

LA REVISION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA ARGENTINA (1853-1900)

JOSE MARIA DIAZ COUSELO
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCION

1. La revisión de los actos administrativos en la Argentina fue objeto de constante atención en el período que abarca este estudio.

2. Corresponde en primer término formular la delimitación de la materia a tratar. En cuanto al ámbito material, estudiamos la cuestión relativa a la protección de los derechos de los administrados frente a los actos del Poder Ejecutivo, mediante el control de legalidad de su actividad. No se incluye el análisis de leyes especiales sancionadas en la época, como las Ordenanzas de Aduana y otras de carácter impositivo, las cuales determinan que los reclamos deben hacerse ante organismos dependientes del Poder Ejecutivo y contra la resolución de éste conceden la posibilidad de recurrir ante el Judicial, es decir, una revisión sin jurisdicción plena. El ámbito temporal abarca desde el año 1853, en que se sanciona la Constitución que nos rige, hasta el 1900, en que la ley N° 3.952, llamada de demandas contra la Nación, cambia el marco normativo.¹ En lo espacial, reducimos su ámbito a lo federal, es decir, a los actos emanados del Poder Ejecutivo Nacional o de sus órganos, dejando expresamente a un lado la cuestión en las provincias, que requeriría catorce estudios distintos. Tampoco se considera el tema con relación a la administración municipal de la ciudad de Buenos Aires.

3. Respecto a la protección de los administrados frente a los actos del poder público, se observan históricamente dos corrientes fundamentales: la que sostiene que el control de legalidad corresponde a organismos o tribunales administrativos, con mayor o menor independencia del príncipe, y la que afirma que debe hacerlo el órgano jurisdiccional ordinario, es decir, el Poder Judicial. Las distintas concepciones y los matices que en ellas se dan dependen de la posición que se adopte frente a la doctrina llamada de la división de los poderes, es decir, como señaló Vallet de Goytisoló, si se habla de separación, división, no confusión, distribución, independencia, combinación, enlace o equilibrio.²

La interpretación de la teoría de Montesquieu en el sentido de que los órganos del Estado son absolutamente independientes, seguida por la Asamblea

¹ La ley 3.952 (R.N. 1900, t. III, p. 288), adoptando la doctrina de la doble personalidad del Estado, determina que cuando la nación actuó como persona de derecho privado no es necesaria la previa autorización legislativa para demandarla, pero para tener habilitada la instancia se requiere el reclamo previo ante el Poder Ejecutivo y la denegación de éste, o bien transcurren los plazos que determina sin haberse aquél expedido. La situación no cambia cuando la nación ac-

tuó como persona de derecho público hasta la sanción de la ley 11.634 (Boletín Oficial 17.X.1932), que modifica la anterior, estableciéndose una distinción entre lo civil y lo contencioso administrativo.

² GOYTISOLO, Juan Vallet de, *Montesquieu*, Madrid, 1986, Cap. XI. Véase también TRISTAN BOSCH, Jorge, *Ensayo sobre la teoría de la separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944.

que dictó la Constitución francesa de 1791, dio lugar al llamado sistema francés, que origina dos órdenes jurisdiccionales independientes: el ordinario, cuyo más alto órgano es la Corte de Casación, y el administrativo, que tiene como órgano superior al Consejo de Estado, que resuelve definitivamente las contiendas administrativas. De acuerdo con ella, deben ser tribunales administrativos los que juzgan a la administración pública.³

En Inglaterra, la teoría de la separación de los poderes tuvo una interpretación distinta, entendiéndosela como un sistema de frenos y contrafrenos de los distintos órganos entre los cuales se dividen las funciones básicas del Estado —legislativa, ejecutiva y judicial—, los que no se encuentran aislados, sino coordinados, poseyendo cada uno, en alguna medida, parte de esas funciones y pueden influirse recíprocamente para asegurar la separación y el equilibrio de las distintas porciones en las cuales se encuentra dividido el poder estatal, y los conflictos tanto entre particulares como entre éstos y el Estado se encuentran sujetos a un solo tipo de órgano jurisdiccional. De acuerdo con esta interpretación, deben ser tribunales judiciales los que juzgan a la administración pública.⁴

Sobre esta cuestión existe una amplia y buena bibliografía y su consideración llevaría a largos desarrollos que no corresponde incluir en este estudio, cuyo objeto se reduce a considerar el pensamiento argentino sobre la cuestión durante la época a la cual limitamos el trabajo.

4. Las posiciones en cuanto a la revisión de los actos administrativos, enfrentadas en la Argentina en el siglo pasado, a partir de la década del sesenta, se fundan en una distinta interpretación de la doctrina denominada de la división de los poderes. Debe señalarse que no contábamos con estudios importantes sobre el derecho público impuesto por la Constitución sancionada en Santa Fe y el lenguaje entonces empleado carecía de precisión, pues no se había alcanzado una minuciosa distinción entre los conceptos de “poder”, “órgano” y “función”. El pensamiento sobre nuestro tema debemos indagarlo fundamentalmente en el debate parlamentario de la ley N° 48, en el cual vierten su opinión legisladores que se encuentran entre los más importantes juristas de la época; en los textos universitarios; en algunas tesis doctorales, que no siempre lo tratan con rigor científico; en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en menor medida en el debate que tuvo lugar en el Congreso al sancionarse la ley N° 675.

Los que sostienen que el órgano judicial no puede revisar los actos administrativos, salvo si la Nación se somete voluntariamente a su jurisdicción, interpretan que nuestro sistema constitucional se basa en una independencia absoluta de los órganos y en una especialización que impide toda relación, salvo aquélla que específicamente determina la Constitución, pero cada uno cumple sus funciones sin el control de los otros. Para ellos, ése es el espíritu de la Constitución.

Quienes afirman la procedencia de la revisión judicial, estiman que la separación de los poderes no determina una independencia absoluta sino relativa, consistente en un sistema de especialización de funciones, que no implica la prohibición de que un departamento tenga control sobre los actos de otro, siempre que no absorba totalmente éstos ni mediante ello dirija su acción. Sostienen que esta posición surge de la letra de la Constitución, en especial de las normas que señalamos más adelante.

³Ver TRISTAN BOSCH, Jorge, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la ad-*

ministración pública, Buenos Aires, 1951, pp. 39 y ss.

⁴Idem, pp. 42 y ss.

En los primeros, influyen las ideas que sustentan al sistema francés, aunque en general citan la jurisprudencia de los Estados Unidos; y en los segundos, los principios del inglés, que si bien los seguirá la Constitución de Filadelfia, ésta luego se desnaturaliza, en este aspecto, como consecuencia de la enmienda número once y la interpretación que de ella hizo la Corte Suprema de ese país.

5. En el lenguaje jurídico de esas décadas se empleará la expresión "contencioso administrativo", tomada de la doctrina francesa, vocablo contradictorio, destinado en su origen a designar el control de la actividad de la administración pública por autoridades que no debían pertenecer al Poder Judicial, pero que luego su significado se ampliará, para denominar también con él la actividad destinada a ese control mediante órganos judiciales. Así, se lo utilizará, tanto cuando se realiza por vía de recurso como a través de jurisdicción plena mediante el ejercicio de una acción.

6. Se dan en la Argentina dentro de este período dos concepciones en cuanto a lo contencioso administrativo. Una tiene por fundamento el órgano facultado para la revisión del acto, entendiéndose que la institución existe cuando lo hace un órgano o tribunal que pertenece a la órbita del Ejecutivo.⁵ Dentro de esta línea, se distinguen dos posiciones, que afirman, respectivamente, que en la Argentina existe en el ámbito de este poder, pues la división de poderes es tan perfecta que no puede salir de su esfera,⁶ y que no puede tener lugar, pues de acuerdo a la Constitución, todo lo contencioso es judicial.⁷

La otra concepción, que es predominante, considera el fin de la institución, con independencia del órgano que lo hace, y en consecuencia es contencioso administrativo tanto cuando la revisión de los actos de la administración, a pedido de parte interesada, corresponde a los tribunales judiciales, como cuando pertenece a los órganos o tribunales administrativos.⁸

II. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

7. La Constitución argentina, como la de Filadelfia, puso en manos del Poder Judicial toda la actividad jurisdiccional del Estado, pero nuestro sistema judicialista no se inicia en 1853 ni el antecedente norteamericano es su único sustento.⁹

⁵ CARDENAS, Pablo, *Lo contencioso administrativo* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1889, pp. 51 y 89 y ss.; ELIZALDE, Marcos, *Lo contencioso administrativo* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1895, p. 17 y GIGENA, Rafael M., *Noción sobre lo contencioso administrativo* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1900, pp. 22 y 31. Ver más adelante los números 27 y 29, del texto.

⁶ GIGENA, Rafael M., ob. cit., p. 32, propicia la creación de un tribunal especial, que como el Consejo de Estado francés esté en la órbita del Poder Ejecutivo. En el mismo sentido se manifiestan algunos diputados en el debate de la ley 48, especialmente Francisco Elizalde y Antonio C. Obligado. ELIZALDE, Marcos, ob. cit., p. 17, para quien resuelve el Poder Ejecutivo, pero con recurso ante el Poder Judicial.

⁷ CARDENAS, Pablo, ob. cit., p. 89, señala que el contencioso administrativo es un privilegio que no existe en la Argentina en el orden nacional y

la revisión de los actos administrativos corresponde al Poder Judicial. Gerónimo Cortés, *Vistas fiscales expedidas en el carácter de fiscal de las Cámaras de Apelaciones de la Capital*, tomo IV, Córdoba, 1907, en la vista CXLV datada el 5 de octubre de 1889, pp. 161 y ss.

⁸ Lo sostienen Ramón Ferreyra, Juan Manuel Estrada y Manuel Augusto Montes de Oca. Ver los números 54, 56 y 58. SERU GARCIA, Juan, *Demanda contra el Estado* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1900, pp. 33 y ss. Todos ellos afirman que en la Argentina corresponde al Poder Judicial.

⁹ Cfr. TRISTAN BOSCH, Jorge, *Tribunales...*, ob. cit., p. 45; LEVINGSTON, Roberto, *La Nación ante los tribunales* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1878, pp. 27 y ss.; PESSAGNO, Rodolfo G., *Evolución histórica del poder jurisdiccional del Estado, en general y en especial en nuestra historia patria*, Santa Fe, 1948, p. 31.

8. El país desde mayo de 1810 fue escenario de una serie prolongada de conflictos políticos que determinaron la desaparición de todo gobierno nacional al concluir la década. Desde 1820 vivió en una guerra civil casi permanente, cuya superación comenzará en 1852 y se consolidará a partir de 1880, cuando después de las experiencias dolorosas que debieron afrontar durante sus presidencias Mitre, Sarmiento y Avellaneda, éste entregó a Roca una nación que había encontrado la paz y marchaba a la normalidad.

Las guerras civiles produjeron una situación en cuanto a nuestro tema, que, como refiere Ricardo Zorraquín Becú, “provocaba un endurecimiento en la función pública, persecuciones violentas a los adversarios y frecuentes ofensas a las formas civilizadas y a los derechos humanos”, lo que agregado a la falta de letrados y la intervención de los gobernadores quitó a la justicia la capacidad y la independencia que necesitaba para proteger los derechos y conservar las garantías.¹⁰ En síntesis, debe señalarse que no eran tiempos propicios para crear un sistema que amparara a las personas frente a los actos de la administración.

9. En 1853, se sanciona la Constitución que aún nos rige, que con relación a nuestro tema no sufrió reformas. En cuanto al pensamiento de los constituyentes sobre el Poder Judicial y la cuestión en consideración, poco puede decirse por no contarse con una versión íntegra de los debates de la convención, pero de las cláusulas constitucionales surge que quisieron que tuviera la independencia necesaria para garantizar los derechos de todos los habitantes y que a él le corresponde toda la actividad jurisdiccional.

Ella determinó en sus artículos 91, 92 y 97: “El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia... y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación”; “En ningún caso el presidente de la Confederación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes, o restablecer las fenecidas” y “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión... de los asuntos en que la Confederación sea parte...”. Los dos primeros fueron aprobados por unanimidad y sin discusión, y el tercero se aprobó por mayoría, pero la diferencia se planteó por una cuestión que no guarda conexión con nuestro tema.¹¹ Luego de la reforma de 1860, pasaron a ser los artículos 94, 95 y 100, respectivamente.

En consecuencia, se vedó expresamente al presidente de la nación el ejercicio de toda función judicial, y por cierto, también, al personal inferior de la administración pública que de él depende.

Las normas señaladas se completan con los artículos 23 y 29, que luego de la reforma indicada mantienen esa numeración. El primero expresa que cuando se declare en estado de sitio la provincia o el territorio en donde exista la perturbación del orden, quedarán allí diferidas las garantías constitucionales, “pero durante esa suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas”, limitando su poder “en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Confederación si ellas no prefieren salir fuera del territorio argentino”; y el segundo prescribe que “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los

¹⁰ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 192.

¹¹ *Asambleas constituyentes argentinas*, Buenos Aires, 1937, t. IV, p. 535 (sesión del 30 de abril de 1853).

argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria". El primero sin debate alguno fue aprobado por unanimidad y el segundo dio lugar a diferencias, siendo aprobado por mayoría, pero ellas no tienen relación con este estudio.¹² Los artículos de la Constitución Nacional señalados no sufrieron, en las partes transcritas, modificaciones con la reforma de 1860, sustituyéndose en el texto ordenado elaborar como consecuencia de ella la palabra "Confederación" por "Nación", utilizada desde entonces.

10. La Ley del 28 de agosto de 1858,¹³ de organización de la justicia federal, sancionada por el Congreso de la Confederación en la Ciudad de Paraná, crea los tribunales inferiores, que son las cortes de distrito y los jueces de sección, al dividir el territorio de la república en cinco distritos o circunscripciones y las provincias en una o más secciones. Esta ley, promulgada el 6 de setiembre de 1858, disponía que las cortes de distrito¹⁴ tendrían "originariamente el conocimiento y decisión de las causas... *contencioso administrativas*, correspondiendo entender en grado de apelación a la Corte Suprema de Justicia si excedían de quinientos pesos, siendo de lo contrario inapelables (artículos 15, 24 y 27), y a los jueces federales de sección "jurisdicción originaria en los casos en que la Confederación sea parte...", siendo sus sentencias apelables ante las cortes de distrito y la de éstas ante la Corte Suprema si excedían el monto indicado (artículos 25 y 34).

