca la influencia de las instituciones españolas en las Constituciones hispanoamericanas, particularmente en la chilena de 1833 y en la argentina de 1853, ha sido propugnada por autores de la talla de Estanislao S. Zeballos y Segundo V. Linares Quintana.

Al respecto, al estudiar las fuentes de la Constitución argentina, Zeballos reconoció que había llegado a un resultado sorprendente en el sentido de que ella tiene raíces profundas "que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra, porque no existían [\(137\)](#)", sino en las del antiguo derecho español.

Entre esos principios, el que separa el Poder Judicial del Poder Ejecutivo y del Legislativo y prohíbe a éste el ejercicio de funciones jurisdiccionales traduce la continuidad de la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla (como se reconoce en los fundamentos del discurso preliminar que acompañó al texto de la Constitución de Cádiz).

Así, pudo decir Bielsa del Justicia de Aragón que fue una "admirable institución, cuya esencia es la de las más altas Cortes de justicia defensoras de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución [\(138\)](#)".

Por ello no puede extrañar que un antecedente hispánico similar al habeas corpus anglosajón, el juicio de manifestación, haya influido también en nuestra tradición jurídica constitucional [\(139\)](#), ni menos aún que la Constitución de Cádiz de 1812 constituya una de las fuentes nutricias de la Constitución argentina, como lo han destacado Linares Quintana [\(140\)](#) y otros juristas [\(141\)](#).

La prescindencia de las fuentes constitucionales, los trasplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir fórmulas incompatibles con nuestra idiosincrasia, que desconocen el piso de realidad sobre el que transitan nuestras principales instituciones, yendo a contramano de nuestra tradición histórica.

En suma, hay que reconocer, en síntesis, como rasgos del sistema judicialista argentino, los siguientes:

- i) La justicia se constituye como un poder del Estado con independencia orgánica y funcional;
- ii) Como regla general, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;
- iii) Sólo excepcionalmente las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización, y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para justificar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos encuadrados en la Administración,

aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;

iv) La tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se reafirma en virtud del "estatus" constitucional que en algunos países como la Argentina (art. 75, inc. 22) adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos arts. 8 y 25 lo han consagrado.

De este principio se deducen una serie de consecuencias, a saber:

i) La superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes [\(142\)](#);

ii) La ampliación del círculo de legitimados, al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (vgr., consumidores y usuarios y, en general, los derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo -arts. 42 y 43, CN.-);

iii) La eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía administrativa [\(143\)](#), lo cual también refirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa [\(144\)](#);

iv) La supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción de los respectivos derechos.

b) La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa

En el sistema que rige en los Estados Unidos de América no existe, para el control de los actos de la Administración Pública, una tradición judicialista tan arraigada, en el plano constitucional, como en los países de Hispanoamérica, sino una evolución hacia la adopción generalizada de una jurisdicción administrativa primaria que, incluso, en algunos casos excepcionales no es judicialmente revisable [\(145\)](#).

En tal sentido, el profesor Bernard Schwartz ha sostenido que la jurisdicción primaria administrativa y el principio que exige el agotamiento de la instancia administrativa son como dos caras de la misma moneda. Mientras que la jurisdicción primaria determina si un tribunal judicial o un ente administrativo tienen jurisdicción inicial, la doctrina del agotamiento define si se puede revisar lo actuado por un ente administrativo que no es la última instancia en el ámbito de la Administración [\(146\)](#).

De ese modo, tras la evolución del sistema judicialista norteamericano, se operó el reconocimiento de una nueva forma de jurisdicción, llamada "primaria administrativa", distinta de la judicial pura.

Esta circunstancia, bastante atípica, terminó por convertir a la jurisdicción primaria administrativa [\(147\)](#) en una verdadera instancia del proceso administrativo, pues ella sustituye, en los hechos, a los tribunales federales de primera instancia (denominados "tribunales de distrito"), ya que las leyes que rigen el procedimiento ante la jurisdicción federal suelen prescribir, contra las decisiones de diversos órganos o agencias administrativas, un recurso directo de apelación ante las Cortes de Circuito [\(148\)](#).

El principal efecto que ello produjo, no suficientemente señalado por la generalidad de la doctrina, es que el control judicial no constituye, en tales supuestos regulados por el derecho estatutario o administrativo, un control difuso sino concentrado en un número restringido de tribunales colegiados de segunda instancia (no más de catorce).

No obstante, el control difuso sigue manteniéndose a favor de la exclusiva competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos, cuya fuerza expansiva se encuentra limitada al pleito, por el carácter inter partes de la sentencia, sin perjuicio de que, en la práctica, la regla del stare decisis le confiere cierta ejemplaridad a las decisiones de la Corte Suprema [\(149\)](#).

En resumidas cuentas, el sistema norteamericano evolucionó de un modo diferente al sistema judicialista argentino, caracterizándose por una combinación, basada en el pragmatismo y en la eficiencia, entre diversos elementos propios de los sistemas judicialistas y aquellos que rigen en los sistemas de tribunales administrativos, aunque orgánicamente no tengan una constitución similar.

Por ese motivo, al tratarse de dos sistemas bien diferenciados en sus orígenes, estructura y funcionamiento, mal pueden extrapolarse sin más las fórmulas procesales del derecho norteamericano, las cuales deben pasar por el tamiz representado por los principios de nuestros sistemas constitucionales y por el juicio prudencial sobre la compatibilidad de cualquier institución o regla jurídica, con la tradición y las costumbres de nuestros pueblos.

### c) Bases y caracteres constitucionales del sistema judicialista

1.- La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812

Lo primero que se advierte al abordar este tema 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 la consecuente institución de un Consejo de Estado [\(150\)](#).

En lo que concierne al juzgamiento de los actos y contratos de la Administración Pública hay que convenir 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 [\(151\)](#).

Con algunas variantes poco significativas, los sistemas latinoamericanos -en lo que atañe al llamado contencioso-administrativo- han terminado coincidiendo con la versión española, pues si bien algunos de ellos adoptaron, en su momento, las fórmulas más amplias del constitucionalismo norteamericano, como Venezuela y Brasil, lo cierto es que han terminado, en la evolución operada en sus principales instituciones, aproximándose más al modelo español actual y a los principios que lo rigen que al vigente en los Estados Unidos, que no contempla la configuración de tribunales especializados en lo contencioso administrativo.

Ello no implica desconocer que en muchos casos las Constituciones de Latinoamérica han recibido la impronta de la influencia del sistema norteamericano en punto a la forma federal de gobierno y a la organización del Poder Judicial, principalmente en lo que atañe a la articulación de la competencia del fuero federal en razón de las personas o de la materia [\(152\)](#).

Sin embargo, esa influencia, aunque importante, no amengua la trascendencia de un principio capital, el cual, extrañamente, recién comenzó a aplicarse en su país de origen casi un siglo después. Al no hallarse contemplado en la Constitución norteamericana, ello ha determinado que, en definitiva, los sistemas judicialistas iberoamericanos -aunque no adoptaron el modelo francés- hayan transitado por caminos diferentes, terminando de configurar, de últimas, un sistema adaptado más a la idiosincrasia de cada pueblo y a sus realidades históricas que al punto de partida común.

Ese principio capital del derecho público iberoamericano, derivado de la interpretación más pura y ortodoxa de la división de poderes que se halla en la médula del constitucionalismo hispánico de raíz liberal [\(153\)](#), se encuentra en el art. 243, 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 [\(154\)](#), tomándolo, según Bosch, del art. 108, Constitución de Chile de 1833 [\(155\)](#).

De acuerdo con el pensamiento que el inspirador doctrinario de la Constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, expuso en las "Bases..." y en el proyecto constitucional que concreta esas ideas, que finalmente se sancionó y que recogió buena parte de los artículos proyectados [\(156\)](#), 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 [\(157\)](#), 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:

Art. 109 , CN.: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Interesa puntualizar que un precepto semejante se hallaba también en el Reglamento Provisorio del 22/10/1811 de la Junta Conservadora [\(158\)](#), pero el origen del principio proviene del Reglamento preconstitucional que dictaron las Cortes de Cádiz para el funcionamiento del Consejo de Regencia, que es de fecha anterior (16/1/1811).

