

EL ACTO DE GOBIERNO EN EL DERECHO ARGENTINO: SU REVISIBILIDAD

M. M. DIEZ

Catedrático Emérito de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires

SUMARIO

INTRODUCCION. 1. Consideraciones generales.

I. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA TEORIA DEL ACTO DE GOBIERNO EN EL DERECHO COMPARADO. 2.A) La evolución francesa. 3.B) La jurisprudencia angloamericana. 4.C) La Constitución italiana. 5.D) La legislación hispánica. 6.E) La reciente codificación argentina. 7.F) Los actos de gobierno ante el derecho positivo argentino.

II. LA CUESTION EN LA DOCTRINA. 8. La doctrina argentina sobre el acto de gobierno. 9.A) La doctrina negativa. 10.B) La teoría positiva. 11.C) Nuestra opinión. 12.a) En lo que se refiere a las relaciones del Poder Ejecutivo con el Parlamento. 13.b) En lo que respecta al mantenimiento de la seguridad interna. 14.c) En cuanto a la intervención federal a las provincias. 15.d) En cuanto a las relaciones internacionales. 16.aa) Relaciones internacionales en tiempo de paz. 17.bb) En cuanto a la declaración de guerra. 18.cc) En cuanto a los tratados. 19.dd) En cuanto a las relaciones con los organismos internacionales. 20.ee) Reconocimiento de gobiernos extranjeros. 21.e) Cuestiones electorales. 22. Naturaleza administrativa de los nombramientos con acuerdo del Senado. 23. Plenitud de la competencia revisora judicial.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

1. *Consideraciones generales.* De la actividad de la administración surgen los actos administrativos, pero nuestra doctrina considera también una categoría especial de actos: los llamados de gobierno, que son los ac-

tos políticos del Poder Ejecutivo.¹ Si el Poder Ejecutivo dicta actos de gobierno y actos administrativos, sería necesario señalar una diferencia entre ellos. La diferencia que se estableció inicialmente, cuando nació la teoría de los actos de gobierno, y que aún se mantiene, es la de que mientras los actos administrativos son justiciables, los actos de gobierno no lo son. Vale decir, en otras palabras, que el órgano judicial no puede conocer en las demandas que se interpusieren contra actos de gobierno ni, por supuesto, resolverlas.

La teoría del acto de gobierno es una construcción pretoriana que hiciera el Consejo de Estado francés y que luego desarrollaran la doctrina y la jurisprudencia de distintos países. De este tema se han ocupado distinguidos juristas de diversos países, pero conviene continuar su estudio y señalar cómo se encuentra el problema en Argentina. En realidad la construcción de esta doctrina sirvió como medio de defensa del Poder Judicial contra los avances del Poder Ejecutivo. Ese fue el sentido que le dio el Consejo de Estado francés cuando la desarrolló. Por supuesto que en la época actual no podría esgrimirse este argumento para mantener la teoría de los actos de gobierno. En Argentina la palabra gobierno designa los tres Poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. Este es el sentido que da la Constitución Federal al término gobierno. En Francia, el art. 20 de la Constitución de la 5ª República, del año 1958, llama gobierno al gabinete ministerial, vale decir los más altos órganos ejecutivos del Estado. Si se tiene en cuenta el sentido en que emplea la palabra gobierno la Constitución Federal Argentina parecería que actos de gobierno son actos de los tres Poderes del Estado. Pero la doctrina ha considerado que son Poderes políticos solamente el Poder Legislativo y el Ejecutivo y en consecuencia es lógico pensar que sólo ellos pueden dictar actos de gobierno. El problema del acto de gobierno del legislador dará origen a una ley que se podría atacar por inconstitucional; tiene, en consecuencia, menos importancia que la consideración de los actos de gobierno del Poder Ejecutivo, a los que nos referiremos en lo sucesivo.

1. Los actos de gobierno también se han llamado por algunos autores actos institucionales, teniendo en cuenta lo que establece la Constitución brasileña de 1968 y las distintas actas institucionales dictadas por el Poder Ejecutivo. Se llamaban también actos de Estado, actos de autoridad o actos soberanos. En realidad, conviene respetar la terminología acto de gobierno, ya que así nació, por cuanto el cambio de denominación no significa un cambio fundamental respecto a su régimen jurídico.

I

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO EN DERECHO COMPARADO

2. A) *La evolución francesa.* Es conveniente estudiar, a los efectos de conocer adecuadamente esta teoría, su origen y desenvolvimiento. El Consejo de Estado francés, creación napoleónica, fue vivamente atacado por los liberales y los ultraderechistas en la época del retorno de los Borbones.² Lo acusaban de haber consolidado la situación de los adquirentes de bienes nacionales, por cuyo motivo se cuestionaban sus atribuciones contenciosas.³ El Consejo de Estado resolvió disminuir por sí mismo sus atribuciones a fin de sobrevivir. Con este objeto tomó dos resoluciones: a) Giró a los Tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia: b) Otras cuestiones las consideró irrevocables, es decir, no previsibles ni siquiera receptibles por su parte. La acción era directamente rechazada mediante la interpretación, por parte de la administración, de lo que se designó con el nombre de *fin de non recevoir*. Estas materias no eran consideradas por el Consejo de Estado, que tampoco las enviaba a los Tribunales judiciales. Quedaban, en consecuencia, huérfanas de todo control judicial, produciéndose una denegación de justicia que con distintas variantes se prolongó hasta nuestros días,⁴ estos eran los actos de gobierno. Pero fue bajo el Segundo Imperio cuando la teoría del acto de gobierno se desarrolló. Ello fue el resultado de la prudente reserva que hizo el Consejo de Estado