Esta organización no funcionó por distintas circunstancias, de carácter político, económico y técnico, debiendo señalarse que los primeros jueces de la Corte Suprema, designados en 1854, no habían tomado posesión del cargo en 1860, por lo cual el presidente Derqui, ante la reforma constitucional de ese año, que estableció que su número sería fijado por el Congreso de la Nación, dejó sin efecto los nombramientos.¹⁵

Esa ley declara como principal objeto de la justicia federal, mantener "en vigor y observancia la Constitución nacional en los casos contenciosos que ocurran", determina que su competencia se extiende a todas las cuestiones del artículo 97 de aquella, le veda proceder de oficio y establece que el Poder Ejecutivo debe darle la fuerza necesaria para la ejecución de sus sentencias, extiende su acción a las atribuciones del Poder Legislativo y señala que ningún poder puede oponerse a sus fallos (artículos 3º, 4º, 7º, 8º, 11 y 17).

Ello revela con claridad que el Congreso de la Confederación entendió que la revisión de los actos administrativos correspondía al Poder Judicial, pues no sólo determina su jurisdicción para entender en demandas en que la Confederación es parte, sino expresamente en lo contencioso administrativo.

11. En la Convención del Estado de Buenos Aires, que revisó la Constitución nacional de 1853, cuando se considera el artículo 97, se producen dos intervenciones que tendrán influencia posterior para la interpretación de la norma. Son las de Domingo Faustino Sarmiento y Dalmacio Vélez Sarsfield. El primero entiende que esa norma no debe modificarse en la futura Convención nacional, pues su

¹² Idem, pp. 515 y s. (sesión del 25 de abril de 1853).

¹³ Registro Nacional (en adelante R. N.), 1857/62, p. 147.

¹⁴ Las Cortes del distrito fueron suprimidas en 1860. Recién en 1902, mediante la ley 4.055 se

crean las Cámaras de Apelaciones de la justicia federal, equivalentes a aquella institución.

¹⁵ Ver ZAVALLA, Clodomiro, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*, Buenos Aires, 1920, Cap. III, pp. 47-52. Antes de la reforma, la Constitución fijaba su número.

letra sigue a la Constitución norteamericana y así contamos con la jurisprudencia de ese país para establecer su sentido. Evidentemente no tuvo presente la enmienda once, que modificó su texto original y determinó el cambio del pensamiento de la Corte Suprema de ese país, circunstancias que siendo anteriores no fueron consideradas por los convencionales de Santa Fe en 1853, pues su modelo fue aquélla sin esa reforma.¹⁶ Vélez Sarsfield, por su parte, afirmó que la nación nunca puede ser demandada, aunque sin dar el fundamento de su afirmación.¹⁷

12. Unificada la nación por la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, la ley N° 27, sancionada el 13 de octubre de 1862 y promulgada tres días después, organizó la justicia nacional, determinó el número de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, creó los juzgados de sección y en su artículo 20 dispuso que ellos conocen en primera instancia de todas las causas que se expresan en el artículo 100 de la Constitución, de las "*contenciosas administrativas y demás que interesen al fisco nacional...*", con recurso de apelación o de nulidad ante la Corte Suprema (artículo 22). Además estableció que no podía la justicia federal proceder de oficio y sólo ejercía su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (artículos 2º, 3º y 4º).¹⁸

Estas normas, que mantienen los principios de la ley de la Confederación, dando a la justicia federal competencia para conocer en todas las causas "*contenciosas administrativas y demás que interesen al fisco nacional*", fueron aprobadas por la Cámara de Diputados sin discusión.¹⁹ Por ello llama la atención el largo y acalorado debate que se producirá en esa misma Cámara, antes de transcurrido un año, al considerarse el inciso 6º del artículo 2º de la ley N° 48, que versa sobre la misma cuestión. Este se aprobó, con la siguiente redacción: "Los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia... 6º En general todas aquellas causas en que la nación o un recaudador de sus rentas sea parte...", modificándose el texto aprobado por el Senado a libro cerrado, al suprimirse la palabra final que decía "actora" y vedaba la jurisdicción de esos tribunales cuando la nación fuera parte "demandada". El proyecto que lo determinaba había sido elaborado por la Corte Suprema, y el Poder Ejecutivo, haciéndolo suyo, lo elevó a consideración del Congreso de la Nación.²⁰ La modificación introducida por la Cámara baja la aceptó el Senado. El debate que originó esta cuestión pone de manifiesto una reacción a la posibilidad de la revisión de los actos administrativos por el Poder Judicial, impulsada por la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo.

III. EL DEBATE DE LA LEY 48

13. En el trascendental debate que originó la consideración del inciso 6º del artículo 2º de esta ley,²¹ en torno a si se mantenía luego de "parte" la palabra "actora", se incluía también "demandada" o si se suprimía aquélla y sólo quedada "parte", intervinieron algunos de los más destacados juristas de la época. Es cierto

¹⁶ *Reforma Constitucional de 1860*, textos y documentos fundamentales, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1961, p. 254.

¹⁷ *Idem*, p. 255. Años después en la nota a los arts. 33 y 34 del Código Civil, sostiene que puede demandarse a la Nación "previa autorización del Congreso", enrolándose en la doctrina que analizamos en los parágrafos 66 y 71.

¹⁸ R. N., 1857-62, p. 496.

¹⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados (en adelante D.S.C.D.), 1862, t. II, pp. 253-265 (sesión del 10 de octubre de 1862).

²⁰ *Idem*, 1863, t. I, pp. 309, 312 y 321; CARDENAS, Pablo, *ob. cit.*, pp. 58 y ss.

²¹ R. N. 1863-69, p. 49, sancionada el 25 de agosto de 1863 y promulgada el 14 del mes siguiente.

que se encaró la discusión en base a si la nación podía o no ser demandada ante los tribunales federales, pero en el curso de ella se analizó la cuestión de la revisión de los actos administrativos y a qué órgano correspondía hacerlo. Ello fue así, pues si bien no todas las “causas en que la nación sea parte” son contencioso administrativas –también las hay civiles–, ellas se encuentran contenidas en la norma del artículo 100 de la Constitución nacional. Se enfrentaron dos posiciones, cada una con distintos matices, que son el reflejo de dos concepciones con relación a la cuestión, fundadas en diversas interpretaciones de la teoría de la división de los poderes, cuyo resultado puede sintetizarse, por un lado, en afirmar que en nuestro sistema corresponde al órgano judicial, y por el otro, al administrativo, pero sin llegarse a mayores precisiones, sobre temas que tienen relevancia para la cuestión en estudio. De los discursos de los legisladores que admiten la competencia del Poder Judicial en cuanto a lo contencioso administrativo, se desprende que la mayoría la consideran de jurisdicción plena, algunos sólo por vía de recurso y otros en ambas formas. Los que, por su parte, sostuvieron que la revisión de los actos administrativos es facultad del Ejecutivo, no hicieron desarrollos que permitan inferir si predominaba el pensamiento de que debía ser ante tribunales dentro de su órbita y con qué grado de independencia, o ante los mismos órganos que integran la administración ordinaria.

14. En la sesión de la Cámara de Diputados del 31 de julio de 1863, comienza a considerarse el proyecto de esta ley, que continuará en la siguiente, que tuvo lugar el 3 de agosto, el cual, como dijimos, había sido aprobado por el Senado a libro cerrado y denominado de “organización de los tribunales de la Justicia Federal”.²²

Manuel Quintana comenzó el debate destacando la importancia de éste y otros proyectos, remitidos junto con él al Congreso, que dieron lugar a la sanción de la ley 49,²³ que determinó los delitos cuyo juzgamiento corresponde a los tribunales federales, y de la ley 50,²⁴ que establece el procedimiento ante ellos, pues señaló que “la República no puede decirse definitivamente organizada mientras no funcione uno de los altos poderes del Estado en que el pueblo argentino ha delegado el ejercicio de su soberanía ordinaria...”, y agregó que “las libertades todas que la humanidad ha conquistado a fuerza de tantos sacrificios, serían vanas e ilusorias, faltando los tribunales que hubieran de aplicarlas a los casos ocurientes. La ley que garante el Poder Judicial nacional no es así un simple instrumento de buen gobierno, sino que es la condición indispensable para la estabilidad y el desarrollo de una sociedad organizada, a fin de resolver en la práctica ese gran problema de conciliar la seguridad de todos con la más amplia libertad de cada uno. Imbuida la Comisión en estas ideas, no puede menos que prestar su caluroso apoyo a cualquier proyecto tendiente a imprimir la vida a esa institución muerta hasta ahora entre nosotros y cuya existencia durante los últimos diez años debiera haber ahorrado muchos de los escandalosos abusos cuyas fatales consecuencias deploramos aún”.²⁵

15. Leído el proyecto, el diputado Salustiano Zavalía cuestionó la redacción del inciso 6º del artículo 2º, dando lugar a un debate que se prolongó durante dos sesiones y si bien se encaró, como dijimos, sobre la posibilidad o no de demandar a la nación, su contenido tiene relación directa con la facultad de revisión de los

²²D.S.C.D., 1863, t. I, pp. 301-338.

²³R. N. 1863-69, p. 51, sancionada el 25 de agosto de 1863 y promulgada el 14 del mes siguiente.

²⁴Idem, p. 57, sancionada el 4 de setiembre de 1863 y promulgada el 14 del mes siguiente.

²⁵D.S.C.D., 1863, t. I, pp. 301 y s.

actos administrativos. En la primera parte de su exposición señaló que “este inciso parece estatuir... que los tribunales nacionales sólo se han establecido para que la nación entable una acción contra sus deudores, o contra aquellos que se niegan al cumplimiento de sus obligaciones, y no para garantir los derechos de los particulares en el caso que tengan que hacer reclamos contra el Gobierno. Esta disposición no da jurisdicción a los tribunales nacionales en los casos en que la nación sea parte demandada. Creo que esta doctrina es abiertamente contraria a la Constitución. El artículo de ésta dice simplemente: la jurisdicción federal se extiende a las contiendas en que la nación sea parte, y con ello no se ha hecho más que copiar la Constitución de los Estados Unidos, la que establece que la jurisdicción nacional se extiende a todos los casos o cuestiones, en que la nación sea parte. Por la interpretación que se ha dado a la palabra *parte* se ha disminuido la mitad de la jurisdicción de los tribunales nacionales limitándola sólo a aquellos casos en que la nación se presente como actor”.²⁶

Cita la opinión de Story, a quien calificó como “autoridad respetable en la materia” y señaló que “parte se entiende cuando la nación se presenta ante los tribunales ya sea demandando o respondiendo. En derecho común –continúa– es ése también el verdadero sentido y significado de la palabra; y no el limitado que se ha dado por la Comisión y por los autores del proyecto en discusión”, pues en nuestro sistema constitucional está reservada al Poder Judicial “la facultad de juzgar los actos públicos del Gobierno y del Congreso. Siempre que éste dicte una ley inconstitucional o que el primero expida un decreto del mismo carácter, es... quien está encargado de remediar el daño dejando sin ejecución a la ley o el decreto”.²⁷

16. A esta posición contraria al proyecto, en cuanto determinaba que la nación no puede ser demandada, se adhirieron, con distintos fundamentos, los diputados Juan A. García,²⁸ José Mármol,²⁹ Martín Ruiz Moreno,³⁰ Luis Vélez,³¹ Próspero García,³² Manuel Quintana,³³ Fenelón Zuviría³⁴ y Adolfo Alsina.³⁵ Debe señalarse que dos de ellos, Próspero García y Manuel Quintana, eran integrantes de la Comisión de Legislación y en este aspecto estaban en desacuerdo con los otros tres miembros, que sostenían que los tribunales judiciales tenían jurisdicción únicamente cuando la nación era parte actora. Estos eran Francisco de Elizalde,³⁶ Manuel Zavaleta³⁷ y Antonio C. Obligado,³⁸ a quienes en el debate parlamentario apoyan los diputados Benjamín J. Gorostiaga,³⁹ Juan E. Torrent⁴⁰ y José María Cabral,⁴¹ siendo el segundo miembro de la Comisión de Asuntos Constitucionales. A éstos, en defensa del proyecto, se agregó Eduardo Costa, que como ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, expresó el pensamiento del Poder Ejecutivo: la nación no puede ser demandada.⁴²

Debe señalarse que los diputados Juan A. García, Mármol, Alsina y Zuviría, si bien afirmaron que la Constitución no distingue y corresponde al Poder Judicial la revisión de los actos del Poder Ejecutivo, entendían que con la redacción del proyecto o agregándole la palabra “demandada”, se interpreta la Constitución,

²⁶ Idem, pp. 302 y s.

²⁷ Idem, p. 303.

²⁸ Idem, pp. 305 y s. y 336 y s.

²⁹ Idem, pp. 309 y ss. y 334.

³⁰ Idem, pp. 310, 321 y s. y 333.

³¹ Idem, pp. 313, 327 y ss.

³² Idem, pp. 314 y s.

³³ Idem, pp. 319 y ss. y 325.

³⁴ Idem, p. 330.

³⁵ Idem, pp. 331 y s.

³⁶ Idem, pp. 304, 307, 309 y ss., 324 y ss., 328 y 333.

³⁷ Idem, pp. 304 y s.

³⁸ Idem, pp. 318 y s.

³⁹ Idem, pp. 307 y ss., 313, 329, 334 y 336.

⁴⁰ Idem, p. 312.

⁴¹ Idem, pp. 332 y s.