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 (159), al igual que el principio del juez natural (160), fuente indubitable de nuestro art. 18 , CN.

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 hispánico 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".

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

Para captar la arquitectura de nuestro sistema constitucional resulta imprescindible desbrozar el campo doctrinal acerca de la interpretación del principio de separación de los poderes, donde, en general, se verifica una confusión generalizada (161).

Así, mientras que 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 (nota)), en los países anglosajones el principio de la separación de poderes no se interpretó de un modo tan absoluto, postulándose, 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 francés y los tribunales que actúan en su ámbito jurisdiccional están dotados 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 con el fenómeno de la llamada "jurisdicción administrativa primaria" en 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 (163).

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 (164).

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 que 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, el diseño constitucional argentino 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 , CN. (ex art. 95 , antes de la reforma de 1994).

3.- El art. 109 , CN. y su interpretación sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración en el marco constitucional

El debate en torno a la función jurisdiccional de la Administración o al contencioso-administrativo ha

cochado en la actualidad un notable interés, planteando la necesidad de su explicación dogmática y doctrinaria a la luz del sistema constitucional.

Aun cuando pueda convertirse en una discusión meramente verbal, la realidad parece indicar otra cosa. Basta para demostrar ese aserto 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 postularon tres interpretaciones, sustancialmente distintas, sobre el fondo de la cuestión suscitada (165), lo cual permite al menos dudar de que se trate de un mero debate académico sin consecuencias sobre la realidad.

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 armonizar los principios 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 -sin mayor éxito- en el Derecho Administrativo argentino.

Se ha señalado que lo esencial del fallo es que "la Administración activa no puede, constitucionalmente, ejercer jurisdicción administrativa...", pero sí se puede, en cambio, establecer tribunales independientes cuya función sea ejercer jurisdicción administrativa (166). Esta conclusión no tiene en cuenta lo que -a nuestro juicio- es algo así como la médula 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 (167), 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 (168).

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 (vgr., 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 (169) y se interpretó en la Argentina (170).

En este punto hay que tener en cuenta la constructiva crítica que, lúcida y acertadamente, hizo Bosch (171) sobre la tesis de Bielsa en cuanto a que lo jurisdiccional era el género y lo judicial la especie. El error de la tesis de este último resulta de su punto de partida, en cuanto atribuye el adjetivo "judicial" sólo a los actos dictados por ese poder (172), 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).

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 (173).

En efecto, la correcta interpretación del principio, en nuestro sistema constitucional, radica en 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, por ejemplo, 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 que 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) (174). Ésta 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 , 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 los órganos 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. Ésta ha sido la fundamentación que inspiró tanto la jurisprudencia de la Corte (175) (al seguir, sustancialmente, la doctrina expuesta por Bosch) como los requisitos que sostuvimos en distintos trabajos y obras (176).

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 (177), la que ha sido también definida como delegación legislativa (178), utilizando la terminología norteamericana.

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

## IX. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La judicialización de la actividad administrativa implica que, en forma creciente, los jueces adoptan decisiones que antaño correspondían a la Administración. El presupuesto teórico de este proceso de ampliación de la función jurisdiccional se apoya en una de las interpretaciones de la doctrina de la separación de poderes, que denominamos relativa.

Este fenómeno se halla impulsado por una dialéctica interna, que si bien responde a orígenes distintos y exhibe una gran complejidad técnica, encuentra su justificativo en una única necesidad, que es la de encontrar respuestas adecuadas a conflictos y situaciones públicas y privadas que de otro modo quedarían sin resolverse, al menos de un modo eficaz. Lo que está en juego, pues, es la protección jurídica de todos los derechos a través de la efectividad de la tutela judicial.

Ese nuevo rumbo que ha asumido la labor judicial reconoce, principalmente, dos causas. La primera, de naturaleza política, radica en la tendencia de los gobernantes a transferir a los jueces la responsabilidad por la toma de decisiones vitales para la comunidad para mantener una determinada imagen frente a la población. Pero existe otra causa, de tipo sociológico, que nace del temor que inspira a los funcionarios la adopción de medidas de cara a las consecuencias penales de sus actos, tanto por el cúmulo de intereses que resultan perjudicados como por el desorden legislativo reinante y las investigaciones que se realizan a posteriori a raíz de los cambios de gobierno.

Sin embargo, el cambio fundamental se opera al invertirse la regla según la cual los jueces actúan a posteriori, previo ejercicio de la autotutela por parte de la Administración (180). Los jueces sustituyen en ciertos casos a la Administración cuando ésta no decide, o bien ordenando medidas de contenido positivo sin acto administrativo previo. Realizan así, antes que una actividad de subsunción de la norma en el caso, una tarea de sustitución que cubre los vacíos o defectos en el funcionamiento del sistema jurídico mediante los principios generales del derecho o la equidad. Ello no implica, desde luego, legitimar la creación libre del derecho por parte de los jueces como lo sostuvo en su momento alguna escuela (que actualmente carece de influencia), ni

tampoco que los jueces se conviertan en administradores ni en legisladores. En efecto, los límites que surgen de la interpretación constitucional y de los principios generales del Derecho Público muestran la configuración de un núcleo de competencias administrativas y legislativas que el juez no puede traspasar (aunque sí controlar su constitucionalidad y/o legalidad) sin afectar el equilibrio entre los poderes, aunque, en definitiva, se trate un equilibrio relativo y flexible entre órganos, poderes y funciones, como se ha intentado explicar en los puntos anteriores.

Ahora bien, la ampliación del ámbito judicial se advierte tanto en el plano orgánico como objetivo. En lo que concierne al primero de estos aspectos, se judicializa parcialmente la actividad de la Administración, admitiéndose desde una jurisdicción administrativa primaria más generalizada, como acontece en Estados Unidos, hasta la limitada función jurisdiccional que se reconoce a entes o agencias que gozan de independencia funcional (aunque no orgánica), dejando a salvo la potestad de los jueces para llevar a cabo la revisión final de dicha actividad jurisdiccional, con amplitud de debate y prueba (es lo que sucede en el caso argentino).

A su vez, el objeto de la protección judicial, antiguamente circunscripto a los derechos subjetivos clásicos, se ha ampliado no sólo al mejorarse las técnicas de la legitimación procesal y el consecuente acceso a la justicia (181), a través de diferentes especies de procesos (182), sino por la irrupción de nuevos derechos constitucionales (vgr., derecho a la salud y al medio ambiente sano) llamados de incidencia colectiva, lo cual ha generado una actividad judicial de naturaleza cautelar e, incluso, medidas autosatisfactivas y/o de urgencia.

También cabe señalar que la ampliación del papel del Estado en ámbitos que antes no cubría (vgr., defensa de la competencia y protección de consumidores y de usuarios de servicios públicos) así como la extensión que ha cobrado la constitucionalización del derecho de participación (vgr., consultas y audiencias públicas) son algunos de los aspectos más significativos de este proceso que conduce a los jueces a un mayor activismo procesal.

Por su parte, en la línea de la judicialización corresponde anotar la superación de los obstáculos que impedían a la justicia conocer en causas en las que se disputaban cuestiones políticas, las que actualmente se consideran, en principio, judiciales (183).

Como se puede apreciar, el escenario en que actúan los tribunales judiciales presenta una fisonomía distinta de la que tenía durante la primera mitad del pasado siglo. En dicha fisonomía se han producido una serie de cambios en los paradigmas tradicionales. Desde la declinación del positivismo legalista hasta la ruptura de la prevalencia absoluta del derecho nacional atribuyendo a los tratados una mayor jerarquía que la que tienen las leyes (art. 75, inc. 22, parte 1ª, CN.) -aunque, en la Argentina, la Constitución posee supremacía sobre los tratados (arts. 27 y 31, CN.) (184)-, son muchísimos los aspectos que han gravitado para reforzar la importancia de la función de los jueces como poder del Estado que no están limitados como antes a la mera actividad silogística de aplicar la ley, sino que contribuyen decisivamente a la realización de la justicia material.

En ese contexto, la concepción de la Constitución como ley suprema o norma fundamental (185), producto del consentimiento del pueblo (186), con carácter operativo (en principio) y jerarquía superior sobre todo el ordenamiento, ha jugado una función preponderante para reafirmar el papel de los jueces como sus intérpretes finales en el esquema del Estado de Derecho, que supone la configuración de un sistema de poderes y competencias tasados y limitados.