-
2. Boquera Oliver, J. M., *Orígenes de la distinción entre actividad política y administración*, en *Revista de Administración Pública*, N° 40, pp. 33 y sig., enseña que el origen del acto de gobierno es anterior a la construcción pretoriana del Consejo de Estado francés. Para ello analiza las ideas de Locke, Montesquieu y Rousseau sobre los poderes y funciones del Estado. Zago, T., *Attività Amministrativa e Attività Politica del Potere Esecutivo*, Milán, 1963, p. 84, distingue la actividad política de la administrativa. Dice que la actividad política es elaboración de fines e individualización de medios como determinaciones de la voluntad humana con referencia a la unión entre los hombres. En cuanto a la actividad administrativa reproduce, encuentra y aplica en el ámbito exterior aquellos fines y medios, de acuerdo normas legales y según directivas preestablecidas.
 3. Vid. Duez, Paul, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, p. 31; Bidart Campos, G. J., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1964, t. 1, p. 800, sostiene que las cuestiones políticas nacieron como consecuencia de una actividad de extensión por parte de la judicatura; los tribunales no han querido entrar a conocer en determinadas cuestiones porque un pronunciamiento adverso puede ser al gobierno inconveniente o fatal.
 4. Vid. Waline, M., *Droit Administratif*, 8ª edición, París, 1959, p. 195.

considerando el desenvolvimiento que habían tenido los recursos por exceso de poder, ya que fueron ampliadas las medidas que permitían su interposición. Mientras que los actos eran atacados por vicios de competencia o de forma, se aceptaron posteriormente nuevas aperturas de recursos que se denominaron desviación de poder y violación de la ley. A los efectos de no comprometer el éxito del desarrollo de este desenvolvimiento el Consejo de Estado concedió al Ejecutivo un dominio en el cual, por política jurisdiccional, no quería entender.

El criterio que en este sentido existía para caracterizar el acto de gobierno era el del fin que se proponía su autor. Se creó entonces la teoría del móvil político; todo acto que tuviera por fin móviles políticos era acto de gobierno. El peligro de esta teoría consistía en que todo acto administrativo que se dijera haberse dictado con móviles políticos se transformaba en acto de gobierno, construcción muy peligrosa para el mantenimiento del principio de la legalidad, ya que permitía una extensión indefinida del acto de gobierno, bajo el pretexto de la razón de Estado.

Caído el régimen imperial a partir de 1872 y al desarrollarse el espíritu de la legalidad, debía forzosamente desaparecer la idea del móvil político, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Las causas que influyeron fueron el desarrollo del espíritu de la legalidad, la disminución de la fuerza del gobierno con la caída del régimen imperial, el advenimiento de la Tercera República y la aparición de la justicia delegada, que daba al acto de gobierno, fundado en un móvil político, un carácter más chocante que en el sistema de la justicia retenida. Se trata, entonces, de caracterizar el acto de gobierno y separarlo en forma precisa del acto administrativo.⁵ De allí que un acto siempre sería administrativo o siempre sería de gobierno, y nunca podría un acto administrativo convertirse en acto de gobierno, a los efectos todo ello de dar una mayor seguridad al administrado.

Debe distinguirse, entonces, entre acto de gobierno y acto administrativo y, en consecuencia, entre gobierno y administración. La distinción, pues, sería objetiva. El problema se ha hecho difícil porque no se puede distinguir en forma clara y precisa el gobierno de la administración. De modo que rechazada la teoría del móvil político y siendo insuficiente la

5. Vid. Murillo, *Administración y Política*, en *Revista de Administración Pública*, p. 89, quien sostiene que la distinción entre actos políticos y actos administrativos tendría su origen en un puro hecho de matiz técnico procesal.

distinción conceptual entre gobierno y administración, la jurisprudencia quedaba huérfana de toda fundamentación. Por ello se ha llegado a la conclusión de que la irrevisibilidad de los actos de gobierno no es más que un hecho: el de que los Tribunales se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre un número determinado de actos que por tal causa se llaman actos de gobierno. En Francia se dice que actualmente la categoría de acto de gobierno es mantenida pero no se ensaya más dar una definición general. Se explica la inadmisibilidad del recurso por la necesidad basada en razones de hecho de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconvenientes en dejar desarrollarse la cuestión.⁶ Se llegó entonces en Francia a una construcción puramente empírica del acto de gobierno, considerando como tal aquellos que figuran en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos.⁷

Se llegaba así a establecer una lista de actos de gobierno que sería limitativa y se agregaba que si las fórmulas por las cuales se puede definir la función gubernamental son insuficientes, no existe sino un medio para salir de la dificultad, que es procediendo por enumeración. Esta lista se ha ido paulatinamente reduciendo. En la época actual en Francia quedan solamente dos grandes campos de aplicación de la teoría del acto de gobierno: el primero concierne a los actos del Poder Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento y el segundo se refiere a las relaciones del Estado con potencias extranjeras.⁸