⁴² Idem, pp. 311 y s. y 329 y s.

siendo ello facultad de la Corte Suprema, y en consecuencia sostuvieron que en el artículo en discusión debía reproducirse el texto de aquélla: "cuando la nación sea parte" y dejar que la justicia determine su alcance.⁴³ Esta posición se impuso, luego del importante debate que la cuestión suscitó.

Unos como otros utilizaron el argumento de la división de los poderes consagrada por la Constitución, pero dándole una interpretación distinta. Los que niegan la revisión por el Judicial, sostuvieron que, de admitirse, se afecta la independencia absoluta de cada uno con relación a sus actos, y quienes se pronuncian por la posición contraria, alegaron que la división significa un sistema de frenos y contrafrenos, en virtud de los cuales todo lo contencioso corresponde al Judicial y si esto se niega se ven afectados los derechos y las garantías de los habitantes.

17. Los principales argumentos utilizados para sostener que los actos administrativos son revisables por el Poder Judicial fueron:

17.1. La Constitución Nacional habla de parte, no haciendo distinción alguna entre actora y demandada, por lo cual negar la jurisdicción a los tribunales federales para entender en la revisión de los actos administrativos, es quitarles la mitad de la jurisdicción.

17.2. Lo contencioso administrativo pertenece en nuestro sistema constitucional al Poder Judicial.

17.3. Ello es la única forma de salvaguardar las garantías y los derechos de los habitantes frente a los actos del poder administrador.

17.4. No existe peligro de que esa facultad altere el orden público, pues si el Poder Judicial es bueno para garantizar los derechos de los administrados ante los reclamos de la nación, lo es también para asegurar los derechos de ésta ante los requerimientos de aquéllos.

17.5. Las sentencias condenatorias de la nación sólo tienen carácter declarativo, por lo cual no existe el peligro de que la nación en determinado momento no pudiera afrontarlas, situación que además afectaría la facultad del Congreso de arreglar la deuda interna, según alegaron los sostenedores de la otra posición.

18. Los argumentos más destacados de la corriente contraria fueron:

18.1. La nación no puede ser demandada, pues ello afecta la soberanía.

18.2. La revisión de los actos del Poder Ejecutivo por la justicia federal afecta la independencia de los poderes y rompe el equilibrio entre ellos, trayendo el caos e implantando la tiranía del Poder Judicial.

18.3. La garantía de los derechos de los habitantes está dada, precisamente, por la absoluta independencia de los tres poderes.

18.4. Los reclamos fundados en actos del Poder Ejecutivo deben plantearse ante ese mismo Poder, a quien corresponde lo contencioso administrativo, y si el afectado no obtiene satisfacción a su agravio, puede acudir al Congreso, el cual de estimar que se produjo un daño, sin juzgar el acto, fijará una indemnización.

Destacaremos a continuación las partes más relevantes de los discursos de los diputados que intervinieron en el debate, para fundar las dos posiciones, agrupándolos en seis grandes temas.

19. *Significado de la palabra "parte" en el texto constitucional*

Con relación al primero de los argumentos de quienes sostenían la demandabilidad de la nación y en consecuencia la posibilidad de la revisión de los actos

⁴³ Idem, pp. 305, 309, 330 y 334.

administrativos por el Poder Judicial, a lo expuesto por Zavalía, Juan A. García⁴⁴ agregó que “la Constitución no ha hecho distinción alguna; no ha dicho si podrá ser parte actora o demandada la nación...”, y Mármol,⁴⁵ que creía “que parte puede ser tanto el demandado como el demandante. Los abogados saben muy bien lo que esa palabra quiere decir, ya lo han declarado” y “la Comisión quita a esta palabra, como ha dicho muy bien un señor diputado, la mitad de su importancia”, aludiendo a Zavalía. También Alsina, Quintana y Zuviría destacan que el vocablo inserto en la Constitución es comprensivo de los dos supuestos.

20. Alsina⁴⁶ señala que el Congreso no debe salir del terreno de la Constitución y ella dice “que caen bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales, todos los asuntos en que la nación sea parte” y “aquí no cabe ni interpretación siquiera”. A este respecto, consecuente con teorías que expuso con anterioridad, afirma: “cuando las leyes son claras, cuando la ley no distingue, el legislador no puede distinguir; cuando el sentido de las palabras es claro y terminante, no hay que ir a buscar el espíritu, porque el espíritu traspira de esas mismas palabras claras, que no se pueden tergiversar”. Luego de expresar que no se detendrá en el sentido de la palabra parte, añade que “el Congreso con facultades limitadas, no puede venir a decir: donde la Constitución dice parte, entiéndase solamente parte demandante” y haciendo referencia a Elizalde, destaca que un señor diputado en la sesión anterior “para eludir esta dificultad constitucional, decía que estábamos dando una ley reglamentaria de la disposición constitucional; pero es indudable... que por medio de una ley reglamentaria, no se puede alterar el espíritu de la Constitución, a esto se opone no sólo la sana razón sino el principio adoptado por nosotros de que la Constitución sólo puede ser corregida por una constituyente. Además es un error decir que estamos dando una ley reglamentaria: estamos dando una ley orgánica, estamos organizando un poder, es decir, constituyéndolo por una ley: esto no es reglamentar”.

21. Quintana, luego de señalar que le parece inútil “insistir en demostrar que bajo la palabra parte, se comprende parte demandada y demandante”, se limita a hacer referencia en apoyo de esta interpretación a Story, quien “dice esto de una manera muy clara” y añade que “ni se necesita de esa opinión, pues basta tener las más ligeras nociones de derecho para saber que tan parte es el demandado como el demandante; y que por consiguiente, cuando dice la Constitución que los tribunales conocerán en los asuntos en que la nación sea parte, no ha establecido la restricción que se pretende establecer por medio de esta ley”.⁴⁷

22. El diputado Zuviría, criticando el proyecto, declara que la cuestión debe tratarse preferentemente desde el punto de vista constitucional, y no a la luz de la conveniencia como se está haciendo. Manifiesta que como se encaró la discusión, con muy pocas excepciones, “sería oportuna en una Asamblea Constituyente, al ocuparse de reformar la Constitución, pero no cuando se trata simplemente de si, según ella, la nación puede o no ser demandada”. Lo que debe examinarse, entiendo el legislador, es la Constitución según su texto, porque no puede el Congreso proceder de otra manera, y ella dice que “los tribunales federales son jueces competentes para conocer de las cuestiones en que la nación sea *parte*” y “no hay quien ignore, aun sin ser jurisconsulto, que *parte* es tanto el demandante como el demandado. Este es un axioma que no puede desconocerse. Luego, la

⁴⁴ Idem, pp. 305 y s.

⁴⁵ Idem, p. 309.

⁴⁶ Idem, p. 331.

⁴⁷ Idem, p. 320.

nación puede ser *demandada* como puede ser *demandante*. Agrega, más adelante, que si con el proyecto se propone ampliar el sentido de la Constitución, ello no puede hacerse, pues sería un acto inconstitucional y si se trata de restringirlo, tampoco puede serlo por igual motivo; y si se quiere decir lo mismo que la Constitución, no hay por qué cambiar las palabras y hay que decir simplemente *cuando la nación sea parte*. Pero la razón que se tiene para cambiarlas —continúa Zuviría— es “el propósito de variar el sentido de la Constitución, salvando las intenciones de los que proponen el artículo, que no puede en verdad sostenerse sin sancionar una ley inconstitucional. Por otra parte... si sancionamos esta ley no tendrá efecto permanente puesto que mañana la Corte de Justicia que hoy la ha propuesto, mejor ilustrada puede decirnos que es nula y que no la observa por inconstitucional”.⁴⁸

23. Los que defienden el proyecto no detuvieron mayormente su atención en analizar el sentido de la palabra “parte” utilizada por la Constitución. Entre ellos, sin embargo, José Benjamín Gorostiaga sostuvo que debe dársele la inteligencia de que es cuando ella demanda, “porque aunque la palabra parte en el lenguaje forense se entiende comúnmente por parte actora y demandada, la Constitución ni habla ese lenguaje ni tampoco esa inteligencia puede aplicarse desde que se discute el punto, y se busquen los fundamentos y motivos de esta disposición”.⁴⁹

24. *Organo al cual pertenece el contencioso administrativo*

Los diputados Juan A. García, Quintana y Vélez, son los principales defensores de la tesis, según la cual en nuestro sistema constitucional, lo contencioso administrativo pertenece al Poder Judicial. Otros diputados no utilizan esta denominación, si bien aluden a la cuestión. El primero destacó que ello fue debatido en Buenos Aires y los diputados de esa jurisdicción integrantes de la Comisión de negocios constitucionales no pueden olvidar que después de varias discusiones sobre el tema, se estableció en esa Provincia que en los asuntos en lo contencioso administrativo, en que un particular se cree perjudicado, puede apelar al Superior Tribunal de Justicia, “cosa que tiene lugar todos los días, en que los actos del Poder Ejecutivo son confirmados o revocados, dándoles una gran autoridad moral, o reparando los daños que involuntariamente pudieran causarse, por errores de derecho que todos los hombres pueden cometer. Este es el único sistema que ha establecido la Constitución”. Con ello hace referencia a su artículo 100.⁵⁰

25. Quintana entiende que al juzgar los tribunales no “se mezclan en los actos administrativos del Poder Ejecutivo sino que solamente declaran las acciones que las leyes han garantido y el cumplimiento de las obligaciones que han impuesto”, pues el Poder Judicial “juzgando de todos los actos contenciosos administrativos, entre el Estado Nacional y los particulares, no invade la acción del Gobierno, no administra, al contrario, cumple con los objetivos para los cuales fue instituido”. Recuerda que nuestra tradición viene del derecho español, pues las Ordenanzas de Intendentes “establecían el derecho de apelación para ante las Audiencias, para ante los tribunales ordinarios de justicia” y fue con “motivo de esta práctica 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

⁴⁸ Idem, pp. 330 y s.

⁴⁹ Idem, p. 335.

⁵⁰ Idem, p. 338. Alude al debate previo a la sanción de la ley 166 del 28 de setiembre de 1857.

contencioso administrativas... Esta práctica de la Provincia de Buenos Aires, esta práctica de la Colonia durante la Metrópoli, es la que [se] trata de echar por tierra sosteniendo el inciso en discusión. Se trata pues de hacer una gran revolución... en el orden contencioso administrativo”.⁵¹

26. El diputado Vélez, en una de sus intervenciones, expresó que no se otorga una “inmensa superioridad sobre los demás poderes al Judicial al atribuírsele jurisdicción para revisar los actos de los otros dos, pues ésta es su esfera, es decir todo lo contencioso; no se acuerda más que lo que abraza aquélla...”.⁵²

27. Los defensores del proyecto, por su parte, sustentaron que cualquier reclamo por un acto administrativo debe plantearse ante el Poder Ejecutivo, y de no ser satisfecho, el agraviado tiene la facultad de ocurrir al Congreso, que analizará la situación y si hay perjuicio, puede otorgar una indemnización sin que ello implique juzgar. Elizalde, sosteniendo esta posición, dijo que en primer lugar el particular ocurre al Gobierno y lo natural es que éste haga justicia. Pero suponiendo que ello no ocurra, el individuo, igual que en los Estados Unidos, puede presentarse al Congreso y éste “como gran jurado que es de la nación”, si observa una injusticia, “sin decir si ha hecho bien o mal, vota una indemnización por los daños causados...” “pero no somete al otro poder a su jurisdicción”. A la observación de que en ese caso el Congreso juzga al Gobierno, pues le está diciendo que no cumplió con su deber, y esto rompe la alegada “armonía entre los poderes públicos”, siendo más peligroso que dejar la facultad al Poder Judicial, formulada por Mármol, responde Elizalde que el Congreso “no juzga, vota una indemnización sin llegar a calificar los actos del Gobierno...” pues sólo “declara que es llegado el caso de la indemnización”.⁵³

28. El diputado Torrent opina en este mismo sentido, fundándose en que el Poder Ejecutivo “es acusable ante la Cámara de Diputados” y en consecuencia el único recurso que le queda al particular damnificado es pedir la indemnización, pues el derecho de votar fondos para ello corresponde sólo al Legislativo y aceptar la tesis de los que se oponen al artículo sería hacer “descender al Poder Ejecutivo del rango en que la Constitución lo ha colocado, de no ser juzgado sino por las Cámaras, y lo llevaríamos ante el Poder Judicial”. Entiende que con esa intervención del Congreso se garantizan los derechos de los particulares.⁵⁴

29. El diputado Obligado, participando en esta teoría, sostiene que “las cuestiones contencioso administrativas, o sea aquellas en que aparece interesada la sociedad como parte en el litigio, no pueden someterse a la justicia ordinaria; pues con la prolijidad de sus fórmulas, la lentitud de sus trámites, la inflexibilidad de sus fallos, y hasta la misma independencia de los jueces y magistrados, entorpecería el curso de los negocios y de los servicios públicos más importantes”.⁵⁵

30. *Protección de los derechos y garantías de los administrados*

Entre quienes señalan que la revisión judicial es la única forma de asegurar las garantías y los derechos de los habitantes frente a los actos del Ejecutivo, sobresalen Juan A. García, Ruiz Moreno y Quintana. Para el primero “ésta es la teoría más

⁵¹ Idem, p. 321.

⁵² Idem, p. 328.

⁵³ Idem, pp. 310 y 326.

⁵⁴ Idem, p. 312.