En definitiva, la judicialización es un fenómeno que traduce la búsqueda de equilibrio, es decir, de justicia. De algún modo, ella es producto de la teoría de la separación de poderes, y, como tal, su tendencia apunta, ante todo, a la defensa de las libertades de los ciudadanos. El problema que se presenta es, ante todo, el de establecer los límites de la actividad jurisdiccional.

Porque no se puede ignorar que en algunos campos, como en los procesos colectivos, un exceso de "judicialismo" es susceptible de generalizar verdaderas acciones populares que, aparte de dificultar la composición de legítimos intereses contrapuestos, conspiran contra la realización de la justicia subjetiva, que estaría como ahogada por la corriente objetiva que actúa en defensa de la pura legalidad y en exclusiva protección de intereses colectivos.

Con todo, aunque la judicialización no garantiza, por sí misma, el acierto de las sentencias, no es menos cierto que en muchos países se ha operado una sensible mejora en el desarrollo de las técnicas de control de los fallos arbitrarios y que la tarea judicial constituye el freno más eficaz contra la omnipotencia legislativa y la arbitrariedad de los funcionarios públicos, así como para combatir la corrupción.

En cualquier caso, el funcionamiento de una justicia imparcial e independiente continúa siendo, en los países iberoamericanos, algo así como la tabla de salvación a la que siempre se acude cuando se trata de proteger a los ciudadanos del ejercicio ilimitado y despótico del poder de turno.

## X. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se advierte la trascendencia que posee el tema de las fuentes de la Constitución Nacional, y sus principales implicancias en el campo del Derecho Administrativo, junto con la necesidad de profundizar su estudio despejando los equívocos cometidos, fundados más en la pasión que se pone en el debate que en la razón objetiva.

En las páginas que preceden creemos haber demostrado la compatibilidad entre el Derecho Administrativo y el modelo de la Constitución, probando que el sistema administrativo argentino -en sus principios básicos- posee coherencia constitucional, a pesar de algunas fallas que exhibe en su estructura y funcionamiento.

Solemos decir que el derecho siempre fluye, y así como es importante mantener la fidelidad al poder constituyente, la interpretación no debe ser estática sino dinámica [\(187\)](#), en cuanto ella viene condicionada por la historia y las circunstancias de cada época, lo que no es óbice para desconocer la fuerza normativa de la Constitución ni, menos aún, la supremacía que ésta tiene respecto de todo el ordenamiento, incluso sobre los tratados internacionales [\(188\)](#).

La Corte Suprema ha puntualizado que el método de interpretación constitucional que se apoya exclusivamente en la voluntad del constituyente posee un "relativo valor indicativo, ya que otorgarle un valor absoluto significa atarse a una concepción inmovilista que impide la renovación del contenido filosófico de la norma y provoca su ineptitud" [\(189\)](#).

Pero esta tarea interpretativa tiene límites, y no se puede traspasar el sentido de la norma en dirección contraria a la fuente en que se basa, ni olvidarse que, en todo caso, la interpretación tiene que llevarse a cabo en función de la totalidad del ordenamiento constitucional y atender a la diversidad de fuentes que le dan origen. Al propio tiempo, para suplir las eventuales carencias interpretativas corresponde acudir al auxilio que siempre brindan los principios generales del derecho, y los datos de la realidad sobre la que operan, con lo que se completa el enfoque trialista.

La diversidad de fuentes (en sus variadas acepciones) de nuestra Constitución torna compleja la tarea del interprete, máxime cuando esa amalgama de orígenes revela la construcción de un derecho propio dotado, en su conjunto, de cierta peculiaridad, producto de la adaptación a la fisonomía de nuestro país [\(190\)](#).

En esta línea, rescatar el valor de las fuentes hispánicas y francesas [\(191\)](#), como también los elementos vernáculos de nuestra Constitución, no implica retacear la trascendencia que tuvo la Constitución de los Estados Unidos como fuente de la nuestra, así como no se puede negar que los principales redactores fueron Gutiérrez y Gorostiaga [\(192\)](#), ni tampoco la influencia que tuvieron las "Bases..." de Alberdi y su Proyecto en la redacción del Proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales.

Pero apunta con acierto Vanossi: "...la mayor influencia del modelo constitucional de Filadelfia ha recaído sobre las cláusulas correspondientes a la parte orgánica de la Constitución", mientras que "en la parte dogmática es más perceptible la influencia de otros antecedentes constitucionales, especialmente europeos", si bien no deja de señalar que no se puede trazar una línea divisoria tajante y rotunda entre ambas partes de la Constitución [\(193\)](#).

La evolución operada en nuestra realidad histórica explica los motivos por los cuales, en el momento de completar la organización nacional, se optó por construir un Derecho Administrativo basado, principalmente, en las fuentes europeas que entonces existían, que no eran otras que las instituciones del Derecho Público imperante en las monarquías constitucionales, mediante un proceso que tuvo origen en las primeras obras de la doctrina administrativa argentina.

Corresponde advertir que, al haber adoptado nuestra Constitución el principio de unidad de la legislación civil (art. 75, inc. 12, CN.), dicho proceso constituyó una consecuencia natural de ese principio pues, en un país donde no imperaba el common law, en el que, además, se había sancionado un Código Civil de tipo francés, la formación de nuestro Derecho Administrativo tenía que hacerse necesariamente en contraposición con el Derecho Privado de ese signo, por cierto que en el marco de los principios del sistema constitucional. Como afirma Linares, "el derecho administrativo se edifica así como un derecho creado para llenar el vacío que nace de considerar los casos de derecho administrativo, como un conjunto de casos no previstos por los Códigos comunes" [\(194\)](#).

A su vez, en la evolución posterior, la disciplina administrativa fue cobrando autonomía científica y normativa, dejando de ser un derecho especial para transformarse en el derecho común de la Administración Pública, abasteciéndose con sus propios principios, adaptados a la realidad histórica argentina o proveniente de ella, sin perjuicio de acudir a la técnica de la analogía para cubrir las lagunas del ordenamiento.

Es cierto, también, que actualmente se han ampliado las fuentes del Derecho Administrativo al haberse

atribuido jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales (art. 75, inc. 22, parte 2ª, CN.) y al prescribir genéricamente que todo tratado tiene jerarquía superior a la ley (art. 75, inc. 22, parte 1ª, CN.), junto con la posibilidad de que el Congreso apruebe nuevos tratados y "convenciones sobre derechos humanos", asignándoles jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, parte 3ª, CN.).

En cualquier caso, aunque el "status" constitucional de los tratados plantea complejos problemas de armonización con nuestro ordenamiento jurídico (vgr., el derecho derivado de las organizaciones internacionales), la reforma constitucional de 1994 ha resguardado la supremacía constitucional al establecer que dichos tratados no derogan artículo alguno de la parte 1ª de la Constitución (entre los que se encuentra el art. 31) y que deben entenderse como "complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (195).

Volvamos ahora a Linares (que suele ser citado como afín a la corriente contraria) para describir el núcleo duro que constituye el objeto del Derecho Administrativo. Al respecto, sostiene que "... por lo menos todo lo que se refiere a la organización del sujeto estatal que ejerce administración, en especial el Poder Ejecutivo y sus dependientes, a las formas del ejercicio de esa función, a gran parte de los medios que la Administración utiliza, a su competencia en sentido estricto y fines, tienen las características predominantes del Derecho Público" (196), y sintetiza esas características que traducen prerrogativas de poder público o atribuciones exorbitantes en cuatro, a saber: "a) la función administrativa y en especial la que ejerce la Administración, aparece a veces como conducta de imponer unilateralmente a los particulares ciertas prestaciones, como restricciones y límites al dominio, limitaciones de policía, pago de contribuciones y servicios personales, facultades exorbitantes en los contratos administrativos y otras; b) algunos actos administrativos tienen ejecutoriedad propia; c) los actos administrativos tienen presunción de legitimidad; d) los actos administrativos son revocables por inoportunidad si bien con pago de daños" (197).