6. Bonnard, R., *Précis de droit public et administratif*, París, 1948, p. 127.

7. Hauriou, M., *Précis de droit administratif et public*, 12ª ed., p. 148, París, 1933.

8. Virally, M., *L'introuvable acte de gouvernement en Revue de Droit Public de Science Politique*, París, 1955, p. 317, estudia los actos que se mantienen en Francia como actos de gobierno. En cuanto a los que resultan de la relación con los países extranjeros, Virally sostiene que son irrevisibles por la circunstancia de estar sometidos, al menos parcialmente, al Derecho internacional y en consecuencia los Tribunales internos son incompetentes para conocer y decidir en estos asuntos, ya que solamente pueden aplicar el Derecho interno. En cuanto a los hechos de guerra ocurridos en territorio nacional, no sería aplicable el Derecho internacional y los jueces deben conocer y decidir, ya que se trata de una cuestión de Derecho interno. Respecto a los actos referentes a la relación del Poder Ejecutivo con el Parlamento, Virally explica su irrevisibilidad por el hecho de que deben estar sometidos única y exclusivamente a un control parlamentario y no pueden poner en juego sino la responsabilidad política del gobierno.

3.B) *La jurisprudencia angloamericana.* En los Estados Unidos del Norte, donde también se desarrolla la teoría del acto de gobierno, la Suprema Corte, en el caso *Baker contra Carr*,⁹ entró a considerar una cuestión electoral que hasta entonces era tenida como política y por consiguiente no justiciable. En esta oportunidad la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos del Norte fue favorable a la justiciabilidad de los actos. Esta decisión fue tomada en 1962 y se dijo que este fallo era tanto o más importante que el del caso *Marbury versus Madison*. El *justice* Brennan afirmó que se trataba de una cuestión de Derecho político y no de una cuestión política.

4.C) *La Constitución italiana.* Es interesante señalar, entre otros antecedentes, *la Constitución italiana*, que entró en vigencia el 1º de enero de 1948. La Constitución establece que contra los actos de la administración pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos frente a los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa. Esta tutela jurisdiccional no puede ser eliminada o limitada a medios particulares de impugnación o para determinada categoría de actos (art. 113, inc. 1 y 2). Aparentemente, entonces, la Constitución italiana admite el control judicial de los actos de gobierno.

5.D) *La legislación hispánica.* La *ley española de jurisdicción de lo contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956*, establece que no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos de gobierno, como son los que afectan a la defensa nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del Estado y mando y organización militares, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

6.E) *La reciente codificación argentina.* Entre nosotros, los Códigos contencioso-administrativos de las provincias tienen también disposiciones en esta materia. Así *el Código de la provincia del Chaco*, sancionado y promulgado en septiembre de 1967, excluye de esta vía a los actos de gobierno. En el mismo sentido *el Anteproyecto de Código contencioso-administrativo de la Nación*, sometido a consideración de la Secretaría de Justicia.

9. Vid. Horyath, P. A., y Vanossi, J. R., *El fallo Baker versus Carr y La justiciabilidad de las cuestiones políticas*, en *La Ley*, t. 114, p. 982.

7.F) *Los actos de gobierno ante el Derecho positivo argentino.* En la Constitución Federal Argentina tenemos algunas disposiciones que permiten sostener que los actos de gobierno son justiciables. Las enumeraremos a continuación y luego estudiaremos la doctrina argentina y haremos una aplicación concreta a los casos particulares que se pueden presentar de las disposiciones constitucionales. En primer lugar, el art. 18 de la Constitución Federal establece que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos. El desconocimiento de esta garantía implicaría el agravio constitucional de privación de justicia. No existe ninguna limitación constitucional a este respecto. De manera, entonces, que esta garantía debe aplicarse con toda amplitud. Por lo demás, dicha Constitución establece también que corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la República el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución y las leyes de la República en los asuntos en que la República sea parte (art. 100). Quiere decir, entonces, que el órgano judicial debe intervenir en todos los supuestos en que la República sea parte y que versen sobre puntos regidos por la Constitución Federal y las leyes de la República. En este sentido la Corte Suprema ha entendido que no es requisito constitucional que haya más de una instancia judicial pero sí que debe haber una al menos.¹⁰ En el mismo sentido y dentro de estos lineamientos generales la Constitución Federal establece que en ningún caso el Presidente de la República puede ejercer función judicial, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas (art. 95). De ello se deduce que el Poder Ejecutivo no puede ejercer función jurisdiccional, vale decir, no puede dictar actos que tengan la fuerza de verdad legal, que hagan cosa juzgada. En otras palabras: contra todos los actos del Poder Ejecutivo cabe, por lo menos, una instancia judicial. Cuando se tome una medida destinada a conservar la seguridad interna, declarando el estado de sitio en la República o en la Provincia, el Presidente de la República no podrá condenar por sí ni aplicar penas y su poder se limitará a arrestar a las personas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefieren salir fuera del territorio argentino (art. 23 *in fine*). Esta disposición nos está señalando que la Constitución limita en forma efectiva las facultades del Presidente de la República, al no permitirle dictar en ningún momento actos con contenido jurisdiccional

10. *In re*: Fernández Arias, Elena y otros contra Poyo, José. Sucesión. 1960, *Fallos*, t. 247, p. 666.

ni ejercer más atribuciones que las que están señaladas en el caso particular del estado de sitio.