⁵⁵ Idem, p. 318.

conforme con los principios que deben regir en un país republicano: sólo aceptando esta teoría, es que se puede decir que el Poder Judicial es la salvaguardia de las garantías y de los derechos del ciudadano”, agregando que de acuerdo con la redacción del proyecto, éste “no es sino un elemento para que el Fisco pueda entablar su acción contra los particulares: no es la salvaguardia del ciudadano para que pueda ir a buscar la protección y el amparo de sus derechos”.⁵⁶

31. El diputado Ruiz Moreno, en una de sus participaciones en el debate, señala que el Gobierno nacional puede contratar a nombre de la nación y puede faltar a las obligaciones contraídas y si no fuera posible a los particulares perjudicados reclamar sus derechos ante los tribunales de justicia, “se habría consagrado el monstruoso principio de que el Gobierno nacional puede despojar de sus bienes y arruinar a los particulares”. Recuerda en apoyo de su posición a Manuel Antonio de Castro, quien “no hallando razón para que los particulares sean de peor condición que el Estado, en cuanto a la adquisición de derechos y al cumplimiento de las obligaciones civiles, se expresa en los términos siguientes: ‘También la ley 26, tít. 14, Part. 5 prohíbe admitir compensación en los créditos fiscales: pero esta detestable desigualdad privilegiaria debe ser cuanto antes abolida en nuestro Estado, si aspiramos a la libertad civil, que sólo puede afianzarse cuando la ley, que a todos toca, obligue a todos...’ si la nación contrae obligaciones y no hay medio de hacérselas cumplir, la igualdad desaparece; si la nación no puede ser demandada a la vez que ella demanda, mediando igual causa y obligación, la igualdad prescrita en nuestra Carta Nacional es ilusoria. Con la doctrina que sostienen los diputados a quienes contesto, desaparecen las garantías que acuerda la Constitución a la propiedad; de tal manera que nadie podría estar cierto de no ser despojado a pretexto de utilidad pública, y quizá sin ningún pretexto; quedando sin recurso para ser indemnizado al momento”.⁵⁷

32. Quintana destaca, también, que “las garantías de libertad acordadas a todos y cada uno de los ciudadanos han de ser más efectivas y eficaces allí donde tengan el derecho de llevar al banco de los tribunales a aquel gobierno que se haya negado a cumplir las obligaciones que se impuso por un contrato”.⁵⁸

33. Elizalde, sostenedor del proyecto, asegura que en la discusión están en competencia dos grandes principios, que sostienen, uno la “omnipotencia del Poder Judicial” sobre todos los demás y el otro “la independencia absoluta de los tres poderes en que está dividida la soberanía del pueblo, en la órbita que marca a la Constitución. Los señores diputados que combaten el artículo que la Comisión propone, creen que la fuente de toda justicia, que la garantía única que hay para todos los ciudadanos en el orden social, estriba en el Poder Judicial; y los que sostenemos el artículo de la Comisión juzgamos que ellas están en la independencia de los tres poderes, o más bien, que los tres poderes concurren a ese fin”. Más adelante agrega que otorgar a los particulares el derecho para demandar a la nación es “una innovación muy grande que se quiere establecer”, con lo cual se pretende “romper completamente con las tradiciones que ha habido entre nosotros”.⁵⁹

34. *Principio de la separación de los poderes*

Entre quienes sostuvieron el proyecto, utilizando el argumento de que la separación de los poderes se ve afectada si el Judicial puede revisar los actos del Ejecutivo

⁵⁶ Idem, p. 306.

⁵⁷ Idem, pp. 323 y s.

⁵⁸ Idem, p. 320.

⁵⁹ Idem, pp. 324 y s.

vo, destacamos al ministro Costa y los diputados Gorostiaga, Obligado y Cabral. El ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, defiende ante la Cámara de Diputados el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso, insistiendo en que no se suprima la palabra *actora*, porque si ello ocurre, “ha de traer graves inconvenientes”, añadiendo que “en el sistema representativo, sabe bien la Cámara, la soberanía se divide en tres poderes, el Legislativo, el Judicial y el Administrativo. Además, se ha creído que era indispensable para que no peligraran las libertades públicas, que estos tres poderes fueran completamente independientes en la órbita de las atribuciones que se les ha marcado”, por lo cual “es perfectamente conforme al espíritu de nuestras instituciones, a su esencia misma, el artículo tal como lo ha propuesto la Corte de Justicia, como lo ha aceptado el Gobierno y como lo ha propuesto la Comisión”.⁶⁰

35. Benjamín José Gorostiaga también entiende que según el principio “fundamental” de la separación de los poderes es correcto el artículo como es propuesto por el proyecto. “De ahí resulta que el Poder Legislativo es soberano en sus actos legislativos; el Ejecutivo en lo administrativo y el Judicial en los juicios” y de admitir que los actos de los otros poderes públicos sean sometidos al Judicial, “acabaría la división de los poderes, caería la base fundamental de nuestra Constitución, y podríamos decir que todas las libertades que la Constitución consigna, habrían desaparecido. Está bien, pues, el artículo tal como está y he de votar por él”,⁶¹ pues de lo contrario todo el Legislativo y el Ejecutivo pasarían a aquél y ese no es “el Gobierno que se ha consagrado en nuestra Constitución”, ni cuando se entienda “la palabra nación solamente por los actos del Poder administrador”. En una parte de su discurso exclamó: “no se venga por interpretaciones a minar por su base los fundamentos en que descansa todo el orden constitucional; no se venga a hacer que dos de los poderes soberanos queden en definitiva en manos de uno solo. Esto no sería el gobierno constitucional, sería la dictadura, sería la tiranía”.⁶²

36. Los diputados Obligado y Cabral sostuvieron también el argumento de que si la nación pudiera ser demandada vendría a quedar comprometido el principio constitucional de la independencia de los tres poderes del Estado, pues el Ejecutivo y el Legislativo quedarían sujetos a las decisiones del Judicial. El primero afirma que según los escritores más notables sobre la materia, “la administración y la justicia son tan independientes en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, que el orden público se interesa en mantener y afirmar esta independencia, la cual sería violada si las autoridades judiciales pudieran atraer a sus tribunales y sentenciar a los agentes administrativos y viceversa”.⁶³ El segundo se expresó en forma similar, cuando dijo que el artículo propuesto “es perfectamente constitucional, si no en su letra, en su espíritu, porque ni en el espíritu ni en la letra de la Constitución, ni en los legisladores, puede suponerse jamás el absurdo. Según los principios representativos democráticos, es sabido que los altos poderes de la nación son completamente independientes unos de otros en la órbita de sus atribuciones respectivas. La Constitución de los Estados Unidos que es nuestro modelo, así como la nuestra, establece este principio en la mayor parte de sus declaraciones y “entonces... qué perturbación, qué caos no traería este incidente en el sistema representativo, en la armonía que debe reinar en los altos poderes de la nación”.⁶⁴

⁶⁰ Idem, pp. 311 y s.

⁶¹ Idem, p. 309.

⁶² Idem, p. 335.

⁶³ Idem, p. 318.

⁶⁴ Idem, p. 332.

37. Los diputados Zavallía, Juan A. García, Vélez, Próspero García y Alsina son quienes se destacaron en rebatir las objeciones de aquellos que negaban la facultad de la Justicia Federal para revisar los actos de los otros poderes, pues entendían que a ello se opone la división de las funciones que establece el sistema constitucional argentino.

38. El primero, replicando al miembro de la Comisión de Legislación diputado Elizalde, señala que la objeción más seria que éste le ha hecho a sus observaciones "es la superioridad que parece se le da al Poder Judicial sobre los demás poderes de la nación; pero esta superioridad, si como tal se comprende, se la da de una manera terminante la Constitución confiándole el poder de interpretar en definitiva la Constitución y de aplicar las leyes de la nación o cualesquiera medidas dictadas por el Congreso" y afirma que de acuerdo con el proyecto, se quiere "disminuir en la mitad la importancia del Poder Judicial" y le pregunta a aquél cómo "podría justificar esa limitación".⁶⁵ Añade que "la pretensión de los que quieren someter a la Corte federal todos los asuntos en que el Poder Ejecutivo sea parte, ya actora, ya demandada, no es atentatoria al orden público", como habían manifestado algunos legisladores.

Para Zavallía, pregonar que esa facultad del Poder Judicial trae aparejado el peligro de que se altere el orden establecido por la Constitución, es un argumento con el cual "se trata de hacer impresión en los ánimos para decidirlos a votar en favor del inciso, amenazando con peligros ocultos, con un abismo en el cual... va a caer la nación. Se dice que será quebrado el orden constitucional, que se le va a dejar sin base...", pero "ese abismo que se teme, es el temor de que se haga justicia", pues se están por establecer los tribunales federales, "y se cree que esos tribunales serán buenos para garantir los derechos de los ciudadanos y de todos los habitantes del suelo argentino; pero se cree que no serán buenos para garantir los derechos de la nación... O son buenos para garantir todos los derechos, o no son buenos para los unos ni para los otros". Alega que se teme el peligro de que los acreedores de la nación vengan a demandarla por sus créditos ante los tribunales, pero si ello es un abismo "sólo pueden naufragar en él los deudores tramposos o quebrados: pero de ninguna manera se puede hacer valer ese peligro contra la Nación Argentina, cuyo orden actual de cosas es el reconocimiento de todos los derechos, y cuyos poderes son una garantía para los derechos de los ciudadanos".⁶⁶

39. Participando de la misma posición, Juan A. García sostuvo también que someter a la nación a la jurisdicción de los tribunales federales como parte demandada no afecta el orden público,⁶⁷ y Vélez manifestó que afirmar que con esa facultad "se arrastra a un abismo... es el error más completo, en que caer pueden los opositores a la modificación propuesta. Ahí está la Inglaterra, donde cualquier inglés puede demandar a la corona por un bill de derecho. Sin embargo, la Inglaterra subsiste y está completamente garantida. De ahí es de donde debemos tomar el ejemplo de libertad, no de la España ni de Francia, a cuyas naciones hemos dejado completamente atrás en este punto. ...El comentador Story, sostiene lo mismo diciendo: La Constitución norteamericana ha fallado en este punto, y ha quedado muy atrás de la Inglaterra... y no es al Parlamento que corresponde entender en estas cuestiones, sino a los tribunales de justicia".⁶⁸

⁶⁵ Idem, pp. 304 y 313.

⁶⁶ Idem, pp. 328 y ss.

⁶⁷ Idem, p. 306.

⁶⁸ Idem, p. 327.

40. Vélez agrega que esta atribución en manos del Poder Judicial no pone en peligro la independencia de los poderes, pues “así como resuelve sobre la constitucionalidad de una ley dictada por el Congreso sin ser superior a él, así mismo resolvería, respecto de todas las cuestiones que se suscitan entre un particular y la nación, sin que por esto sea superior a la nación. Entonces, pues, acordándole este derecho al Poder Judicial estamos en el terreno de la Constitución y no hay peligro tampoco, de ningún género, porque, como acabamos de ver, esta misma facultad la tiene el Poder Judicial en Inglaterra, y sin embargo no ha peligrado su existencia, ni se han confundido las diversas atribuciones de los poderes públicos”.⁶⁹

41. *Carácter declarativo de la sentencia contra el Estado*

El diputado Zavalía, ante la objeción formulada por algunos legisladores de que los tribunales no tendrán los medios suficientes para ejecutar la sentencia cuando fuese contraria al Fisco, niega ello, pues si bien es cierto que “la fuerza pública de que en último caso hacen uso los tribunales para hacer ejecutar sus resoluciones la presta el Gobierno, resultaría una anomalía que esa fuerza pública pueda ser requerida contra el mismo Gobierno; pero no es así si se tiene en vista una circunstancia, y es que hasta allí no se extiende la jurisdicción de los tribunales federales”, pues siempre que juzguen una causa del Fisco, ella se limita “a una declaración de derechos” y “esa sentencia viene a ejecutarse con el acatamiento que el Gobierno debe prestarle”. “...no habrá que emplear la fuerza de la nación contra la nación, y mientras tanto el derecho quedará declarado por autoridad competente”.⁷⁰ El diputado Ruiz Moreno sostiene también esta doctrina, según la cual las sentencias contra la nación tienen carácter declarativo.⁷¹

42. *La jurisprudencia norteamericana*

La necesidad de recurrir a la jurisprudencia de los Estados Unidos para interpretar las cláusulas de la Constitución argentina, es uno de los argumentos esgrimidos por los defensores del proyecto, que será rebatido por los sostenedores de la tesis contraria, quienes alegarán su inaplicabilidad. Entre aquéllos, se destacarán los diputados Zavaleta, Gorostiaga y Obligado, además del ministro Costa.

43. El primero que saca a la luz este fundamento interpretativo es Zavaleta, cuando al comenzar su exposición expresa que “una de las ventajas de haber adoptado entre nosotros el sistema federal, tal como se ha adoptado en la Unión Norteamericana, es, se puede decir, haber incorporado en cierto modo en nuestra Constitución la jurisprudencia que allí se sigue en materias constitucionales. El artículo de la nuestra, que ha organizado el Poder Judicial de la nación, está textualmente tomado de la de Estados Unidos, puede decirse que no hay la mínima diferencia, y debemos por esta razón entenderlo, como lo entienden allí, donde se han tocado todas estas cuestiones. ...y la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido constantemente uniforme, y ha consagrado la doctrina de que la nación no podía ser demandada”.⁷²

⁶⁹ Idem, p. 328.

⁷⁰ Idem, p. 306. Para Zavalía el Poder Judicial no juzga al Ejecutivo, sino al Fisco.

⁷¹ Idem, pp. 310 y 33.

⁷² Idem, p. 304.