Si la diversidad de fuentes de nuestra Constitución es un hecho suficientemente demostrado en los estudios que llevaron a cabo prestigiosos juristas e historiadores del derecho, si el proceso de formación de nuestra disciplina obedeció a las razones y circunstancias históricas que antes hemos explicado, queda sin sustento la tesis según la cual la construcción del Derecho Administrativo argentino resulta incompatible con el modelo constitucional norteamericano. En otros términos, esa compatibilidad debe juzgarse con arreglo a los elementos o fuentes provenientes de ese modelo que se incorporaron a la Constitución, y nunca como consecuencia de una tesis dogmática y prácticamente absoluta que no da pie, siquiera, para el desarrollo de principios propios y originales (con la relatividad que entraña siempre la creación autónoma).

Lo hasta aquí expuesto no implica, desde luego, profesar una ciega adhesión a construcciones pretéritas cuando la injusticia o nuevas necesidades públicas aconsejen introducir reajustes en las instituciones, o incluso cambios con el objeto de que éstas se ordenen al bien común. Pero sí implica que esa tarea se lleve a cabo con el respeto que merecen quienes construyeron el edificio del Derecho Administrativo, desde Bielsa hasta Marienhoff, sin olvidar a Villegas Basavilbaso, Bullrich, Bosch, Fiorini, Diez y Linares, así como a todos los artífices que contribuyeron a la formación y desarrollo de las bases doctrinarias de las instituciones de nuestro Derecho Público.

Cassagne, Juan Carlos, "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho argentino", ED Supl. Derecho Administrativo 2001/2002, p. 493.

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes de la Constitución Nacional: los principios fundamentales del Derecho Público Argentino", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. XVI. El grado de colaboración de Mairal parece no haber sido menor, a juzgar por las expresiones que emplean los autores en el prólogo para agradecerle sus aportes y sugerencias.

Conf. la crítica que ha formulado Pérez Guilhou, Dardo en "Las fuentes de la Constitución Nacional", LL Supl. Constitucional del 15/3/2007, p. 1 y ss. La respuesta -a nuestro juicio desmesurada- no se hizo esperar: ver García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes de la Constitución y el pecado de disenter. De quijotes, cabalgatas y ladridos", ED del 19/6/2007 y del 20/7/2007.

Schopenhauer, Arthur, "El arte de tener razón (expuesto en 38 estratagemas)", 9ª ed., Ed. EDAF, Madrid, 2004, p. 10, citado en la presentación de Dionisio Garzón.

Al respecto ver Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 3, 9ª ed., Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, p. 2, en cuya nota 1.3 elogia diversos trabajos de Mairal en los que éste cuestiona los principios enunciados en el texto, coincidiendo en que la solución legislativa es "coherentemente autoritaria" (Gordillo, Agustín A., "Tratado..." cit., p. 16).

Al respecto, han refutado esas opiniones: Sánchez, Alberto, "Acerca de los cuestionamientos al Derecho Administrativo como régimen exorbitante", REDA, n. 50, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 869 y ss.;

Ivanega, Miriam M., "Reflexiones acerca del Derecho Administrativo y el régimen exorbitante de Derecho Privado", RAP, n. 323, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, p. 9 y ss.

Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, 5ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 87. Al respecto escribió frases significativas: "Se prescinde de los principios doctrinales y aun de las normas legislativas para ir a buscar un caso resuelto en alguna Corte extranjera. Es oportuno entonces recordar que casuismo no es ciencia ni mucho menos, como dijimos, sobre lo exegético, y que es siempre incompatible con la dignidad de la ciencia, de cualquier disciplina y especialmente de la jurídica, un servilismo de tal naturaleza".

Se ha dicho que "todo nuestro sistema jurídico ha abrevado en fuentes continentales europeas...", y que "si tan sólo se tratara de una cuestión formal, deberíamos derogar todo nuestro sistema jurídico y empezar de nuevo, ya que si bien adoptamos una Constitución que es esencialmente norteamericana, nos hemos apartado luego del derecho norteamericano en todas las ramas que no sean Derecho Constitucional" (conf. Bianchi, Alberto B., "Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (una perspectiva desde el Derecho Administrativo de los Estados Unidos)", ED 184-904).

Ver David, René, "Tratado de Derecho Civil comparado", traducción de la edición francesa de 1950, actualizada por el autor, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 251 y ss.

Conf. Ferreyra, Ramón, "Elementos de Derecho Administrativo general y argentino", Ed. Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1866, p. VIII (prólogo).

Un buen análisis de la cuestión puede verse en Aberastury, Pedro, "La justicia administrativa", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 22 y ss.

Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, n. 33, sesión del 3/8/1863, p. 336.

Íd., p. 335.

Ibíd., p. 326.

Conf. Bosch, Jorge T., "¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?", Ed. Víctor P. Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 45.

Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, n. 33 cit., ps. 336-337; al contradecir a Gorostiaga, destacó que "hay monarquías, donde existen tribunales que resuelven sobre el contencioso-administrativo con prescindencia del gobierno y cuyas resoluciones hacen cosa juzgada". García se refería al art. 6 de la ley del 8/3/1849, concerniente a la competencia del Consejo de Estado, apoyándose en Dalloz.

García, Manuel R., "Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la organización constitucional argentina", Ed. Imprenta de Andrés Bettini, Florencia, 1863, ps. 73-74. Este autor fue citado en el debate de la ley 48 como partidario de la demandabilidad del Estado Nacional, lo cual no le impedía admirar el sistema judicial norteamericano en su conjunto.

"Puede ser que esté permitido afirmar, como se hace habitualmente, que los países de América Latina tomaron los principios de su Derecho Público, principalmente los de su derecho constitucional, de Estados Unidos. La fórmula, sin embargo, si debemos respetarla, sólo puede entenderse con muchas reservas y es necesario reconocer que los países de América Latina supieron adquirir, respecto a Estados Unidos y en lo que respecta al Derecho Público, una indudable originalidad. El punto de partida puede ser el mismo; el desarrollo tomado por los principios, aquí y allá, diferenció profundamente dos grupos de derechos" (David, René, "La originalidad de los derechos de América Latina", en "Le droit comparé. Droits d'hier. Droits de demain", Collection Etudes Juridiques Comparatives, Ed. Economica, París, 1982, ps. 166-167).

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes..." cit., p. 248.

Por ej., en materia del derecho que aplican los entes reguladores, como destaca Aguilar Valdez, Oscar, "El acto administrativo regulatorio", en "Acto y Reglamento Administrativo Regulatorio", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2001, ps. 450-452.

Alberdi, Juan Bautista, "Obras completas de J. B. Alberdi", Ed. Imprenta la Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1887, p. 80 y ss.

Alberdi, Juan Bautista, "Obras completas..." cit., t. V, "Estudios sobre la Constitución argentina de 1853", p. 148.

Alberdi, Juan Bautista, "Obras completas..." cit., p. 156.

Íd., p. 157.

Mayer, Jorge M. "Alberdi y su tiempo", t. II, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias

Sociales de Buenos Aires, 2ª ed., Buenos Aires, 1973, p. 918 (cita de los "Escritos póstumos" recopilados por Francisco Cruz, t. XI, p. 727).

La reforma de 1994 se apartó, en muchos aspectos, de la filosofía liberal de la Constitución de 1853/1860.

Sagüés, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", t. 1, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 209.

"Quinteros, Leónidas S. v. Cía de Tranvías Anglo Argentina", Fallos 179:113 (1937), esp. p. 133.

Stoetzer, Carlos O., "Raíces escolásticas de la Constitución norteamericana", ponencia presentada en las XV Jornadas Seminario Internacional de la Asociación Argentina de Estudios Americanos, Buenos Aires, septiembre de 1981, p. 11 y ss.; y Steverlinck Gonnet, Joris, "La Universidad de Salamanca y la Constitución de los Estados Unidos", Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 122.

Rodríguez Varela, Alberto, "La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, vol. XXXI, Buenos Aires, 2004, p. 229 y ss.

Linares Quintana, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, vol. XXIX, Buenos Aires, 2001, p. 313 y ss.

Ver Rodríguez Varela, Alberto, "La neoescolástica..." cit., p. 36 y ss.

Bidart Campos, Germán J., "Historia e ideología de la Constitución argentina", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969, ps. 128-129, 145, 160 y 165.

Bidart Campos, Germán J., "Historia..." cit., p. 132.