II

LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

8. *La doctrina argentina sobre el acto de gobierno.* En Argentina existen dos opiniones perfectamente definidas acerca del acto de gobierno, que podríamos calificar así: teoría negativa, que niega la existencia del acto de gobierno y sostiene que es un simple acto administrativo, y teoría positiva, que entiende que el acto de gobierno es distinto del acto administrativo, y la distinción se basa en su irrevisibilidad.

9.A) *La doctrina negativa* enseña que la norma del art. 100 de la Constitución Federal es fundamental y, de acuerdo con ella, los Tribunales están llamados a resolver las contiendas que versen sobre asuntos regulados por la Constitución y ninguna contienda de índole constitucional o en la cual sea parte puede quedar, en consecuencia, ajena a su jurisdicción y competencia. Hay que aceptar el principio de la garantía de la constitucionalidad de todos los actos del Poder público, hecha efectiva por los Tribunales. Se debe amparar el derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial acerca de la constitucionalidad de cualquier acto emanado de una autoridad pública en el Estado.¹¹ La circunstancia de que el acto de gobierno está previsto en la Constitución e implica la ejecución directa de la misma por parte del Poder Ejecutivo, por el hecho de que el legislador no ha reglamentado esa facultad, no impide que el acto sea revisado por los jueces, porque el Ejecutivo, al aplicar la Constitución podrá eventualmente apartarse de lo prescrito en ella. En consecuencia, es necesario el control y la revisión judicial del acto para determinar si ello se ha producido o no. En este supuesto, si el Poder Ejecutivo ha dictado el acto excediéndose del marco constitucional, el órgano judicial deberá decir que el acto es inconstitucional y, por consiguiente, posible de anulación por ilegitimidad. Se ha sostenido que la intención de la Constitución no puede ser la de autodestruirse, dando a todas sus disposiciones el carácter de norma de actuación irrevisible e incontrolable, porque si así fuera nada sería

11. Vid. Gordillo, A. A., *El acto administrativo*, p. 200; comparar Bidart Campos, G., *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961, p. 120.

más oprimente que una Constitución y la misma voluntad política se sublevaría para modificarla, abrogarla o sustituirla.¹²

No se puede invocar el principio de la división de poderes para sostener que ciertos actos del Ejecutivo no están sujetos a control en sede judicial. La finalidad de la división de poderes, desarrollada por Montesquieu, es que el poder contenga al poder y ello se logra dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente. Si la división de poderes permitiera que cada poder en su esfera dictara disposiciones sin el control de los otros poderes no se cumpliría la finalidad que persigue esta división, que es la de refrenar el ejercicio del poder para que este no pueda ser abusado. El órgano judicial es guardián de la Constitución. Es lógico que conozca en todos los casos, aun en los políticos. No se puede permitir que cuando el Congreso declare el estado de sitio sin verdadera conmoción interior, el Poder Judicial se niegue a juzgarlo, so pretexto de cuestión política, cuando también en este caso los hombres podrán perder su libertad a merced del Presidente de la República, sin que existan causas constitucionales para ello. Los jueces —dice esta doctrina— cuando en un caso concreto se plantea la inconstitucionalidad de la conducta política de un órgano del Poder Ejecutivo, deben revisarlo para nulificarlo si ha sido lesivo a la Constitución, aunque entre en la categoría de las llamadas cuestiones políticas. Esta doctrina invoca también el art. 18 de la Constitución, donde se declara que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

10.B) *La teoría positiva* enfoca el problema en forma distinta, sosteniendo que existen actos de gobierno que no están sujetos al control judicial y que se diferencian, por consiguiente, de los actos administrativos. Tienen este carácter los actos referentes a la organización y subsistencia del Estado.¹³ Estos actos no pueden dar lugar a la impugnación de inconstitucionalidad, pues, por su índole, no afectan los derechos subjetivos de los administrados. Estos derechos, los subjetivos de los administrados, recién podrán verse afectados, directa o indirectamente, a raíz de actos emitidos como consecuencia de los mencionados actos de Gobierno. El acto de gobierno no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares. Se vincula o relaciona con los propios ór-

12. Vid. Zago, *op. cit.*, p. 49.

13. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, t. 2, pp. 757 y sig.

ganos o poderes estatales, contemplando principalmente las relaciones entre poderes públicos, razón por la cual los administrados no pueden impugnar el acto de gobierno, ya que no son parte en el mismo, por lo que carecen de acción para hacerlo. Los actos de gobierno son actos trascendentales para la vida de la Nación, en cuanto se refieren a su organización o subsistencia. La emisión —se agrega— de los actos de gobierno es siempre discrecional, dependen del arbitrio del Poder Ejecutivo, de la honesta y leal valoración que este realiza de las circunstancias pertinentes.

11.C) *Nuestra opinión.* En nuestra opinión los actos de gobierno deben ser revisables por el Poder Judicial. La aplicación de una disposición tan clara como el art. 100 de la Constitución Federal no admite otra interpretación. El órgano judicial, entonces, debe conocer los actos que dicte el Poder Ejecutivo, y los particulares, afectados en sus derechos subjetivos, deben poder ocurrir a sede judicial para reclamar por sus derechos. Es cierto que el órgano ejecutivo tiene una órbita fijada dentro de la Constitución con facultades que le están específicamente conferidas; actuando dentro de ellas, sus actos serán constitucionales y el órgano judicial así debe declararlo cuando conozca en los supuestos que se lleven a su consideración. Pero, aun actuando el órgano ejecutivo dentro de las funciones que específicamente le han sido concedidas, puede aplicarlas arbitrariamente, interpretando a su antojo las condiciones de hecho que fija la Constitución para permitir su acción. El Tribunal, ante instancia de parte, debe intervenir entonces para considerar la constitucionalidad del acto.