44. Quien retoma este fundamento y lo desarrolla con mayor amplitud será Gorostiaga, cuando proclama que “hemos copiado nuestra Constitución de aquella” y en “los Estados Unidos, es incuestionable que la nación no puede ser arrastrada delante de ningún tribunal” y cuando un individuo se encuentra damnificado por algún acto de la administración, “recurre al Congreso reclamando indemnización”, el cual ante el cúmulo de solicitudes creó el tribunal de reclamos, al que pasan esas peticiones.⁷³ Para este legislador la Constitución argentina no tuvo como modelo la norteamericana, ni es una imitación de ella, sino simplemente *una copia*, como expresó en más de una oportunidad durante el debate.⁷⁴

45. También Antonio C. Obligado hace referencia a la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos⁷⁵ y el ministro Costa afirma que pese a la opinión de algunos autores, en la Unión Americana se “sostiene invariablemente la doctrina de que la nación no puede ser llevada ante los tribunales”, por lo cual “cuando tenemos este hecho que está más arriba de todas las opiniones, nosotros que hemos imitado la Constitución americana, que la hemos copiado casi textualmente, no podemos pretender, como vulgarmente se dice, ser más católicos que el Papa. Debemos, ya que hemos imitado la Constitución norteamericana, imitarla también en este punto, que es indudablemente de suma importancia”.⁷⁶

46. Otros diputados sostuvieron la inaplicabilidad de esa jurisprudencia. El primero en hacerlo fue Vélez, quien recordó a sus colegas que ella se fundó en razones muy especiales, que dieron lugar a la reforma undécima de la Constitución de aquella nación. “Los Estados Unidos se hallaban con deudas enormes, a favor de muchos particulares, y esa fue la razón especial que hubo para que se decidiera que los Estados no podían ser demandados por los particulares; y de aquí ha resultado que tampoco pueda ser demandada la nación”. Ello no se fundó en “los dictados de la ciencia constitucional”, sino en “las conveniencias de la política”. Refiere más adelante, la diferencia existente entre las dos constituciones, pues en aquel país, después de esa enmienda, “se ha negado el derecho a demandar a los Estados”, mientras que en el nuestro las provincias pueden ser demandadas y es innegable que también puede serlo la nación y proclama enfáticamente que de la Constitución americana, “hemos tomado algunas cosas”, como señaló el autor de las “Bases”, que “ha hecho ver que no hemos imitado ni podemos imitar la Constitución americana”, pues ello “es una idea del Sr. Sarmiento, rebatida luminosamente por el Sr. Alberdi, que ha probado que nuestra Constitución no es la imitación de la de los Estados Unidos”.⁷⁷

47. El diputado Próspero García destaca que antes de la enmienda undécima, algunos Estados cuestionaron la competencia de la Corte para entender en demandas contra ellos, teniendo como verdadero móvil las circunstancias puestas de manifiesto por Vélez, pues “estaban cargados de deudas que no podían o no querían pagar” y “temían una ejecución, que se consideraba quizá vejatoria para ellos”; pero llevada la cuestión a la Corte Suprema, sostuvo “su jurisdicción: dijo que los Estados podían ser demandados por particulares, el artículo de la Constitución los comprende, tal es su verdadera inteligencia. La cuestión era la misma respecto de las causas en que la nación es parte, pues el artículo constitucional relativo a ésta estaba concebido en los mismos términos que el que se refería a los

⁷³ Idem, pp. 307 y s.

⁷⁴ Idem, pp. 307 y 329.

⁷⁵ Idem, p. 318.

⁷⁶ Idem, p. 329.

⁷⁷ Idem, pp. 313 y 328 y s.

Estados antes de la enmienda de la Constitución norteamericana". Siendo ésa la jurisprudencia, se produjo la enmienda y no pueden ser llevados ante los tribunales. En base a esto, continúa, "algunos escritores dicen: pues si los Estados no pueden ser demandados por particulares, tampoco éstos podrán demandar a la nación, con mayor razón no podrá ésta ser llevada ante los Tribunales".⁷⁸

Terminó el diputado García su alusión a la enmienda undécima, afirmando que nuestra Constitución no ha aceptado tal limitación, y ésta es una de las discrepancias importantes entre nuestro texto político y el americano, dado que el fundamento considerado por algunos autores norteamericanos para sostener la tesis que adoptó la Corte Suprema de su país, no existe para nosotros "porque nuestra Constitución dice que las provincias pueden ser demandadas" y "faltándonos este antecedente, no podemos decir que las causas contra la nación vienen a formar una excepción".⁷⁹

48. Es importante señalar la advertencia que formula el diputado Mármol en cuanto a la prudencia que debe tenerse para aplicar la jurisprudencia norteamericana, porque "aunque nuestras instituciones son modeladas en los Estados Unidos, los hombres que las ejecutan no son modelados allí".⁸⁰

49. Los que en el debate abordan el tema de la jurisprudencia norteamericana hacen en diversas oportunidades referencia a los comentaristas de la Constitución de los Estados Unidos, pero sólo aparece el nombre de dos: Hamilton, citado por quienes afirman que el Poder Judicial carece de jurisdicción para juzgar los actos del ejecutivo, y Story, por aquellos que sostienen la tesis contraria.⁸¹

IV. LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

50. Pareciera que ante las normas constitucionales destacadas en el párrafo 9 no debían presentarse dudas sobre la jurisdicción de los tribunales judiciales, y entre éstos de los federales, para entender en todo los pleitos en que la nación sea parte actora o demandada, tanto en las materias tradicionales, como en la denominada contencioso administrativa, pues si bien ésta presenta mayor novedad, como parte del todo también corresponde al Poder Judicial. Sin embargo, después del año 1863 se la cuestiona por algunos importantes autores de la época, dedicados al derecho constitucional y al administrativo, no sólo en lo contencioso administrativo, sino también en lo referente a las causas civiles, cuando la nación sea demandada. Otros, en cambio, levantan su voz en defensa de esa prerrogativa del Poder Judicial y del derecho de los administrados de acudir ante él, demandándola cuando los actos de ella agraven sus derechos. Dada la delimitación que nos hemos impuesto, nos ocuparemos sólo de lo contencioso administrativo, a través

⁷⁸ Idem, p. 314.

⁷⁹ *Ibidem*. La enmienda fue propuesta a las legislaturas de los diversos Estados por el tercer Congreso el 5 de setiembre de 1794 y el presidente en el mensaje del 8 de enero de 1798 declaró que había sido aceptada por las tres cuartas partes de los mismos. La misma estableció: "no se interpretará que el Poder Judicial de los Estados Unidos puede extenderse hasta las causas en ley o equidad empezadas o proseguidas contra uno de los

Estados Unidos, por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos o súbditos de algún Estado extranjero" (Ver *Digesto Federal. Anotaciones a la Constitución de los Estados Unidos* por PASCHAL, G.W. y *Concordancias con la Constitución Argentina*. Traducidas del inglés las primeras y comentadas las segundas por N.A. Calvo, Buenos Aires, 1888, t. I, p. 60.

⁸⁰ Idem, p. 309.

⁸¹ Idem, pp. 303, 308, 329, 327 y 315. Tocqueville es citado por Ruiz Moreno.

del pensamiento de los más autorizados juristas que en la época se ocupan de la cuestión.

El tema se relaciona con el derecho administrativo, que como disciplina autónoma integrante de la ciencia jurídica aparece durante el siglo pasado, y en nuestro país la primera obra dedicada específicamente a esta rama del derecho es de 1866.⁸² Ramón Ferreyra, su autor, señala que había “dos dificultades de gran peso entre nosotros: la falta de obras modelos para el gobierno republicano y la forma de gobierno federal”, pues, afirma, no se han escrito obras, al menos que él conozca, del derecho administrativo republicano y en “nuestros colegios y universidades jamás se ha oído figurar ni el nombre de este ramo en el programa de los estudios”, agregando que “su necesidad se hace sentir más en las repúblicas que en las monarquías, por la división y deslinde más estricto de atribuciones de los poderes públicos, y por las demás especialidades que las distinguen”.⁸³ En cuanto a la parte del derecho administrativo que consideramos, el problema se agudiza, siendo demostración de ello que todavía en 1903, Luis V. Varela puede señalar, sin apartarse de la realidad, que no había “libros argentinos que se hayan ocupado de lo contencioso administrativo; y, hasta en nuestras mismas universidades, los eruditos catedráticos del derecho administrativo han eludido profundizar un estudio que no tiene bases precisas en la legislación institucional”.⁸⁴ En efecto, la cuestión está tratada sin el detenimiento necesario en algún capítulo de los textos sobre la materia, que tienen por objeto cubrir las necesidades de la enseñanza universitaria, elaborados bajo la influencia de la doctrina francesa, a veces recibida directamente y otras a través de los autores españoles que la siguen, aplicando así principios que no se compatibilizan con un sistema que sigue los lineamientos del derecho constitucional angloamericano y no del francés.

51. En el período que estudiamos, el autor extranjero que más influencia tiene es Manuel Colmeiro, con su obra *Derecho Administrativo Español*, aparecida en 1850, de la cual hay varias ediciones posteriores. Evidentemente es muy difícil conciliar los principios que expone con los republicanos y con la separación de poderes que consagra nuestra Constitución, pues escribe para una monarquía y entiende que los poderes son dos, el Legislativo y el Ejecutivo, siendo el judicial una rama del último.

Así sustenta que “el poder político es verdaderamente uno solo; y si alguna división fundamental cabe, es la que separa la facultad de dictar de la de aplicar las leyes. La autoridad judicial no es un poder distinto del Ejecutivo, sino una parte de él, organizada de una manera conveniente para ofrecer firmes garantías al derecho de los particulares”. Poseyendo el rey “la plenitud del Poder Ejecutivo, debe ser considerado superior común de la administración y de la justicia”.⁸⁵

Este autor distingue en justicia ordinaria y administrativa: la primera es la potestad de aplicar las leyes de interés privado que por delegación del rey corresponde a los tribunales comunes, a quienes pertenece exclusivamente juzgar las causas civiles y criminales; y la segunda resuelve y decide todos los asuntos contenciosos de la administración y procura la reforma de ciertos actos del poder discrecional. Esta última es una prerrogativa de la Corona, un verdadero atributo de la soberanía. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el rey y no puede admitirse un superior que juzgue sus actos o de sus agentes, pues equivaldría a

⁸² FERREYRA, Ramón, *Derecho administrativo general y argentino*, Buenos Aires, 1866.

⁸³ Idem, p. IV.

⁸⁴ *Código de procedimientos en lo contencioso administrativo*, edición oficial, La Plata, 1906, p. 10.

⁸⁵ COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, 4ª ed., Madrid, 1876, p. 357.

menoscabar la autoridad real atentando a la independencia del Poder Ejecutivo, por lo cual es una consecuencia directa y necesaria de que la acción tenga en la jurisdicción su complemento. “En realidad –señala– cuando la administración procede por vía de juicio, toma de la jurisdicción ordinaria la forma; pero en la esencia sus actos son verdaderamente administrativos”.⁸⁶

Para este jurista hay, pues, una jurisdicción administrativa o un derecho inherente a la administración de conocer y sentenciar los asuntos contenciosos de este orden, es decir, aquellos que admiten una controversia y se ventilan con la solemnidad de los juicios. “Como la jurisdicción es el complemento de la acción administrativa, se infiere que todos los cargos a los cuales va inherente aquella potestad son amovibles, y las personas que los desempeñan, responsables ante el Gobierno. Exigir tribunales administrativos independientes, soberanos en su línea, equivaldría a crear un poder intermedio con respeto a la administración y a los administrados, y caer en los mismos extremos que la ley se propuso evitar excluyendo a la autoridad judicial de conocer de los actos administrativos”.⁸⁷ Señala más adelante que la jurisdicción administrativa se divide en retenida y delegada, pues el rey la ejerce en algunos casos y en otros la trasmite a los jueces que instituye para sentenciar los negocios contenciosos de la administración.⁸⁸

Esos principios aceptados por entonces en España fueron dejados de lado por los decretos de 13 y 16 de octubre de 1868, por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa se trasladó de los Consejos provinciales y del Consejo de Estado a las Audiencias y al Tribunal Supremo de Justicia, señalando el Gobierno, poco después, “que la jurisdicción administrativa había sido generalmente mirada con disfavor, en cuanto arrancaba a la ordinaria el conocimiento de muchas cuestiones que debían ser de su exclusiva competencia; que adolecía el vicio de encomendar el fallo de los pleitos a corporaciones cuyos individuos tenían el carácter de amovibles, y dejaba la resolución definitiva y ejecutoria de un negocio litigioso al Gobierno, árbitro de admitir o de desechar el fallo sin fuerza ni autoridad, porque no traspasaba los límites de una mera consulta; que no inspiraba completa confianza a los litigantes ni al país, que veían en último resultado cómo la administración era juez y parte al mismo tiempo; que no la recomendaba la mayor brevedad en la tramitación, acreditando la experiencia que las dilaciones habían sido por regla general mayores y más tardías las resoluciones definitivas que en los negocios comunes”.⁸⁹

Sobre la cuestión de si los actos de la administración deben ser revisados por tribunales judiciales o administrativos, no es claro Colmeiro en cuanto a su posición personal. Después de señalar que “el principio fundamental de la separación y mutua independencia de los poderes constitucionales reclama la institución de tribunales administrativos dependientes del Poder Ejecutivo” y que “la intervención de cualquiera autoridad extraña en los actos reservados al Poder Ejecutivo, turbaría el concierto entre los poderes constituidos”, afirma, más adelante, que “la justicia retenida o la jurisdicción administrativa no es un dogma político, ni siquiera una institución rigurosamente necesaria. Tampoco se la debe tener por superflua, ni condenar por arbitraria. Que los litigios administrativos sean de la competencia de los jueces administrativos o de los tribunales ordinarios es cuestión de doctrina y materia opinable. Si es verdad que repugna a la conciencia erigirse uno en juez en causa propia, también es cierto que el Gobierno, al defender sus actos, vela por el interés general, y al constituir un tribunal que los examine, rodea los derechos del individuo de eficaces garantías, sin menoscabo del principio de la separación y mutua independencia de

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Idem*, p. 359.

⁸⁸ *Idem*, p. 360.

⁸⁹ *Idem*, p. 361.

los altos poderes del Estado".⁹⁰ Las opiniones de Colmeiro sobre el contencioso administrativo no son cambiadas en la edición posterior a las reformas acaecidas en España a partir de 1868. Es evidente que su doctrina sobre la cuestión que nos ocupa no pudo ser de utilidad a los autores argentinos.

52. El Gobierno argentino encomendó a Manuel Rafael García el análisis del sistema judicial de los Estados Unidos, en base a las leyes y a la jurisprudencia, publicando con su resultado un pequeño estudio, que se editó en Florencia y en cuya introducción, fechada el 25 de mayo de 1863, dice que "tiene por objeto dar cima a este intento, ofreciendo al Congreso y al Foro argentinos, un resumen del derecho norteamericano", y su "juicio respecto de las ventajas e inconvenientes que nuestro modo de ser opone a una imitación servil".⁹¹ El momento era previo a la consideración por el Congreso de las leyes orgánicas de la justicia nacional.