Sobre las ideas de Alberdi en este punto ver Salerno, Marcelo U., "Trascendencia del pensamiento francés en la Constitución de 1853", LL 2003-C-1133/1134.

Es obvio que el tema demanda un análisis más profundo que escapa al objeto de este trabajo; en sentido similar, entre otros, cabe citar Bidart Campos, Germán J., "Historia..." cit., p. 158.

Bidart Campos, Germán J., "Historia..." cit., p. 113.

Íd., ps. 113-114.

Ver Bianchi, Alberto B., "Constitución y Administración (una relación tensa y compleja)", ED 208-990, excelente estudio que destaca, con objetividad, la diversidad de fuentes constitucionales, particularmente las que conciernen al poder reglamentario.

Pérez Guilhou, Dardo, "Las fuentes..." cit., p. 3.

"Merck Química Argentina S.A. v. Nación", Fallos 211:162 (1949).

Gorostiaga empleó dicha frase en el debate de la ley 48 llevado a cabo en 1863 (ver Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, n. 33 cit., p. 337).

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes..." cit., p. 7.

Pérez Guilhou, Dardo, "Las fuentes..." cit., p. 1.

Vanossi, Jorge R., "La influencia de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina", en Revista Jurídica de San Isidro, n. 10/11, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro, Buenos Aires, 1976, p. 109.

Conf. Sagüés, Néstor P., "Manual de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 150-151.

"Merck Química Argentina S.A. v. Nación", transcripta en Fallos 211:162 (1949), esp. ps. 185-186.

Conf. Bidart Campos, Germán J., "La tipología de la Constitución argentina", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, serie I, n. 12, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 104.

"Lino de la Torre sobre recurso de hábeas corpus", Fallos 19:191 (1877), esp. p. 231 y ss.

Juan Antonio González Calderón en la disidencia en la causa "Merck Química Argentina S.A. v. Nación", Fallos 211:162 (1949), esp. p. 185.

"Ferrocaril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe", Fallos 68:227 (1897).

En la disidencia señalada: "Merck Química Argentina S.A. v. Nación", Fallos 211:162 (1949), esp. p. 185.

Bidart Campos, Germán J., "La tipología..." cit., p. 103.

Íd., ps. 104-105.

Linares Quintana, Segundo V., "Raíces..." cit., p. 44.

Ver Rodríguez Varela, Alberto, "Génesis del constitucionalismo argentino", JA 1962-VI-117.

Linares Quintana, Segundo V., "Raíces..." cit., p. 45.

Saldías, Adolfo, en el proemio al "Ensayo sobre la historia de la Constitución argentina", Ed. Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, 1878.

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes..." cit., p. 11.

Ha dicho Pérez Guilhou al respecto que "... sorprende la dureza con que el libro trata los estudios de respetables colegas que defienden aspectos menos divulgados del texto y sus fuentes europeas, que para los autores suenan a heterodoxos para la interpretación total norteamericana olvidándose así de la originalidad del Texto Supremo que ya hemos subrayado" (Pérez Guilhou, Dardo, "Las fuentes..." cit., p. 7).

Conf. Bidart Campos, Germán J., "La tipología..." cit., p. 103.

Sobre la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo ver García Belsunce, Horacio, "La doctrina política y la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo", separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005, p. 9 y ss.

Ver Pérez Guilhou, Dardo, "Las fuentes..." cit., p. 5 y ss.

Esta metodología no es novedosa. Hace bastantes años Paul Groussac hizo lo mismo; ver 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 de Buenos Aires, n. 19, año XVI, Buenos Aires, 1981, p. 12 y ss.

Vanossi, Jorge R., "La influencia..." cit., p. 81 y ss., le atribuye haber sido el principal redactor de la Constitución argentina junto con Juan María Gutiérrez, quien trabajó en la llamada "parte dogmática".

Aja Espil, Jorge A., en la introducción al libro "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Ed. Librería Histórica, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 24, afirma, refiriéndose a Ricardo Rojas, que éste "valora la inclusión del Proyecto de Constitución que tanto influyó en el Congreso de 1853 y en Urquiza".

Ver Mayer, Jorge M., "La influencia..." cit., ps. 22-25.

Íd., p. 5.

Vanossi, Jorge R., "Pensamiento y actualidad en Alberdi", en "Homenaje a Juan Bautista Alberdi", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con motivo del sesquicentenario de las "Bases...", Córdoba, 2002, p. 125.

Ver Vigo, Rodolfo L., "El iusnaturalismo actual", Ed. Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2003, p. 122, con cita de John Finnis.

Como lo reconoce Mairal, Héctor A., "Control judicial de la Administración", t. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 20.

Se ha señalado que la posibilidad de aplicar supletoriamente el derecho privado ha perdido importancia, y que dicha suplencia es de segundo grado (conf. Grecco, Carlos M. y Muñoz, Guillermo A., "Lecciones de Derecho Administrativo", vol. I, Ed. Morena, Morón, 1977, ps. 94-95).

Lo que se advierte en materia de invalidez del acto administrativo: conf. Perrino, Pablo E., "Teoría de la invalidez del acto administrativo", en "Acto administrativo y reglamento", Jornadas organizadas por la Universidad Austral cit., ps. 117-122.

Mairal, Héctor A., "Algunas reflexiones sobre la utilización del Derecho Extranjero en el Derecho Público argentino", en "Estudios de Derecho Administrativo II", IEDA, Ciencias de la Administración, Mendoza, 2000, p. 41.

Ver, por ej., *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. XXXV, año XXV, París, 1918, en el que figuran, entre los artículos de fondo, uno de James W. Garner sobre el Poder Ejecutivo en tiempos de guerra de Estados Unidos y otro de Léon Duguit titulado "Jean-Jacques Rousseau, Kant y Hegel". A su vez, en el "Tratado de Derecho Constitucional" de Duguit (que analiza numerosas cuestiones de Derecho Administrativo) las referencias y, en algunos casos, la adopción de las teorías alemanas no se consideran incompatibles con el sistema republicano.

Como puede verse en Bianchi, Alberto B., "Constitución..." cit., p. 994.

Ver García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", dos tomos, 13ª y 10ª ed., respectivamente, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

Muñoz Machado, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general", 2ª ed., Ed. Iustel, Madrid, 2006.

Uslenghi, Alejandro J., "Régimen jurídico de la potestad reglamentaria", en la obra "Acto administrativo y reglamento" cit., ps. 490-491, apunta que la Constitución de 1853 "recogió lo mejor de los sistemas vigentes adaptándolos a la idiosincrasia y los valores de un pueblo que necesitaba darse sus normas básicas" (p. 490).

Art. 171.1, conf. Bianchi, Alberto B., "Constitución..." cit., p. 1019.

Rolland, Louis, "El proyecto del 17/1/1924 y la cuestión de los decretos leyes", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. XLI, n. 1, Ed. Marcel Giard, París, 1924, p. 42 y ss., esp. ps. 45-55.

Las referencias al caso pueden verse en Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, "Droit Administratif", 9ª ed., Ed. Presses Universitaires de France, París, 1984, ps. 59-61.

Rolland, Louis, "El proyecto..." cit., p. 42 y ss.

Conf. Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, "Droit..." cit., p. 79; afirman que ello "constituía una fuente de graves dificultades ya que una vez que una materia (por minúscula que fuese) había sido regulada por la ley, quedaba incorporada a la esfera legislativa por determinación de la ley y la mínima modificación requerida por las circunstancias exigía la intervención de un procedimiento legislativo lento y dificultoso y tanto menos practicable cuanto que el Parlamento raramente acordaba prioridad a las cuestiones más importantes".

Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, "Droit..." cit., p. 81.

Ha dicho Sesin que si bien tienen un área limitada de regulación que se vincula con "la organización funcional del Poder Administrador" y deben respetar la preeminencia de la ley en el caso de superposiciones normativas, todo lo que haya sido "regulado por la ley y que no sea objeto de reserva absoluta y exclusiva puede ser normado por reglamento autónomo" (conf. Sesin, Domingo, "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 32-33).

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes..." cit., p. 123 y ss.

Ver Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo", t. I, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1949, ps. 246 y 267, nota 38; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, 4ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 209; Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo" cit., ps. 171-178; y Linares, Juan Francisco, "Fundamentos de Derecho Administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 31 y ss.