Vamos a analizar a continuación una serie de actos que doctrinaria y jurisprudencialmente se consideran como de gobierno. Serían los siguientes: a) Relaciones del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; b) Medidas de seguridad interna, especialmente estado de sitio; c) Intervención federal en las provincias; d) Cuestiones internacionales; e) Cuestiones electorales.

12.a) *En lo que se refiere a las relaciones del Poder Ejecutivo con el Parlamento,* se pueden distinguir distintas clases de actos: el llamado a elecciones; los relativos a la convocatoria de las Cámaras que constituyen el Parlamento a sesiones extraordinarias y de prórroga; los referentes al envío de proyectos de leyes; los relativos a la promulgación y publicación de las mismas. En cuanto a los actos referentes al envío de proyectos de leyes a las Cámaras, la Constitución Federal faculta al Poder Ejecutivo para que participe en la formación de las leyes (art. 86, inc. 4). Con este mo-

tivo el Ejecutivo puede enviar proyectos de leyes al Congreso. Actuará en este caso dentro de los límites constitucionales, no hay derechos subjetivos lesionados, no hay acción. Con respecto al llamado a elecciones, el Poder Ejecutivo debe hacerlo en cumplimiento de las leyes dentro de los plazos establecidos. Si así lo hiciera actuaría dentro de un marco de legalidad y tampoco se suscitarían cuestiones judiciales. Por lo que hace a la prórroga de las sesiones del Congreso o convocatoria a sesiones extraordinarias, la Constitución Federal lo faculta para realizarlo cuando un gran interés de orden o de progreso lo requiera (art. 86, inc. 12). La apreciación de las circunstancias de hecho las realiza el Poder Ejecutivo y como estos actos no afectan derechos subjetivos de los particulares no hay acción y los actos no son revisibles. En lo que se refiere a la promulgación y publicación de las leyes, el Poder Ejecutivo debe ajustarse a lo dispuesto en la Constitución Federal. El art. 46, inc. 4, dice que a él le corresponde la sanción y la promulgación de las leyes y el art. 78 de la misma Constitución establece el procedimiento a seguir por el Poder Ejecutivo cuando vete total o parcialmente una ley. Con motivo de la sanción de la ley 16.881, que modificara la 11.729, llamada comúnmente ley de despidos, se plantea una cuestión judicial. Ello es así porque pasada la ley a consideración del Poder Ejecutivo este vetó 59 de los 63 artículos que componen la ley y publicó y promulgó únicamente 4, uno de los cuales era de forma. La Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 16.881,¹⁴ sosteniendo que constituía un todo indivisible, por lo que la promulgación parcial de la misma, efectuada por el Poder Ejecutivo, ha sido inconstitucionalmente invalidada. Se debe concluir por ello que se trata de una ley inexistente. En este supuesto se trataba de un acto concerniente a la relación entre los dos Poderes del Estado, el Legislativo y el Ejecutivo. Pero las consecuencias que derivaron de la aplicación de la ley dieron origen a una lesión de derechos subjetivos que permitió el planteo de la causa judicial. Esto nos demuestra que no se pueden juzgar solamente los actos que se dictan en base a un acto de gobierno, ya que el control de la legitimidad del acto emitido presupone prejuzgar la constitucionalidad del acto de gobierno que le sirve de base. En este supuesto, entonces, ese acto de promulgación y publicación de la ley no fue considerado irrevisible por la Corte Suprema.

13.b) *En lo que respecta al mantenimiento de la seguridad interna*, la Constitución Federal establece que compete al Poder Ejecutivo declarar

14. *In re: Colella v/Fevre y Basset, Fallos Suprema Corte.*

el estado de sitio en uno o varios puntos de la República, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescritas en el art. 23 (art. 86, inc. 19). Se trata en este supuesto de una disposición de carácter general que puede dictar el Poder Ejecutivo en caso de conmoción interior y estando en receso el Congreso. Estos actos del Poder Ejecutivo afectan a todos los individuos en general y, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, nadie puede atacar este acto en forma inmediata sino cuando se plantea la aplicación a un caso particular.¹⁵ En realidad, el hecho de que impugne un particular una medida de carácter general no implica llegar a la conclusión de que el juez debe anular la medida en forma general, ya que puede limitarse a declarar su inaplicabilidad al individuo que la cuestiona. No se trata, entonces, de que la impugnación individual de un reglamento sea un caso abstracto que el Tribunal no puede decidir, ya que puede hacerlo en relación exclusiva con el particular que impugna el acto.¹⁶ El particular afectado en sus derechos subjetivos por el estado de sitio puede ocurrir en sede judicial atacando el acto que le afecta. El órgano judicial debe poder revisar no solamente el acto concreto sometido a su consideración, sino también si el acto que le sirve de base, el declarativo del estado de sitio, ha sido dictado por el Ejecutivo dentro del marco constitucional. De los elementos que obren en autos el juez sacará la conclusión de si efectivamente existía un estado de conmoción interna que dio lugar a que el Poder Ejecutivo dictara el acto o si este tomó esa circunstancia como pretexto para dictarlo ya que aquella no existía. La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto en un caso muy importante: *Antonio Sofía y otros*.¹⁷ La Corte dijo en esa oportunidad que el control de los actos de gobierno es ajeno a la competencia judicial, salvo en casos estrictamente excepcionales. El control procedería, tratándose de la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la nación, a) Si mediara transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la ley fundamental, vale decir si el Presidente de la República aplicara una pena o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para

15. *Fallos Suprema Corte*, t. 238, pp. 38 y 380; t. 241, p. 203; t. 214, p. 390.