Algunas partes de la obra son citadas en los debates a que dio lugar el inciso 6º del artículo 2º de la ley 48, por diputados integrantes de los dos grupos en que se dividieron los legisladores según su posición frente al proyecto, pero utilizando cada uno las partes que convenían para sus argumentaciones. Señala García, que según la Corte Suprema del país del norte la nación no puede ser demandada, pero, además de criticar esa doctrina, resalta que ello se debe a un cambio de su jurisprudencia producido como consecuencia de la reforma undécima de la Constitución de los Estados Unidos. Así expresa: "Inútil es insistir relativamente al alcance jurídico de la palabra *parte*; baste decir, que es aplicable tanto al demandante como al demandado. Así lo entendió la Corte Suprema, decidiendo, en el caso de *Chrisholm*, que la Constitución la autorizaba a conocer en las demandas deducidas por ciudadanos de un Estado, contra otro Estado de la Unión. La enmienda 11ª vino a abrogar esta porción del Poder Judicial nacional. Los Estados no pueden ser demandados ante las Cortes federales por particular alguno. Nuestra Constitución no ha aceptado tal limitación, y ésta es otra discrepancia importante entre nuestro texto político y el americano". Como consecuencia de esta enmienda referida a los Estados en particular, se planteó la cuestión de si los Estados Unidos como nación podían ser demandados por individuos particulares y "la respuesta ha sido negativa, salvo mediante autorización expresa del Congreso (Caso del *Cohens v. Virginia*. *Story Comentarios*, N° 1.669)".⁹²

Destaca García que esa solución no fue aceptada por nuestros constituyentes, quienes siguieron el texto de ley fundamental norteamericana anterior a esa reforma, a pesar de ser su labor posterior a ella. También recuerda, como lo habían hecho algunos diputados en el debate de la ley 48, que esa enmienda fue determinada por circunstancias históricas sobrevinientes a la sanción de la Constitución y de la anterior jurisprudencia norteamericana, ante la gran cantidad de demandas contra los Estados.

Este autor criticó la dependencia que del Poder Legislativo se da a esta materia y de acuerdo con *Story* afirmó que "la legislación de los Estados Unidos flaquea en esta parte, y ofrece pocas garantías a los acreedores del gobierno nacional" y "bajo este punto de vista, los fueros del ciudadano americano, van muy en zaga a los del súbdito inglés, a quien incumbe derecho a demandar a la corona sin recurrir al parlamento, autorizándolo al efecto el *bill de derechos*, mientras que, en la América del Norte, el Legislativo es el único poder que puede dar acceso a una acción cuya eficacia depende de la discreción del Congreso".⁹³

⁹⁰ *Idem*, pp. 358 y 363.

⁹¹ GARCÍA, Manuel Rafael, *Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la organización constitucional argentina*, Florencia, 1863, p. 5.

⁹² *Idem*, p. 99.

⁹³ *Idem*, p. 100.

53. Isidoro Aramburu, luego de referirse al texto de la Constitución de aquel país y a su undécima enmienda, sostiene, dentro de la misma línea de pensamiento, la inaplicabilidad de esa jurisprudencia, pues “los principios legales que sirven de base a los fallos de la Corte de Justicia de los Estados Unidos no son, pues, los mismos que debe tener en cuenta nuestra Corte Federal. Consecuencia de esto es que la jurisprudencia de la Corte norteamericana no puede servir de fundamento a las decisiones del Tribunal argentino. Si alguna jurisprudencia extraña debemos seguir en esta materia, no debe ser ella la que actualmente rige en los Estados Unidos, donde las disposiciones constitucionales al respecto son diferentes de las nuestras, sino la que rigió cuando aquella nación se encontraba en las mismas condiciones legales, sobre este punto, en que nosotros nos encontramos al presente”.⁹⁴

54. Ramón Ferreyra en gran parte de su obra sigue el pensamiento de Colmeiro, a quien cita, pero tiene presente el texto constitucional argentino, que lo lleva, en algunos temas, a mantener posiciones distintas. Una de ellas es la que consideramos. En una vista fiscal producida en enero de 1864, sostiene que las “disposiciones gubernativas y decretos reciben su fuerza y vida propia de la autoridad del Poder Ejecutivo, no delegada de otro poder; y sólo cuando ellos infringen una ley preexistente, un convenio o un tratado público pueden ser juzgados por los tribunales; mientras esto no suceda, ningún otro poder puede interpretarlos, reformarlos o revocarlos”, por lo cual lo fundamental es distinguir bien lo contencioso administrativo y la administración simple, porque en nuestro derecho la “jurisdicción contencioso administrativa se ha adjudicado al Poder Judicial”, quedando la acción del Ejecutivo reducida al mero imperio y aquella “supone siempre la lesión de un derecho perfecto y absoluto; un derecho de aquellos que la administración está obligada a respetar; mientras no pise estos límites obra dentro de la constitución del Poder Ejecutivo”.⁹⁵

En 1866, en su *Derecho Administrativo general y argentino*, insiste Ferreyra en estas ideas. Señala que la jurisdicción administrativa se divide en voluntaria y contenciosa. La primera corresponde cuando se trata de una cuestión que versa sobre actos que emanan del poder discrecional de la administración, y se cuestionan por afectar intereses o derechos de los reclamantes, sin apoyarse en la ley, sino en perjuicios o inconvenientes que pueden producir, cuya consideración entra en la órbita del Poder Ejecutivo, quien puede acoger la queja o no, sin intervención de otro poder. La jurisdicción contenciosa es cuando se reclama infracción de derecho perfecto o de obligación por los actos de la administración y no sólo de intereses o simples derechos, y por la “Constitución y las leyes de la República, la división de los poderes públicos es tan completa que no le queda al Ejecutivo más que lo simple administrativo, y lo que es contencioso administrativo pasa al Poder Judicial. Así lo ha sancionado la ley de 14 de setiembre de 1863, sobre la jurisdicción y la competencia de la justicia nacional”. En consecuencia, el Poder Ejecutivo en nuestro sistema ejerce sólo la jurisdicción administrativa simple y voluntaria, pero en forma completa y definitiva. Cuando el acto administrativo hiere un derecho perfecto, estamos ante lo contencioso administrativo y corresponde entender al Poder Judicial.⁹⁶ En la terminología de Ferreyra, cuando habla de derecho perfecto se refiere a lo que la doctrina actual denomina derecho

⁹⁴ ARAMBURU, Isidoro, *La Nación ante la Corte Federal* (tesis), Buenos Aires, 1870, p. 18.

⁹⁵ FERREYRA, Ramón, *Colección de vistas fiscales*

y resoluciones en asuntos administrativos del culto, diplomáticos y civiles, Buenos Aires, pp. 122 y s.

⁹⁶ FERREYRA, Ramón, *Derecho administrativo...*, ob. cit., pp. 119 y s. y 280 y ss.

subjetivo, y con las expresiones interés o derecho –sin indicar perfecto–, a lo que ésta denomina interés simple e interés legítimo. En el período que abarca este estudio, el contencioso administrativo como protección del administrado frente a los actos del poder público se encara siempre como defensa de los derechos subjetivos. Recién en el siglo actual comienza a considerarse la protección de los intereses legítimos.

55. Florentino González, primer profesor de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires, al tratar la jurisdicción del Poder Judicial señala la doctrina de la Corte Suprema nacional que más adelante reseñamos, vigente en 1869, fecha en que aparecen sus lecciones, según la cual la nación no puede ser demandada sin su consentimiento, el que se manifiesta mediante el otorgamiento de la autorización del Congreso para accionar contra ella. Entiende que ello es contrario a los principios republicanos y revela su preocupación por la carencia de una adecuada protección de los derechos de los habitantes, que expresa en párrafos en los cuales critica a las constituciones argentina y estadounidense por no consignar una disposición que autorice expresamente a los individuos a demandar a la nación, sin necesidad de autorización del Legislativo, pues ello es contrario a los principios republicanos. Esa omisión y la falta de una adecuada reglamentación por el Congreso originó, según él, la jurisprudencia que determinó que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para entender en demandas contra la nación y ese vacío ocasiona opresión y vejámenes a los derechos de los individuos”, pues la posibilidad de demandar o de obtener una indemnización no puede lograrse de otra manera que por medio del favor del Legislativo.⁹⁷

56. Juan Manuel Estrada, que sucede en la cátedra a González, destaca que la Constitución nacional no es terminante en este aspecto, pues de acuerdo con la redacción del artículo 100, “la nación puede ser parte en calidad de demandante o demandada; y entretanto, nada establece positivamente, de modo que no se puede saber si su espíritu es si el Estado puede ser demandado previo acuerdo o sin necesidad de él”, y la no demandabilidad determinada por la Suprema Corte, para él carece de sustento, pues las consideraciones que realiza ese tribunal “son insuficientes para hacer triunfar esta doctrina; y a pesar del respeto que la ilustración de ese cuerpo merece, hay que confesar que podría haber aducido otras de mayor peso”. Critica el sistema francés y la doctrina norteamericana, pues el sistema constitucional de los Estados Unidos, como el de nuestro país, es distinto al de Francia. Para Estrada la doctrina de nuestro máximo tribunal olvida que el Estado tiene una doble personalidad y como persona jurídica puede ser sometida a la acción de los tribunales. Además afirma que si “es indigno del Estado que un particular pueda llevarlo a los tribunales”, también es indigno que el Estado “vaya a pedir justicia a un tribunal, sometiéndose a las eventualidades de una condena”.

Refiriéndose a Francia, dice que “la centralización administrativa ha ahogado todas las libertades; la administración es juez y parte en esta clase de asuntos, cuya resolución se encomienda en última instancia al Consejo de Estado; lo que, si bien se comprende cuando se refiere a lesiones inferidas a los intereses de los particulares, por una repartición, porque su reparación debe ser pedida a las reparticiones superiores, hasta llegar al presidente, jefe de todas, no se puede sostener respecto

⁹⁷ GONZALEZ, Florentino, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1869, pp. 457 y ss. El autor fue profesor de derecho constitucional y

administrativo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires de 1866 a 1875.

de los agravios o ataques a los derechos individuales, que caen bajo la jurisdicción contencioso administrativa. Pero en Norteamérica y en la República Argentina no se ha implantado la centralización francesa. En los Estados Unidos existe con ese objeto la Corte de Reclamos y aquí los tribunales nacionales. Es verdad que esta atenuación carece de la solidez que tendría, si estuviera basada en cláusulas constitucionales, porque entonces no estaría expuesta a ser derogada por cualquier ley... Ya que se ha aceptado que el gobierno nacional sólo puede ser demandado con su consentimiento, lo mejor habría sido establecer en la Constitución expresamente que los particulares podrían llevarlo a juicio siempre, suponiendo, de una vez por todas, que el Estado como persona soberana, se somete a ser juzgado en calidad de persona civil por los tribunales nacionales, sin necesidad de estar pidiéndole diariamente su acuerdo con este objeto".⁹⁸

57. Lucio V. López, en cuanto a si la nación puede o no ser demandada, analiza los argumentos dados en favor y en contra de ello. Trata la cuestión superficialmente y omite dar su interpretación de las cláusulas de la Constitución, limitándose a destacar la situación existente de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte que, por el estado del país, la admite. Así, refiriéndose a la que denomina "escuela liberal", la cual —dice— considera retrógrado y contrario al orden republicano que la nación no pueda ser demandada, pues "sostiene que no hay actos que no puedan ser enjuiciados, y que la verdadera libertad consiste en que los agravios puedan ser vindicados por cada uno ante los tribunales", afirma que "esta doctrina es más bella en la teoría que en la práctica, pero entre nosotros no puede tener aplicación... En efecto, si cualquier individuo tuviera facultad para demandar al Poder Ejecutivo nacional, no sería otro el resultado sino la disolución del gobierno, porque si es cierto que los jueces deben juzgar con rectitud y conforme a la ley las causas sometidas a su decisión, no es menos cierto que son hombres sujetos a los movimientos de las pasiones y que aprovechando de estas circunstancias tendrían en sus manos un arma poderosa contra el Gobierno constituido. Los principios de la escuela liberal podrían aplicarse con éxito en aquellas naciones cuyo derecho está sólidamente regimentado; pero no entre nosotros, en que los derechos constitucionales no se garantizan en toda su extensión; en que no puede decirse que la guerra civil haya desaparecido, pues periódicamente se reproduce. Además no es tan grande el peligro que amenaza por no ser enjuiciado en virtud de los abusos cometidos, puesto que por la Constitución el Congreso, presidido por el presidente de la Suprema Corte, está autorizado para juzgarlo, siendo mayores las ventajas de no hacerlo porque se salva la personalidad del Poder Ejecutivo arrancándola de la lucha de los partidos".⁹⁹

En su *Derecho Administrativo Argentino* señala que el presidente con los ministros ejerce facultades contenciosas en los asuntos administrativos y resalta la opinión de Bathie, autor que destaca la conveniencia de mantener separado lo administrativo de lo judicial.¹⁰⁰

58. Manuel Augusto Montes de Oca se destaca por su severa crítica a la interpretación dada al artículo 100 de la Constitución nacional por la Corte Supre-

⁹⁸ ESTRADA, José Manuel, *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2ª ed., 1927, tomo III, pp. 334 y ss. La primera edición se publicó en 1902. El autor fue profesor de derecho constitucional y administrativo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires de 1875 a 1884.

⁹⁹ LOPEZ, Lucio V., *Curso de derecho constitucio-*

nal (extracto de las conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires), Buenos Aires, 1902, pp. 234 y ss. El autor fue profesor de derecho constitucional y administrativo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires de 1884 a 1894.