Así califica a los reglamentos Bianchi, Alberto B., "La delegación legislativa", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 34.

Cassagne, Juan Carlos, "El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su posterior evolución hasta la reforma constitucional de 1994", en "Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario", publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 279-280.

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes..." cit., p. 123.

Carré de Malberg, Raymond, "Teoría general del Estado", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 298.

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes..." cit., p. 125.

Conf. Duguit, Léon, "Traité de Droit Constitutionnel", t. II, 10ª ed., Ed. Fontemoing, París, 1923, p. 142; critica la postura de Carré de Malberg y recuerda que la doctrina antigua francesa atribuía la calidad de ley a todo acto emanado del Parlamento sin admitir la distinción; ver también Jèze, Gaston, "Les principes généraux du droit administratif", t. I, Ed. Marcel Giard, París, 1925, p. 28 y ss.

Duguit, Léon, "Traité..." cit., p. 182, entre otros.

García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, "Las fuentes..." cit., p. 130; ver Bosch, Jorge T., "Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Investigaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigido por el Prof. Rafael Bielsa, Buenos Aires, 1944, p. 103.

Ver Duguit, Léon, "Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel", en *Revue du Droit Public et de la Science*

Politique en France et à l'Étranger, t. XXXV, Ed. Giard & E. Brière, París, 1918, ps. 201 y 206.

Conf. Santiago, Alfonso (h) y Thury Cornejo, Valentín, "Tratado sobre la delegación legislativa", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, ps. 57-58, que citan, como ejemplo, el arrêt "Babin" del Consejo de Estado francés del 4/5/1906 (nota 43).

Marienhoff, Miguel S., "Tratado..." cit., p. 257 y ss.; Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", t. II, 6ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, ps. 233 y ss.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo" cit., p. 284 y ss.; Linares, Juan Francisco, "Derecho Administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 109-119; Bianchi, Alberto B., "La delegación..." cit., p. 34.; Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo", 1ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; en contra cabe citar a Aberastury, Pedro (h), "Reglamentos de necesidad y urgencia en el actual proceso de democratización", REDA, n. 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 501 y ss., esp. p. 511.

González, Joaquín V., "Manual de la Constitución argentina", Ed. Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 538; Vanossi, Jorge R., "Los reglamentos de necesidad y urgencia", JA 1987-IV-891; Sagüés, Néstor P., "Los decretos de necesidad y urgencia. Derecho comparado y Derecho argentino", LL 1985-E-798; Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL 1991-C-141.

Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. IX, 3ª ed., Ed. Kraft, Buenos Aires, 1988, p. 691; Bidart Campos, Germán J., "Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 229; Badeni, Gregorio, "Los decretos de necesidad y urgencia", ED 138-926.

Ver Gelli, María Angélica, "El sistema presidencialista argentino", RAP, n. 2007-1, Buenos Aires, 2007, p. 7 y ss.

Sagüés, Néstor P., "Manual..." cit., p. 387, considera que si no cumplieran los presupuestos establecidos en el art. 99, inc. 3, CN. (es decir, que no atiendan a un verdadero estado de necesidad, que la decisión no sea impostergable y que no pudieran observarse los trámites de producción de leyes) los decretos de necesidad y urgencia serían inconstitucionales.

Pérez Hualde, Alejandro, "Decretos de necesidad y urgencia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 11-12, uno de los mejores aportes al tema escritos en nuestro país.

Cuadra apuntar que los decretos de necesidad y urgencia, si bien fueron utilizados también por regímenes totalitarios, existían con anterioridad en el derecho europeo: ver, por ej., Orlando, Vittorio E., "Principios de Derecho Administrativo", traducción de la 2ª ed. italiana de 1892, Instituto de la Administración Pública, Madrid, 1978, p. 181.

La doctrina suele citar el caso "Youngstown" (US 579, ps. 587 y 588), del año 1952, fallado por la Corte Sup. EE.UU. de A., omitiendo señalar antecedentes anteriores ocurridos durante las presidencias de Wilson y Roosevelt que, como consigna Pérez Hualde (Pérez Hualde, Alejandro, "Decretos..." cit., ps. 8-9), fueron recogidos en la clásica obra de Corwin, Edward S. "El Poder Ejecutivo. Función y poderes 1787-1957", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 167; también puede consultarse, de este autor, "La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual", Ed. Fraterna, Buenos Aires, 1987, p. 261, destacando antecedentes reunidos por el juez Frankfurter en el caso "Youngstown" (343, US 579, ps. 615-626).

En su párr. 2º el artículo establece que "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". Nallar apunta que la Constitución de la provincia de Salta al regular los decretos de necesidad y urgencia en la jurisdicción provincial, los denomina "decretos sobre materia de competencia legislativa", descripción que considera correcta ya que estos decretos "no son como expresa la Constitución Nacional disposiciones de carácter legislativo" (conf. Nallar, Daniel M., "Acto y reglamento administrativo en la provincia de Salta", en "Acto administrativo y reglamento" cit., p. 617).

Burns, James M., "The Deadlock of Democracy", Ed. Englewood Cliffs, Nueva Jersey, 1963, p. 6, citado por Corwin, Edward S., "La Constitución..." cit., p. 263 (nota 52).

Gordillo, Agustín A., "Tratado..." cit., t. 3, p. 16, compartiendo la opinión de Mairal.

Ver la crítica formulada a la postura de Mairal en Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo", 2ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2003, ps. 25-26.

Mairal, Héctor A., "Algunas reflexiones..." cit., ps. 55-56, afirma que la posición de Gordillo (contraria al principio) es "axiológicamente destacable" (p. 56, nota 69). Ninguno de dichos autores indica que tanto Diez (Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", t. II, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, p. 289 y ss.) como Linares (Linares, Juan Francisco, "Derecho Administrativo" cit., p. 13) sostuvieron la presunción de

legitimidad. Este último señaló que "la ejecutoriedad 'propia' (coactiva) de un acto administrativo no es absoluta. En el orden nacional el art. 12 , LNPA., por ejemplo, impone ciertos límites que obligan a la Administración a acudir a la justicia, según sea la 'naturaleza' del acto. De este modo tampoco la revocabilidad por razones de invalidez de un acto nulo es absoluta y está reglada por el art. 17 , LNPA. en el orden nacional. Se trata de normas razonables que, como tales, no afectan los derechos y garantías del administrado" (ob. cit., p. 149).

Diez, Manuel M., "El acto administrativo", 2ª ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, ps. 262 y 268, nota 22 in fine.

Marienhoff, Miguel S., "Tratado..." cit., t. II, ps. 380-381.

Conf. art. 12 , CCAyT., que prescribe la obligatoriedad de la intervención judicial cuando se pretenda utilizar la coacción contra la persona o los bienes del particular, coincidiendo con la tesis que sostuvimos por primera vez en "La ejecutoriedad del acto administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 95 y ss., seguida más tarde por Linares (Linares, Juan Francisco, "Derecho Administrativo" cit., p. 149).

STJCE, caso "Hoeschst", del 21/9/1989. Así lo reconoce, entre otros, González-Varas Ibáñez, Santiago, "El Derecho Administrativo europeo", 3ª ed., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, ps. 373-374.

Ver Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo" cit., p. 26.

Así lo hemos reiterado, además, en un artículo sobre "Fundamentos y alcance de la presunción de legitimidad del acto administrativo de otorgamiento de una patente" (LL 2006-D-1386), que recibió la crítica de Mairal en "¿Por qué una patente de invención se presume válida?" (Mairal, Héctor A. y Bensadon, Martín, LL del 7/8/2007). En este último trabajo Mairal y su colaborador enfatizan la vigencia de la presunción de legitimidad en todos los actos administrativos, ya sea invocada por el Estado o por un particular, y justifican y valoran en particular la existencia de esa presunción con relación al acto administrativo de otorgamiento de una patente. Curiosamente, en todo el artículo -dirigido a criticar nuestro trabajo antes citado y a enfatizar la presunción de legitimidad del acto de otorgamiento de la patente- no se hace referencia alguna a la supuesta "ideología" detrás de esa presunción, ni tampoco se formulan reparos constitucionales.

Sin embargo, buena parte de la doctrina no incurre en tal confusión; al respecto puede señalarse Barra, Rodolfo C., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 274.