16. Vid. Gordillo, A. A., *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, p. 50.

17. *Fallos Suprema Corte*, t. 243, p. 504.

salir del territorio argentino; b) Respecto a la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando estas sean claras y manifiestamente irrazonables, es decir impliquen medidas que no guarden relación alguna con el art. 3 de la Constitución Federal. Resulta, entonces, que en el *caso Sofía* la Corte admitió la posibilidad de controlar la razonabilidad de los actos dictados como consecuencia del estado de sitio. Del fallo resulta que para la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio se admite un control judicial de la razonabilidad. Para las facultades específicas de arrestar o trasladar personas, reconocidas al Presidente de la República, sólo se admite la facultad de control judicial en los casos que implican transgresión a los límites fijados por el art. 23 de la Constitución Federal. La Cámara Federal en lo criminal y correccional, en el mismo *caso Sofía* sostuvo que incumbe a los jueces, frente a los motivos que tienen en cuenta los Poderes competentes para declarar el estado de sitio, apreciar razonablemente en cada caso la naturaleza del derecho o garantía constitucional que se vean afectados y las restricciones impuestas a su ejercicio, para decidir si corresponde el *habeas corpus* o el amparo. La Cámara Federal entiende, entonces, que debe estimarse cada caso, a la luz de los motivos que tuvo el Poder Ejecutivo para declarar el estado de sitio, mientras que la Corte se limita a estimar la razonabilidad de las medidas de ejecución.

La jurisprudencia permite sostener, entonces, que son judicialmente revisibles los actos dictados durante el estado de sitio cuando se trata de un acto arbitrario que viola abiertamente la Constitución y lesiona los derechos subjetivos de los particulares. Entendemos que el órgano judicial no debe limitarse solamente a revisar los actos dictados como consecuencia del estado de sitio sino, en base a los elementos de juicio acumulados en autos, analizar la razonabilidad de los motivos invocados por el Poder Ejecutivo para tomar estas medidas, sobre todo en el caso de conmoción interior.

14.c) *En cuanto a la intervención federal a las provincias*, la Constitución Federal establece en su art. 6, que el gobierno federal interviene el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, para repeler invasiones exteriores y a requerimiento de sus autoridades constituidas, para sostenerlas o restablecerlas si hubieren sido depuestas por la sedición o por la invasión de otras provincias. En consecuencia, pues, la Constitución Federal presenta dos supuestos de intervención: 1) Para

repeler las invasiones extranjeras y a requerimiento de las autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas si hubieren sido depuestas por sedición o por invasión de otras provincias; 2) Para garantizar la forma de gobierno republicana.

En sus primeros tiempos la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en el famoso *caso Cullen contra Llerena*.¹⁸ En esa oportunidad la mayoría de la Corte sostuvo que se trataba de una cuestión política, por lo que no consideraba la demanda, expresando que era una regla elemental de Derecho público que cada uno de los tres altos Poderes que forman el gobierno de la República tenga facultad de aplicar e interpretar la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiriera respectivamente. En disidencia votó el doctor Luis V. Varela, quien dijo: "Entre otras atribuciones acordadas a la jurisdicción especial y limitada de los Tribunales federales, la Constitución les ha dado el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación. Parece natural que buscando interpretar el alcance de estas cláusulas constitucionales debiera esto hacerse tomando las palabras en ella empleadas por su significado en el lenguaje y en el derecho. Si la Constitución ha empleado los términos *todas las causas*, no puede racionalmente hacerse exclusión de algunas causas para declarar sobre ellas la incompetencia de los Tribunales federales. Si la Constitución argentina ha dado jurisdicción a los Tribunales federales en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer excepciones. Allí donde la Constitución no ha hecho distinciones no puede nadie hacerlas. Y esta jurisdicción que la Constitución acuerda a los Tribunales federales nace de la materia en litigio y no de las condiciones de las partes que están en el pleito. Pero se objeta que no todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución pueden servir de materia a un juicio ante los Tribunales federales. La objeción es perfectamente pertinente y exacta. Las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado no son susceptibles de un juicio ante los Tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no han puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma. Pero cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo está en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá un caso judicial que podrá

18. *Fallos Suprema Corte*, t. 53, p. 420.

ser llevado ante los Tribunales por la parte agraviada. Lo que se ha declarado en los Estados Unidos, y que no puede desconocerse como jurídicamente exacto, es que los Tribunales de justicia no tienen jurisdicción para resolver cuestiones políticas; es decir, que no puede traerse ante ellos el fallo de un punto cualquiera que no forme controversia de intereses o de derechos sino que sólo afecte a la política”.