¹⁰⁰ LOPEZ, Lucio V., *Derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, 1902, p. 90.

ma y a quienes niegan el derecho de demandar a la nación ante los tribunales federales. Para este profesor de derecho constitucional, la separación absoluta de los poderes es de realización imposible y ello no existe en ninguna parte, pues "ellos se compenentran entre sí, y tienen atribuciones muchas veces comunes; no cabe dudar que si los grandes departamentos del gobierno se encerraran en un aislamiento insalvable, se implantaría un régimen anárquico. No creemos que pueda llevarse a ese extremo la teoría de Montesquieu, y quién sabe si al hacerlo se confunden las exageraciones antojadizas de los discípulos con la obra del maestro". Para Montes de Oca, siguiendo a Smein, los diversos poderes, en el límite de sus atribuciones, pueden controlarse los unos a los otros, y oponerse, si fuera necesario, "en el terreno legal", pues esas resistencias pacíficas salvaguardan la libertad política.¹⁰¹

Afirma que "no hay un poder del Congreso, del presidente o de las provincias; no hay una sola libertad individual que no pueda ser materia de decisión de los tribunales federales, y es en esta extensión del Poder judicial que se ha encontrado la mejor salvaguardia de las instituciones".¹⁰² Destaca que "la organización judicial argentina está calcada en los textos norteamericanos; pero aunque el engranaje constitucional es análogo en ambos países, nuestros tribunales se hallan impregnados de los hábitos de las viejas Audiencias coloniales. Las Audiencias, por su elevada misión política y judicial, de acción social y de control de los otros magistrados y funcionarios, fueron en el pensamiento del legislador al menos, el refugio de los pobres y la defensa contra las opresiones de los poderes, algo así como 'los castillos roqueros', según la gráfica expresión de Solórzano. Ninguna institución colonial ha trascendido, tal vez, tanto como las Audiencias en nuestra legislación. Su reglamentación prolija y minuciosa ha servido de punto de partida para las sucesivas de nuestros tribunales patrios: el procedimiento, solemne y lento, los debates judiciales, largos y amanerados, aparecen infiltrados de las tradiciones y usos rutinarios, legados por aquéllas y transmitidos hasta hoy de generación en generación. Sería, pues, un error pretender informar del espíritu que da vida a la judicatura nacional, inquiriendo sólo las prácticas de los Estados Unidos. A las ideas de los convencionales de Filadelfia debemos en gran parte la estructura del cuerpo político, la determinación de las funciones del poder judicial, pero sus modalidades específicas, su peculiar fisonomía es producto legítimo de nuestras costumbres".¹⁰³ En síntesis, en su opinión, para interpretar nuestra Constitución no debemos olvidar nuestros propios antecedentes.

Agrega que la palabra parte, en términos procesales, comprende al demandante y al demandado, por lo cual ante los tribunales federales deben llevarse las cuestiones en que la nación sea parte,¹⁰⁴ y "a pesar del respeto que merece la opinión de la Suprema Corte y de los estadistas extranjeros y argentinos que sostienen que la nación no es demandable, no debemos ocultar que hay muchos ilustrados comentaristas entre nosotros que creen que tal conclusión es contraria a las nociones más elementales de la justicia, y que no tiene arraigo ni en la letra de la ley, ni menos aún en nuestros antecedentes institucionales. Se recuerda que entre las severas leyes que nos gobernaron antes de 1810 se colocaba al Estado en una situación de omnipotencia extrema, y que, sin embargo, podía ser llevado ante los tribunales por demanda de un simple particular, sin recabarse venia ni permiso de ninguna corporación, de ninguna autoridad. Las leyes 6 y 12, título V, libro II de la Recopilación de Indias claramente lo permiten". Recuerda a conti-

¹⁰¹ MONTES DE OCA, M.A., *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, 1903, pp. 3 y ss.

¹⁰² Idem, p. 407.

¹⁰³ Idem, pp. 411 y s.

¹⁰⁴ Idem, p. 432.

nuación los primeros ensayos constitucionales, en especial las Constituciones de 1819 y 1826. Ellos son recogidos por la de 1853, cuyo artículo 100 "no autoriza el recaudo de la venia; dice sólo que corresponde a la Suprema Corte y a los tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de los asuntos en que la nación sea parte: no hace distinción entre demandante y demandada, y por lo tanto, la interpretación no puede ni debe hacerla tampoco".¹⁰⁵

Montes de Oca rechaza la teoría según la cual se afecta la independencia de los poderes si se da a los particulares que se sientan lesionados la facultad para acudir, en defensa de su derecho, ante el Poder Judicial. Además, negar ello significa decir "que los particulares se encuentran siempre a merced de la buena o mala fe de las autoridades públicas, y no tendrían medios eficaces para exigirles el cumplimiento de las obligaciones contraídas" e implica lesionar la facultad del órgano judicial, pues "los tribunales tienen la facultad indiscutida entre nosotros de decir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y de los actos del poder ejecutivo", cuya práctica no rompe la armonía entre los poderes, pues si ello no ocurre cuando se ejerce en un pleito en que la nación es parte actora, no debe pensarse lo contrario cuando un particular se siente herido en su derecho.¹⁰⁶

Para este autor, la nación no tiene la prerrogativa que le otorga la doctrina de la Corte Suprema, pues la única que le asiste "como persona jurídica es que no podrá ser cumplida la sentencia sino de acuerdo con las leyes especiales dictadas por el Congreso de la nación". Concluye el tratamiento de esta materia señalando que la doctrina de la Corte no tuvo el resultado que pudiera temerse, porque ha hecho camino en los hombres dirigentes de la cosa pública que deben acordar siempre la venia, por lo cual se ha convertido en una formalidad, pero que igualmente ocasiona perjuicios, porque estando el Congreso en receso obliga a esperar la época de las sesiones, para darse la posibilidad de que se haga justicia a los reclamos instaurados.¹⁰⁷ Marcos Elizalde no comparte esta última opinión, pues afirma "...rara vez el Congreso otorga este permiso, y si alguna vez llega a oponerse sin razón el particular agraviado no puede ni encuentra en la república un tribunal que reconozca sus derechos vulnerados y desconocidos por el Poder Ejecutivo".¹⁰⁸

59. Joaquín V. González, distinguido jurista e importante hombre público, en su conocido *Manual de la Constitución Argentina*, en los breves párrafos que se relacionan con nuestro tema, nos dijo que para conocer los alcances de la facultad otorgada al Poder Judicial de entender en los *asuntos en que la Nación sea parte*, se debe recurrir a la jurisprudencia de los Estados Unidos y su interpretación corresponde a la Corte Suprema argentina, como allí se hizo, pues constituye una jurisdicción "sin precedentes legales en nuestro país", y destaca lo que entiende como "las precauciones de los constituyentes y legisladores argentinos al no especificar en el artículo 100 ni en la ley nacional de 1863, si se entendía que la nación podía ser también *parte demandada*. Se dejó, en uno y otro país, que la interpretación judicial definiese el sentido del texto, de acuerdo con los principios del gobierno republicano, y de la ciencia y práctica de las naciones. Tanto en aquél como en éste, el sentido consagrado es que al decir *parte*, se subentiende *actora o demandante*", pero considera que para ello es necesario el consentimiento de la nación, que sólo puede otorgar el Congreso.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Idem, pp. 435 y s.

¹⁰⁶ Idem, pp. 437 y s.

¹⁰⁷ Idem, pp. 438 y s.

¹⁰⁸ ELIZALDE, Marcos, ob. cit., p. 25.

¹⁰⁹ GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 26ª ed., Buenos Aires, 1971, pp. 603 y s. La primera edición es de 1897.

60. Para Julián Barraquero, una de las cuestiones más delicadas es determinar “si, dados los principios de filosofía política sobre que reposan nuestras instituciones, la justicia federal puede revisar los actos de los demás poderes y entender en las demandas entabladas contra la nación; o en otros términos, si la nación puede y debe ser demandada sin su consentimiento”. Destaca que los juristas y comentaristas, tanto argentinos como norteamericanos, se han dividido en dos bandos que sostienen posiciones completamente distintas, y luego de exponer los argumentos más importantes, de unos y otros, buscará “en el espíritu de la ley y la jurisprudencia de ambos países la doctrina más conforme con nuestras instituciones federativas”, que para él es aquella que niega esa posibilidad, pero estima “que es un tanto extrema y que bien podría sufrir algunas alteraciones en su práctica, que salven los pocos inconvenientes que sus adversarios le encuentran”. Para este jurista la Constitución Argentina como la Americana proclaman ese principio, “pero la flexibilidad de sus términos ha dado lugar, aquí como allá, a varias interpretaciones que tal vez hubiesen conseguido tergiversar el espíritu de la ley, si una sabia jurisprudencia no hubiese salido en su protección y hecho triunfar en ambos pueblos la verdadera doctrina... La Constitución Argentina, siguiendo la doctrina de los Estados Unidos, dijo también que el Poder Judicial entendería en el conocimiento de los asuntos ‘en que la nación sea parte’. A esta última palabra se le ha dado entre nosotros una interpretación torcida. Se ha dicho que ella importa facultar al Poder Judicial para entender en todas las demandas contra los poderes y especialmente contra el Ejecutivo”.¹¹⁰

Barraquero opina que, “no obstante la bondad y sabiduría de esta doctrina”, existía un vacío cuando eran vulnerados los derechos de los particulares por los actos del Poder Ejecutivo y éstos no obtenían la venia legislativa, por lo cual señala la necesidad de buscar el modo de conciliar la dignidad de la soberanía nacional con los derechos de los particulares. Por ello el Congreso de los Estados Unidos, instigado —según Barraquero— por la palabra de Story, el 24 de febrero de 1885 dictó la ley por la cual crea un tribunal “para oír y determinar toda demanda fundada sobre alguna ley del Congreso, sobre algún reglamento de un Departamento Ejecutivo, o sobre algún contrato expreso o implícito con el Gobierno de los Estados Unidos, igualmente que todas las demandas que el Congreso le difiriese. Las decisiones que dicta el Tribunal de Reclamos no son definitivas; corresponde al Congreso su confirmación o revocación. Pero aun después que el Congreso se expide en definitiva, el Tribunal de Recursos puede reconsiderar el reclamo, si el interesado expone razones que sean atendibles, según los principios del derecho común, en los pleitos entre particulares para iniciar de nuevo un juicio”.¹¹¹

Así, si bien coincide con Florentino González, en cuanto sería conveniente reformar la Constitución, mientras ello no ocurra, propone crear en la Argentina un tribunal similar al norteamericano, pues “ello satisfaría entre nosotros mayores necesidades que en los Estados Unidos. Nuestro Poder Ejecutivo tiene atribuciones más vastas que el de Norteamérica y por consiguiente mayores facilidades para herir los derechos de los ciudadanos. Esta aserción está evidenciada por la experiencia: es infinito el número de individuos a quienes el Poder Ejecutivo les desconoce derechos perfectos emanados de contratos celebrados con él. Acuden al Congreso solicitando la venia para ir a los tribunales y éste les niega por lo general y sin *conocimiento de causa* el permiso que solicitan. El establecimiento de un tribu-

¹¹⁰ BARRAQUERO, Julián, *Espíritu y práctica de la Constitución* (tesis doctoral), 2ª ed., Buenos Aires, 1889, pp. 334 y ss. La primera edición de la tesis de este destacado jurista fue presentada, apro-

bada y publicada en 1878. En la segunda se amplían algunos temas.

¹¹¹ Ídem, pp. 342 y s.

nal de reclamos entre nosotros no sólo rodearía a los derechos de los ciudadanos de la última garantía que el ingenio humano ha producido, sino que controlaría la irresponsabilidad de nuestra administración".¹¹²

61. También Olegario Ojeda, luego de defender la doctrina de la Corte Suprema, propicia la creación en la Argentina de un Tribunal similar al norteamericano, para que los reclamos, luego de informados, los presente al Congreso para su resolución.¹¹³

62. Gerónimo Cortés, fiscal de las Cámaras de Apelaciones de la Capital Federal y destacado jurista, en vistas relacionadas con causas en que era parte la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, sostiene que la revisión de los actos administrativos por la misma administración, cuando se controvierte cualquier derecho amparado por las leyes, no es compatible con los principios del derecho público argentino consignado en la Constitución, pues ella atribuye al Poder Judicial todas las causas contenciosas entre particulares o entre éstos y la administración. Para él no puede hablarse en la Argentina de contencioso administrativo, pues entiende que esa institución consiste en la revisión de los actos administrativos por la misma administración y a ello se opone nuestra ley fundamental.¹¹⁴

63. En la Universidad de Buenos Aires, las tesis doctorales que tratan el tema son numerosas y demuestran el interés que la cuestión analizada despertó en la época. Evidentemente no todas tienen el mismo nivel académico y si bien toda selección trae aparejado un riesgo, destacamos siguiendo el año de su aprobación las de Wenceslao Pacheco,¹¹⁵ Olegario Ojeda,¹¹⁶ Isidoro Aramburu,¹¹⁷ Julián Barraquero,¹¹⁸ Roberto Levingston,¹¹⁹ Pablo Cárdenas,¹²⁰ Marcos Elizalde,¹²¹ Juan Serú García,¹²² y Rafael M. Gigena,¹²³ En la mayoría se criticó la interpretación que del artículo 100 de la Constitución Nacional estableció la Corte Suprema, que veremos a continuación, pero en tres de las citadas se defiende la improcedencia de la revisión por el Poder Judicial de los actos de la Administración. Sus autores son Pacheco, Ojeda y Barraquero.

V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

64. De lo que llevamos expuesto se infiere que la posición de la Corte Suprema no es favorable a la protección de los derechos de los administrados. Sus fallos sobre la cuestión que nos ocupa no son ricos en desarrollos doctrinarios y fueron objeto

¹¹² Idem, pp. 343 y s. El Tribunal de Reclamos fue creado en los Estados Unidos por ley de 24 de febrero de 1885. Se integraba con tres jueces elegidos por el presidente con consulta y consentimiento del Senado. Oía y juzgaba los reclamos, fundados en cualquier ley del Congreso o decreto del Departamento Ejecutivo, o sobre cualquier contrato expreso o implícito de los Estados Unidos, que le sean presentados (art. 1º). La decisión del Tribunal se somete para su aprobación al Congreso (art. 9º).