Fiorini, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 353 y ss.

Ampliar en Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. II, 8ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 323 y ss. Para Hutchinson debe distinguirse la ejecutoriedad de la ejecutividad asimilando la primera a la ejecución forzosa (Hutchinson, Tomás, "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 248 y ss.).

Mairal, Héctor A., "De la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED 179-655.

Grecco, Carlos M., "Procedimiento administrativo y contratos administrativos (variaciones sobre el art. 7 , párr. final, ley 19549)", en "Contratos administrativos", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 133 y ss., apunta que "... resulta evidente que cuando el objeto de la contratación del Estado ingresa en el campo de aquello que, con mayor o menor postura, se ha dado en denominar 'el giro o tráfico peculiar de las administraciones públicas', la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos es indiscutible" (Grecco, Carlos M., "Procedimiento..." cit., p. 136).

Cassagne, Juan Carlos, "El contrato administrativo", 2ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 404.

Nos remitimos a los sucesivos trabajos que refutan la tesis que cuestionamos: ver Cassagne, Juan Carlos, "Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo", ED 180-773; "La delimitación de la categoría del contrato administrativo (réplica a un ensayo crítico)", ED 181-142; y "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho Administrativo" cit.

Desde otros ángulos, la postura de dicho autor recibió numerosas críticas; ver Sarmiento García, Jorge H., "Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al contrato administrativo", ED 180-858; Barra, Rodolfo C., "La sustantividad del contrato administrativo", ED 180-1029; y Bianchi, Alberto B., "Algunas referencias críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (una perspectiva desde el Derecho Administrativo de Estados Unidos)", ED 184-900 y 185-714.

Conf. Soria, Daniel F., "La caducidad del acto administrativo", en "Acto y reglamento administrativo" cit., p. 282, respecto de la posibilidad de aplicar el art. 1204 , parte 3ª, CCiv. a los contratos administrativos.

Mata, Ismael, "La competencia como requisito esencial del acto administrativo. Desde la visión sistemática y económica", en "Acto administrativo y reglamento" cit., p. 23 y ss., hace un planteo original que, en cualquier caso, resulta contrario a la aplicación en la materia de los principios del derecho civil.

Cassagne, Juan Carlos, "El contrato..." cit., p. 69 y ss.

Las reglas que rigen en el proceso de selección pública, con garantías para los oferentes y con control administrativo y judicial de la adjudicación, no son propias del Derecho Privado. Ésta es la razón por la cual en Europa se ha sostenido la configuración de contratos administrativos en el derecho comunitario europeo (ver González-Varas Ibáñez, Santiago, "El Derecho..." cit.).

Cassagne, Juan Carlos, "El contrato..." cit., ps. 158-160.

Conf. Mairal, Héctor A., "De la peligrosidad..." cit., p. 697.

Marienhoff, Miguel S., "Tratado..." cit., t. III-A, ps. 125-126.

Conf. Bianchi, Alberto B., "Competencia originaria de la Corte Suprema", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 173 y 286 y ss., con cita de la jurisprudencia de la Corte que consideró que no eran "causas civiles" aquellas en que las provincias actuaron como entidades de Derecho Público.

Cassagne, Juan Carlos, "Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte", LL del 16/4/2007, a propósito del caso "Barreto", resuelto por la Corte el 21/3/2006.

Conf. González-Varas Ibáñez, Santiago, "La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania", Ed. Civitas, Madrid, 1993, ps. 84-87.

Art. 43, CN. y ley 16986.

Conf. Zeballos, Estanislao S., "Influencia de las instituciones visigodas en las argentinas", Revista de Derecho, Historia y Letras, año XVIII, t. LV, Buenos Aires, 1916, p. 379, con citas del "Fuero Juzgo", que, como es sabido, constituye la recopilación del "Liber Iudiciorum" (principal cuerpo legal visigótico). El trabajo de Zeballos es la reproducción de una conferencia pronunciada por el autor en el Club Español de Buenos Aires, el 12/10/1916, con motivo de la visita de Ortega y Gasset (padre e hijo), cuya trascendencia para esa época ha sido reconocida en el libro de Campomar, Marta M. "Ortega en La Nación", Ed. El Elefante Blanco, Buenos Aires, 2003, p. 72.

Bielsa, Rafael, "La protección constitucional y el recurso extraordinario", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1936, p. 126; Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado", t. I, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 35 y ss.

Linares Quintana, Segundo V., "Raíces..." cit., p. 23 y ss.

Íd., p. 33 y ss.

Conf. Rodríguez Varela, Alberto, "Génesis..." cit., p. 117; Seco Villalba, José A. B., "Fuentes de la Constitución argentina", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 218 y ss.; y Matienzo, José N., "Lecciones de Derecho Constitucional", Ed. Librería La Facultad, Buenos Aires, 1926, ps. 415-416.

El criterio de la revisión judicial posterior sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración se afirmó en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, aunque en forma casuista, a partir del caso "Fernández Arias, Elena v. Poggio, José", Fallos 247:646 (1960); ver Luqui, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa. Juicios contencioso-administrativos", t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 75 y ss.

Sobre el punto ver el excelente trabajo de Aguilar Valdés, Oscar R. "El agotamiento de la vía administrativa", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), "Tratado de Derecho Procesal Administrativo", t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 613-623, en el que explica el origen del instituto y la diferente evolución que ha tenido en los sistemas español y francés, comparación que evidencia las ventajas de este último en cuanto la regla del agotamiento resulta optativa. En el mismo sentido, Aberastury, Pedro (h), "La justicia administrativa", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 139 y ss.

Una fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa ha hecho Tawil, Guido S., "Los grandes mitos del Derecho Administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial", ED 125-958.

Schwartz, Bernard, "Administrative Law", Ed. Little Brown and Company, 3ª ed., Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 481.

Schwartz, Bernard, "Administrative Law" cit., p. 533.

En la doctrina se considera que la jurisdicción primaria administrativa es una institución incompatible con nuestro Derecho Público, particularmente con el art. 109 , CN. (conf. 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 Supl. Derecho Administrativo 2005-429 y Aberastury, Pedro [h], "La justicia..." cit., p. 268).

En Estados Unidos el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la Administración y de las agencias federales está lejos de concebirse como un sistema generalizado de control difuso, como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante Cortes Federales expresamente asignadas (APA, secc. 703); b) en la mayoría de los casos los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos ("statutory revision") que importan recursos directos ante las Cortes Federales de Apelaciones de Circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no haya remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las Cortes Federales de Apelaciones de Circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, t. 28, cap. 158, secc. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

Dicha circunstancia fue apuntada por Hans Kelsen: ver su trabajo sobre "El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana", traducción de Domingo García Belaunde, ED 156-795.

Art. 116, Constitución Política de Colombia: "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".

González Pérez, Jesús, "Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa", t. I, 4ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 92.

Arts. 108 , 109 y 116 , CN.

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.

Art. 92 de la Constitución de 1853. Sobre este principio y su importancia en la jurisprudencia de la Corte ver Aberastury, Pedro (h), "La justicia..." cit., p. 265 y ss.

Bosch, Jorge T., "¿Tribunales..." cit., p. 55.

Conf., entre otros, Mayer, Jorge M., "La influencia..." cit., p. 3 y ss.; 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, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 7 y ss.

Ver Fernández Torres, Juan Ramón, "La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)", Ed. Civitas, Madrid, 1998, ps. 93-94.

Art. 7 del Reglamento del 22/10/1811. 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- (ver Varela, Luis V., "Historia constitucional de la República Argentina", t. I, edición del autor, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1910, p. 307) el Reglamento dictado el 25/5/1810, 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 de que se reunieran las Cortes (septiembre de 1810), no es la fuente en que abrevó el ex. art. 95 , CN. (actual art. 109 ,

CN.), como lo señalamos en el texto. En cambio, de la mera comparación entre ambos textos surge que el citado precepto de 1810 se basó en el art. 1, cap. V, secc. 3 de la Constitución francesa de 1791, el cual establecía que "El poder judicial no puede, en caso alguno, ser ejercido por el cuerpo legislativo ni por el rey".