De acuerdo con la opinión de Varela, entonces, la cuestión política no sería justiciable cuando en el ejercicio de las competencias propias los demás Departamentos del Poder hayan actuado dentro de la Constitución. Pero si actuaran contra la Constitución, la cuestión sería justiciable. Tan pronto aparezca el conflicto de constitucionalidad, el caso es siempre justiciable.¹⁹

La Corte sostiene, entonces, que cuando se dispone la intervención federal a una provincia, incumbe privativamente al Poder que la decreta apreciar si el Estado destinatario de ella ha desvirtuado la forma republicana de gobierno que está obligado a mantener. Esta es la tesis que se ha sostenido en nuestros días, considerando que la intervención federal es un acto de gobierno no justiciable.

En nuestra opinión y de acuerdo con lo que sostuvo el doctor Varela en su luminoso fallo, entendemos que si la intervención lesiona derechos subjetivos de los funcionarios de la provincia intervenida, ellos pueden plantear la causa y el órgano judicial habrá de analizar la razonabilidad de la medida adoptada y resolver si ella es arbitraria porque no se han respetado las condiciones de hecho que figuran en la Constitución. Todo ello en mérito a los elementos de juicio obrantes en autos.

Un juez de la Corte Suprema, el doctor Boffi Boggero, ha puntualizado en sus disidencias un criterio acorde con el que sostenemos. Dice Boffi Boggero que “las facultades privativas de los Poderes políticos no escapan al control de los jueces; de ahí que cuando las transgresiones que ellos cometen afectan la materia sometida a la competencia jurisdiccional de la Corte, se impone la substanciación de las causas respectivas para decidir en consecuencia, sin que esos Poderes del Estado puedan alegar que se trata del ejercicio de facultades privativas”.²⁰

19. *Fallos Suprema Corte*, t. 53, p. 420.

20. *Fallos Suprema Corte*, t. 243, p. 60; t. 247, p. 469. En el mismo sentido, Arce, José, *La Constitución Argentina en la teoría y en la práctica*, Buenos Aires, 1951, p. 159.

15.d) *En cuanto a las relaciones internacionales*, pueden presentarse distintos supuestos que vamos a analizar: aa) Relaciones internacionales en tiempo de paz; bb) Declaraciones de guerra y hechos de guerra; cc) Tratados con naciones extranjeras; dd) Relaciones con los organismos internacionales; ee) Reconocimiento de gobiernos extranjeros, Disputas con potencias extranjeras, Fijación de límites.

16.aa) *Relaciones internacionales en tiempo de paz*. Estas darían lugar a los siguientes actos: instrucciones enviadas a los agentes diplomáticos; fijación de las condiciones para el funcionamiento del servicio diplomático en el extranjero; medidas tomadas para la protección de los nacionales en el extranjero por medio de agentes consulares, etc. Entiendo que como no habrá derechos subjetivos afectados no habrá posibilidad de instaurar ninguna causa. De allí que, en mi opinión, en estos supuestos el órgano judicial no puede intervenir.

17.bb) *En cuanto a la declaración de guerra*, la Constitución Federal establece que compete al Congreso autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra y hacer la paz (art. 67, inc. 21). De acuerdo con esta autorización, el Poder Ejecutivo declara la guerra con autorización y aprobación del Congreso (art. 86, inc. 18). La declaración de guerra es un acto regido por el Derecho internacional y los Tribunales internos son incompetentes para conocer, ya que solamente pueden aplicar el Derecho interno. La Corte ha resuelto en nuestro país que no es de resorte del Poder judicial juzgar sobre las necesidades de guerra, los medios escogidos y la oportunidad en que pudieran o debieran ser utilizados.²¹

Conjuntamente con la declaración de guerra habrá que considerar los hechos de guerra, que son el conjunto de actos relativos a la condición de las operaciones militares. Respecto a los hechos de guerra habrá que considerar el lugar en que se producen. Los ocurridos en el extranjero darían motivo a una cuestión de Derecho internacional y escaparían a la competencia del Juez. Lo mismo puede decirse de las operaciones efectuadas en alta mar. Pero puede haber hechos de guerra ocurridos en nuestro país. En estos casos el legislador puede establecer la responsabilidad del Estado por los mismos y ordenar la reparación de los daños ocasionados. En este supuesto, el particular afectado podrá interponer la acción correspondiente.

21. *Fallos Suprema Corte, in re: Merk Química Argentina.*

18.cc) *En cuanto a los tratados*, la Constitución Federal establece que el Presidente de la República concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras (art. 6, inc. 14). Además dicha Constitución dice que el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y de comercio con las potencias extranjeras por medio de Tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho público establecidos en esta Constitución (art. 27). De manera, entonces, que los tratados los firma el Presidente de la República pero ellos entran en el ordenamiento jurídico interno por medio de un procedimiento que se llama de conversión. A este respecto la Constitución establece que compete al Congreso Federal aprobar o desechar los trabajos pero no puede modificarlos. En consecuencia, el tratado aprobado entra como ley al ordenamiento jurídico interno y como tal podrá ser aplicado. Esta ley sólo podrá cuestionarse judicialmente si el tratado no ha sido ratificado y publicado o si hubiere sido denunciado. En estos supuestos el tratado configuraría un acto jurídicamente inexistente y su aplicación podría dar lugar a la intervención de un órgano judicial, con las consecuencias que resultan en estos supuestos. Entendemos que en el ejercicio de esta actividad el Poder Ejecutivo no podrá lesionar los derechos subjetivos de un tercero, por lo que no cabe la cuestión judicial. No habrá causa y por ello no habrá intervención judicial.