¹¹³ OJEDA, Olegario, *La soberanía nacional ante la Corte* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1869, p. 39.

¹¹⁴ CORTES, Gerónimo, ob. cit., pp. 161 y ss.

¹¹⁵ PACHECO, Wenceslao, *La Nación no puede ser demandada* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1864.

¹¹⁶ Ob. cit.

¹¹⁷ Ob. cit.

¹¹⁸ Ob. cit.

¹¹⁹ LEVINGSTON, Roberto, *La Nación ante los tribunales* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1878.

¹²⁰ Ob. cit.

¹²¹ Ob. cit.

¹²² Ob. cit.

¹²³ Ob. cit.

de críticas en la época, algunas de las cuales hemos destacado en el capítulo relativo a la doctrina de los autores. Se remite a la teoría de la división de los poderes, cuya interpretación no se esforzó en fundar, y a la doctrina de la Corte norteamericana.

65. En 1863, poco después de instalada, expresó: "que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente y común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación de los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno".¹²⁴ Así, brevemente, fija su concepto de la teoría de la división de los poderes, que concuerda con el de los legisladores que defendieron su proyecto de ley sobre la organización de la justicia federal y el sostenido por el Poder Ejecutivo.

66. En 1864 da su primera interpretación del artículo 100 de la Constitución, en cuanto al sentido de la palabra "parte", expresando: "Que es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante los tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales, y tiene por garantía su buena fe", sentando el principio de que se requiere el consentimiento de la nación para ser demandable, doctrina que reiteró en muchas oportunidades.¹²⁵

En 1865 ratificó esa jurisprudencia y agregó: "...del sentido que la Corte ha dado... no se sigue que los acreedores de la nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso sexto del artículo sesenta y siete está facultado para arreglar el pago de la deuda pública y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallarán sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los tribunales de la nación."¹²⁶

67. No había pasado mucho tiempo desde su instalación, cuando estableció otros principios que tienen relevancia para el tema considerado. En el año 1864 señaló que ella no debe proceder de oficio,¹²⁷ confirmándolo en 1865 cuando expresó que los tribunales de la nación "no pueden resolver cuestiones en abstracto, sino casos judiciales, aplicando a ellos las disposiciones de las leyes"¹²⁸ y la Corte "debe decidir sobre causas y no cuestiones abstractas de derecho,"¹²⁹ precisando que para que exista caso o causa justiciable debe haber controversia, litigio, "colisiones efectivas de derechos" o contienda a decidir.¹³⁰

68. La Corte Suprema hizo en 1863 una excepción al principio de la indemabilidad de la nación, cuando dijo, con relación al juicio ordinario posterior al ejecutivo, que según el artículo 278 de la ley de procedimientos, cualquiera sea la sentencia en éste, queda tanto al actor como al demandado el derecho a promover el juicio ordinario, que en el fondo, aunque no en la forma, "es la misma causa

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia, *Fallos*, t. 1, p. 36, caso "Ramón Ríos y otros".

¹²⁵ *Idem*, t. 1, p. 317, caso "V. Seste y A. Seguich".

¹²⁶ *Idem*, t. 2, p. 36, caso "Juan Carlos Gómez".

¹²² *Idem*, t. 1, p. 38, caso "José Rabasa y Pol".

¹²⁸ *Idem*, t. 1, p. 455, caso "M. A. Montes de Oca".

¹²⁹ *Idem*, t. 4, p. 195, caso "F. Eguzquiza y otro".

¹³⁰ *Idem*, t. 2, p. 253, caso "Provincia de Mendoza".

que la ventilada en el ejecutivo y entre las mismas partes”; por lo cual el accionado, después de cumplir la sentencia, no hace sino ejercer un derecho que la ley le acuerda expresamente, reclamando la devolución de lo que entiende haber pagado indebidamente, sin que para ello sea menester autorización especial del Congreso, “desde que la otorgó, en forma general, clara y terminante por una ley anterior, sin exceptuar el caso de que la nación fuese ejecutante”; agregando que ese principio está también reconocido en la ley de contabilidad del 13 de octubre de 1870, según la cual, los funcionarios públicos, o los particulares, ejecutados por el cargo declarado contra ellos por la Contaduría General, satisfecho su pago, son admitidos al juicio ordinario, en el que, si la sentencia les es favorable, el Poder Ejecutivo debe mandarles pagar lo que se les cobró en la ejecución, sin necesidad de que el Congreso vote para ello el correspondiente crédito”.¹³¹

69. Con relación a las Provincias, en 1874 no siguió la jurisprudencia de la Corte norteamericana, que citó con relación a la nación, al admitir su demandabilidad cuando actúan como personas jurídicas y producen acciones civiles, pues interpretó la palabra parte con relación a ellas en los dos aspectos, si demandan o son demandadas.¹³²

VI. LA AUTORIZACION LEGISLATIVA

70. La Corte Suprema, en el año 1864, sentó la doctrina según la cual para demandar a la nación se requiere su consentimiento, constituyendo ello, como señaló, un presupuesto procesal para el ejercicio de la acción.¹³³ En el pedido que formuló Cándido Galván ante el Congreso con motivo del incendio del vapor *Buenos Aires* acaecido el 20 de enero de 1870, se sancionó la ley 475, cuyo artículo 1º determina: “Sométase a los tribunales de la nación el reclamo...”,¹³⁴ que constituye la primera autorización legislativa.

71. A esta “venia legislativa”, siguió la dada por la ley 675, que en su artículo 1º autoriza a los señores Aguirre, Carranza y cía. para hacer valer ante la justicia nacional el reclamo iniciado con motivo de las provisiones que suministraron en Córdoba al Gobierno de la Confederación en 1871.¹³⁵ Esa sociedad solicitó el pago de una suma de dinero que el Poder Ejecutivo le denegara o la autorización para demandarlo judicialmente, pues no había consentido en serlo. Al discutirse la solicitud en el Senado, se opuso al pedido el senador Wenceslao D. Colodrero, pues “...repugna a la esencia, naturaleza y tendencia de nuestras instituciones que la nación pueda ser demandada” y sostuvo que la ley que la otorgue es inconstitucional por corresponder al Congreso resolver la cuestión planteada, el cual tiene facultades para indemnizar perjuicios y es el único que puede disponer de los caudales públicos.¹³⁶ Le contestó el senador Nicasio Oroño, quien afirmó que en estos casos “no es al Poder Ejecutivo a quien se demanda, es al Tesoro de la nación”, y siendo el Congreso el único que dispone de él, sólo el Legislativo puede consentir que vaya a los tribunales una

¹³¹ Idem, t. 25, p. 437, caso “Empresa del Ferrocarril del Este Argentino”.

¹³² Ver el análisis y crítica del caso “Leonardo Avegno”, en CARDENAS, Pablo, ob. cit., p. 60 y LEVINGSTON, Roberto, ob. cit., p. 23.

¹³³ Ver parágrafo 66.

¹³⁴ R.N. 1870-73, p. 196. Esta ley no fue considerada por la Corte Suprema, pues el Poder Ejecutivo después de su sanción atendió el reclamo y pagó a satisfacción.

¹³⁵ R.N. 1874-77, p. 102.

¹³⁶ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1873, pp. 213, 215 y 232.

reclamación de esta naturaleza, "cuando tiene dudas y no puede resolver por su propio criterio en pro o en contra de la pretensión que se hace".¹³⁷

El senador Teófilo García, por su parte, expresó que la Corte Suprema, "interpretando a su modo la Constitución, ha establecido que la nación no puede ser demandada sin su consentimiento" y el Poder Ejecutivo y el Congreso pueden concederlo.¹³⁸ En la sesión siguiente formuló un proyecto, que fue aprobado, por el cual se otorgaba la "venia" legislativa.¹³⁹ Al considerarlo la Cámara de Diputados, el integrante del cuerpo, Vicente Fidel López sostuvo que en un sistema constitucional como el argentino no se pueden establecer tribunales administrativos, dando "al Poder Ejecutivo el derecho de ser juez de sus propias obligaciones, con respecto a los particulares. Pero al mismo tiempo, es necesario salvar al Estado de los infinitos reclamos a que a cada instante podría tener que responder, por reclamaciones particulares que le distraerían muchísimo tiempo, y que serían por lo general aventuradas". Por ello, entiende que el Congreso debe estudiar y atender las solicitudes si "considera que hay un principio de verdad en los hechos que establecen la reclamación y un principio de justicia también...".¹⁴⁰

El diputado Del Campo entendía que la autorización no era procedente, a no ser que existiera una ley que establezca especialmente "que para demandar a la nación se necesita autorización expresa del Congreso", y como los peticionantes tenían el derecho de demandar sin autorización, la ley que la concediera sería inconstitucional.¹⁴¹ Esto fue contestado por otros diputados que sostuvieron la necesidad de otorgarla según la jurisprudencia de la Corte Suprema.¹⁴² Por último el diputado Del Campo sostuvo la tesis de que se trata de una venia "como la que solicitan los hijos de familia cuando tienen que demandar a los padres", y que "las leyes naturales, como las positivas, han establecido esta formalidad, como un homenaje de respeto a las autoridades".¹⁴³

Cerrado el debate, se sancionó la ley 675 y quedó determinado que la Corte Suprema y el Congreso coincidían en la demandabilidad de la nación, previo consentimiento del Estado, que estaba dado formalmente por la autorización legislativa, al admitir aquélla la tramitación de la demanda interpuesta por los autorizados.¹⁴⁴ Luego, en el período en estudio, se dictan diversas leyes en ese mismo sentido.¹⁴⁵ A pesar de ello, el Congreso continuó ejerciendo en algunos casos la facultad de otorgar indemnizaciones.¹⁴⁶

72. En 1893, el diputado Manuel B. Gonnet presentó un proyecto de ley que contradecía la doctrina de la Corte Suprema. Luego de su estudio, la Comisión correspondiente le introdujo modificaciones, y en él se establecía que frente a toda resolución administrativa por la cual el Estado, en su carácter de persona jurídica, deniegue el reconocimiento de derechos, procede la acción ante la Justicia Federal sin necesidad de venia alguna. Lo aprobó únicamente la Cámara de Diputados.¹⁴⁷

¹³⁷ Idem, p. 219.

¹³⁸ Idem, p. 226.

¹³⁹ Idem, pp. 231 y s.

¹⁴⁰ D.S.C.D., 1874, p. 628.

¹⁴¹ Idem, p. 629.

¹⁴² Idem, pp. 620 y s.

¹⁴³ Idem, p. 631.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, *Fallos*, t. 222, p. 385, caso "Aguirre Carranza y cía."

¹⁴⁵ Leyes 3.093 (1894), 3.407, 3.408, 3.412, 3.413, 3.414, 3.415 (1896), 3.511 (1897) y 3.710 (1898), entre otras.

¹⁴⁶ Leyes 629 (1873), 703, 709 (1875), 873 (1877), 924, 931 (1878), 983 (1879), 1.366 (1883), 1.808 (1885) y 3.291 (1895), entre otras.

¹⁴⁷ D.S.C.D., 1893, p. 16 (sesión del 24 de mayo de 1893). Ver ELIZALDE, Marcos, ob. cit., p. 26. El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados establecía, en sus dos primeros artículos: "Art. 1º. De toda resolución administrativa por la que el Estado en su carácter de persona jurídica, deniegue el reconocimiento de derechos, ya sea sobre dominio o posesión, contrato u obligaciones sujetas a la ley común, procede acción ante la Justicia Federal por gestión de parte interesada. Art. 2º. La Corte Suprema Federal conocerá en principio pleno y última instancia, los recursos que interpongan contra las resoluciones de los jueces federales, que se dicten en virtud de la jurisdicción atribuida por el artículo anterior".

Su autor al fundarlo dijo que si "se dijera o alegara de inconstitucionalidad este proyecto, por ser necesaria la previa autorización del Congreso, tal objeción desaparecería con sólo tener en cuenta que este proyecto importa una declaración general por la que el Parlamento argentino, poniendo a todos bajo el mismo pie de la más estricta igualdad civil que la Constitución establece, acuerda a todos la facultad de acudir en demanda de justicia, por cualquier agravio inferido a su derecho, ante los tribunales de la nación establecidos por la Constitución".¹⁴⁸ Por su parte, el diputado Rafael Castillo, en nombre de la Comisión de Legislación y Justicia, sostuvo que no se necesitaba autorización del Congreso para demandar.¹⁴⁹ Si bien no tuvo sanción legislativa el proyecto, pues sólo lo aprobó una Cámara, está señalando un cambio en las ideas de los hombres públicos.

Llegamos así al 27 de septiembre de 1900, día en que se sancionó la ley 3.952, de demandas contra la nación, con la cual se inicia otro período sobre esta cuestión, que sale del marco temporal que nos hemos impuesto.

VII. EPILOGO

73. En la Argentina, el Poder Judicial sólo en juicio manifiesta válidamente su opinión, pero trabada la litis puede negarse a aplicar una ley o desconocer un acto administrativo. Al desconocerse a los administrados, en el período estudiado, de acuerdo con la doctrina de la Corte, la facultad de demandar a la nación, éstos ante los actos del Poder Ejecutivo pueden defender *únicamente* sus derechos si la nación acciona contra ellos o cuando obtienen la autorización legislativa. De no darse esos supuestos, no tienen medio para que sea reparado el agravio ocasionado por un acto administrativo, contituyéndose la administración en único juez de sus actos ante un reclamo o solicitud del particular, aun cuando se origine en la lesión a un derecho subjetivo y no en un simple interés.

A pesar de las autorizadas voces de juristas y legisladores, que contra ello se levantaron, se impuso la doctrina de la Corte Suprema de la nación como intérprete último de la Constitución, situación que comienza a modificarse en el año 1900 con la sanción de la ley 3.952, se perfecciona en 1932 con la ley 11.634 y culmina el largo proceso en 1972 con la ley 19.549, lo cual será objeto de otros estudios.

¹⁴⁸ Idem, p. 198.

¹⁴⁹ *Ibidem*.