Este principio de origen hispánico no encuentra símil en el derecho anglosajón. Sus antecedentes se remontan al antiguo derecho aragonés: ver López de Haro, Carlos, "La Constitución y libertades de Aragón y el justicia mayor", Ed. Reus, Madrid, 1926, p. 191 y ss. 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" -conf. "La Constitución..." cit., p. 192-. Llama la atención que en España, con posterioridad a la Constitución de 1978, los textos constitucionales no hayan recogido este antiguo principio del sistema judicialista español, base de los hispano-americanos, lúcidamente desarrollado en el Discurso Preliminar de Argüelles.

Conf. "Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19/5/1812", con prólogo de Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 64.

No obstante 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 (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 configuración 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 Sup. en el caso "Ángel Estrada". Ver, 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 Supl. de Derecho Administrativo del 29/4/2005, p. 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 31/8/2005, p. 3 y ss.; Barra, Rodolfo C., "Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional", JA 2005-III-12 y ss.; Boullade, Gustavo, "La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites", JA 2005-III-18 y ss.; Budassi, Iván, "Responsabilidad de los concesionarios: ¿derecho común?", JA 2005-III-27 y ss.; Canosa, Armando N., "El caso 'Ángel Estrada' y las deficiencias en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos", JA 2005-III-33 y ss.; 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-38 y ss.; 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-59 y ss.; Rejtman Farah, Mario, "La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias", JA 2005-III-64 y ss.

Ver Bosch, Jorge T., "¿Tribunales..." cit., p. 177 y ss.

Ampliar en Schwartz, Bernard, "Administrative Law" cit., cap. 8.

Ver, por todos, Bosch, Jorge T., "¿Tribunales..." cit., p. 196.

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.

Ver Gordillo, Agustín, "Ángel Estrada" cit., p. 146 y ss.

Bianchi, Alberto B., "Reflexiones sobre el caso 'Ángel Estrada' y sus efectos en la jurisdicción arbitral", ED Supl. de Derecho Administrativo del 18/5/2005, ps. 10-11, con alusión al principio que denomina de limitación material de la competencia.

Ampliar en Aberastury, Pedro, "La decisión..." cit., p. 5 y ss., al analizar el voto de la minoría en el caso "Fernández Arias" , con fundamento en el ex art. 67 , inc. 11, CN. (actualmente art. 75 , inc. 12, CN.).

Conf. Bosch, Jorge T., "Lo contencioso administrativo y la Constitución Nacional", LL, t. 81, secc. Doctrina, p. 834.

Ampliar en García Pullés, Fernando, "'Ángel Estrada' ..." cit., ps. 41-42.

Bosch, Jorge T., "¿Tribunales..." cit., esp. p. 21 y ss.

Ver Luqui, Roberto E., "Revisión judicial..." cit., p. 53.

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, p. 39 y ss.

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

Fundamentación que la Corte ha esgrimido a partir del caso "Fernández Arias, Elena v. Poggio, José", Fallos 247:646 (1960), y reafirmada de modo más terminante en "Ángel Estrada" .

Conf. nuestro "Derecho Administrativo", t. II, 7ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 86.

In re "Ángel Estrada" , consid. 12.

Bosch, Jorge T., "¿Tribunales...." cit., ps. 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, el análisis del pensamiento de Bosch nos lleva a la conclusión de que existe una identidad sustancial entre la opinión de nuestro primer maestro y la que sostenemos, 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 jurisdiccionales) existente en el derecho norteamericano sino en trasladarla, sin más, a nuestro modelo constitucional, donde hay un sentido del término más estricto referido a la transferencia a otra persona de facultades que 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 , CN., dado que en nuestra Constitución no son las provincias las que delegan los poderes sino la Constitución, como reza el principio constitucional (ver, por ej., Schwartz, Bernard, "Administrative Law" cit., p. 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., 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](http://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", Ed. TEA, Buenos Aires, 1987, p. 39, y Sagiés, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", t. 2, 3ª ed. act. y ampl., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 37).

Bidart Campos sostuvo esta interpretación, que, en su momento, compartimos (Bidart Campos, Germán J., "Derecho Constitucional", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 789, y Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo" cit., p. 95). Debemos aclarar, sin embargo, que nunca hemos sostenido que escapen 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., p. 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 (por ej., Tribunal Fiscal de la Nación), aparte 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.

Sobre la articulación entre autotutela administrativa previa y la tutela final de la Administración nos remitimos al lúcido análisis que hacen García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 9ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 516 y ss.

Ampliar en Aberastury, Pedro, "La justicia..." cit., p. 125 y ss., en cuyos caps. IV y V desarrolla el tema de una manera integral a la luz de los principios de nuestro sistema constitucional.

Sobre los diferentes medios específicos de control judicial que existen en Brasil puede consultarse De Figueiredo Moreira Neto, Diogo, "Curso de Direito Administrativo", 14ª ed., Ed. Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 601 y ss.

Para una explicación de este fenómeno nos remitimos a nuestro "Derecho Administrativo", t. II, 8ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 159-174.

Conf. Badeni, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", t. I, 2ª ed. act. y ampl., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 247-286.

Ver García de Enterría, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 40 y ss. Apunta que en la concepción de la Constitución como norma suprema el poder aparece "como una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad o instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender ser nunca superior a la sociedad" (García de Enterría, Eduardo, "La Constitución..." cit., p. 45).

El origen de esta doctrina se encuentra en Suárez (en su "Defensio Fidei"), que, a través del neoescolástico puritano Tomás Hooker, fue la fuente de inspiración de las Fundamental Orders de Connecticut de 1639; conf. Steverlinck Gonnet, Joris, "La Universidad..." cit., p. 122. Ver, asimismo, Stoetzer, Carlos O., "Raíces escolásticas..." cit., p. 11 y ss., quien explica el proceso mediante el cual la tradición escolástica tuvo una influencia decisiva en la Constitución de Estados Unidos y en la doctrina política inglesa (ya que Suárez influyó en Sydney y éste finalmente en Locke), empalmando, a través del derecho natural, con el common law inglés.

Vigo, Rodolfo L., "Interpretación constitucional", 2ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 159 y ss.

Ampliar en Badeni, Gregorio, "Supremacía de la Constitución, jerarquía de los tratados internacionales e interpretación constitucional", separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 11 y ss.

"Provincia de Neuquén v. Hidronor S.A.", Fallos 292:26 (1975).

Ha dicho David que "En desmedro de las fórmulas que se emplean generalmente y que hemos reproducido, no parece que el Derecho Público esté verdaderamente establecido, en los países latinoamericanos, sobre el modelo del derecho de Estados Unidos. En el mejor de los casos, es conveniente considerar que, el ambiente tanto geográfico como social que rodea las instituciones del Derecho Público ha hecho que éstas tomasen a menudo, en América Latina, una fisonomía bastante diferente a la que tenían las instituciones en su país de origen, al mismo tiempo que en los Estados Unidos, las instituciones inglesas originarias han sido, a menudo, profundamente deformadas. Basta señalar aquí los rasgos particulares que el poder presidencial ha revestido en varios países de América Latina, así como las distintas condiciones en que funcionan aquí y allá, los regímenes políticos y las Administraciones. El Derecho Público de los países de América Latina puede ser, en su origen, de inspiración americana; no hay duda de que, sin embargo, tiene una originalidad evidente respecto a los derechos de Estados Unidos de América. Ni las condiciones geográficas, ni las tradiciones y los ideales concuerdan en la América latina y en la América anglófona. Algunos principios pueden ser tomados por América Latina en el norte del continente; es de preverse que estos principios, transplantados al ámbito latino-americano, den resultados distintos y se conviertan en una cosa distinta a lo que son en su país de origen" (conf. David, René, "La originalidad..." cit., ps. 166-167).

Salerno, Marcelo U., "Trascendencia..." cit., p. 1311 y ss.

Conf. Martiré, Eduardo, "Homenaje a la Constitución de 1853", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1993, p. 21 y ss., esp. ps. 27-29.

Vanossi, Jorge R., "La influencia..." cit., p. 107.

Linares, Juan Francisco, "Derecho Administrativo" cit., p. 18.

Art. 75 , inc. 22, parte 2ª, CN.

Linares, Juan Francisco, "Derecho Administrativo" cit., p. 12.

Íd., ps. 12-13.