19.dd) *En cuanto a las relaciones con los organismos internacionales*, tampoco creemos que puedan afectar los derechos subjetivos de los particulares. El Poder Ejecutivo puede elevar un asunto a la consideración de la Corte Internacional de Justicia y esta decisión no ha de ser objeto de examen por el órgano judicial, ya que no se afectan derechos subjetivos de los particulares.

20.ee) *Reconocimiento de gobiernos extranjeros*. En el ejercicio de las relaciones internacionales el Poder Ejecutivo puede reconocer un gobierno extranjero que ha surgido como consecuencia de una revuelta militar. Puede intervenir en la disputa entre dos potencias extranjeras, actuando eventualmente como árbitro, cuestiones todas ellas que no afectan los derechos subjetivos de los particulares y, en consecuencia, no dan origen a cuestiones judiciales.

21.e) *Cuestiones electorales*. Se consideraban las cuestiones vinculadas con el sistema electoral como de carácter político. Así en los Estados

Unidos del Norte la distribución geográfica de la fuerza electoral de un Estado entre los votantes era considerada como tal. Pero a partir del fallo famoso *Baker contra Carr*, a que nos hemos referido más arriba, la Corte Suprema angloamericana ha modificado su criterio acogiendo el principio de la justiciabilidad de las cuestiones electorales. Entre nosotros, la Corte resolvió que la formación de padrones electorales era una cuestión ajena a la decisión judicial.²²

Con el dictado en nuestro país del Decreto 7163/63, por el que se creó la Cámara Nacional Electoral, verdadero Tribunal con jurisdicción en todo el país y funciones de decisión, el problema de justiciabilidad de las cuestiones electorales ha cobrado plena vigencia, alcanzando a los problemas partidarios. Una profusa jurisprudencia de la Cámara citada ha enriquecido el tema. En el momento actual, desaparecidos los partidos políticos, se dictó la Ley 17.014, por la cual se suprimió la Cámara Nacional Electoral, que realmente no tiene ninguna función específica, ya que, como dijimos, no existen por el momento partidos políticos ni hay problemas electorales. Es de suponer que tan pronto se resuelva una salida electoral se volverá a restablecer la Cámara Nacional Electoral para que siga ejerciendo sus funciones.

22. *Naturaleza administrativa de los nombramientos con acuerdo del Senado.* Algunos autores entienden que son actos de gobierno los relativos al nombramiento de ciertos funcionarios con acuerdo del Senado. Así dicen que los nombramientos de los miembros de la Corte Suprema de la República son actos de gobierno.²³ En nuestra opinión, el nombramiento de todos los funcionarios, que debe hacerse con acuerdo del Senado, conforme a la Constitución Federal es un simple acto administrativo. No creemos que puede transformarse en acto de gobierno por el solo hecho de requerir el acuerdo del Senado. Por lo demás, no se ve razón para hacer una excepción diciendo que los nombramientos de los miembros de la Corte constituyen un acto de gobierno y no lo será el nombramiento de los miembros de los demás Tribunales inferiores ni tampoco el nombramiento para las funciones militares de los oficiales superiores del ejército y de la armada. Como en todos los supuestos se

22. *Fallos Suprema Corte*, t. 203, pág. 342; t. 208, pág. 127.

23. *Marienhoff, op. cit.*, t. 2, pág. 766.

requiere el acuerdo del Senado, no veo razón para hacer ninguna diferencia y por lo demás, como decimos, esos actos son actos administrativos.

CONCLUSIONES

23. *Plenitud de la competencia revisora judicial.* Del estudio que hemos hecho de las distintas situaciones que pueden plantearse en nuestro país con motivo de los llamados actos de gobierno, resulta ser que éstos no serán justiciables mientras el Poder Ejecutivo haya observado fielmente la Constitución. Si hay un conflicto de constitucionalidad, surge en su plenitud la competencia revisora del órgano judicial. En muchas situaciones hemos visto que estos actos afectan los derechos subjetivos de los particulares, los que deben plantear la causa, y el órgano judicial debe conocer y resolver de acuerdo con lo que establece la Constitución Federal. En el estado de Derecho es necesaria la penetración de la legalidad, de la razonabilidad, en todos los resquicios de la actividad del Poder Ejecutivo. Por ello no puede liberarse del control judicial toda infracción de la Constitución. Los jueces deben poder apreciar, de acuerdo con los elementos obrantes en autos, los motivos tenidos en cuenta por el Poder Ejecutivo para dictar el acto. Si se ejercitan irrazonablemente los derechos del Poder Ejecutivo, quedan amenazados los derechos individuales, y es necesario mantener estos derechos contra la voluntad arbitraria del órgano ejecutivo. El órgano judicial independiente es el que debe mantener al Poder Ejecutivo dentro de los límites de la Constitución por aplicación estricta de los arts. 18 y 100 de la Constitución Federal, a que nos hemos referido más arriba.²⁴

24. Gordillo A. A., *El Acto Administrativo, op. cit.*, pág. 327, señala que debe eliminarse del lenguaje y la técnica jurídicos el nombre y la teoría de los actos de gobierno porque no responden a una institución constitucionalmente válida ni existen en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico.