

El Sistema Judicialista y la Llamada Judicialización de la Actividad de la Administración Pública*

Juan Carlos Casagne**

“El objetivo de la teoría de la separación de poderes es instaurar un equilibrio de fuerzas antitéticas asignando porciones de poder estatal a diferentes órganos; sin embargo, si se parte de la unidad del poder del Estado solo puede aceptarse una distribución de funciones en órganos diferentes pero nunca una separación con límites precisos y definitivos de dichas funciones. Así mismo, la judicialización de la Administración Pública de algún modo es producto de la teoría de separación de poderes, por lo cual su fin es la defensa de las libertades de los ciudadanos constituyéndose en el freno más eficaz de control de la omnipotencia legislativa y la arbitrariedad de los funcionarios públicos.”

1) Introducción

El tema del alcance del control judicial de la Administración Pública excede los planteamientos clásicos del derecho procesal administrativo, como consecuencia de haberse ampliado el campo de la revisión que tradicionalmente llevaban a cabo los jueces. En efecto, al extenderse la potestad jurisdiccional a la adopción de decisiones que antaño se consideraban de competencia exclusiva de las autoridades administrativas o bien, exentas de la revisión judicial, se plantea, con distinta intensidad, según los países, la cuestión de hasta qué punto ello es posible en los regímenes democráticos organizados bajo el sistema de separación de poderes.

Este nuevo fenómeno, que tiene a los jueces como sus principales protagonistas, responde a causas de la más variada gama surgiendo, particularmente en Iberoamérica, con perfiles más o menos acentuados según las respectivas realidades nacionales, aunque con la nota común del activismo judicial.

Lejos de realizar un juicio de valor, nos proponemos señalar los problemas que plantea el activismo judicial en el orden de la realidad actual y, al propio tiempo, marcar sus límites.

A la par que esa realidad exhibe una línea que muestra, por una parte, una transferencia de potestades públicas de las autoridades administrativas hacia los jueces traduce, por la otra, una suerte de huida de las responsabilidades políticas, administrativas o penales por parte de los gobernantes de turno.

Es evidente que esa tendencia se ha visto favorecida porque, a diferencia del funcionario, que actúa ceñido al principio de la competencia, el juez no necesita fundar sus decisiones en dicha regla, estando obligado a fallar, incluso frente a lagunas legislativas u oscuridad de la ley¹. De ese modo, el juez puede fundar sus sentencias en principios constitucionales, principios generales del derecho no incorporados al ordenamiento positivo y aun, en la equidad, a fin de encontrar una solución jurídica aplicable a un caso concreto.

Ahora bien, no se puede desconocer la circunstancia de que, al igual que el tiempo, el derecho fluye siempre, aunque la intensidad del movimiento sea discontinua. Su dinámica (la del derecho) revela siempre una tensión dialéctica entre la estabilidad de las instituciones (que lleva insita la evolución) y el cambio radical que, cuando es violento o profundo, se convierte en revolución.

* El texto de este trabajo es una versión ampliada de la conferencia que pronunciamos en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo, en homenaje al Profesor Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, organizado por la Procuraduría del Municipio de Río de Janeiro, se llevó a cabo en dicha ciudad durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2006.

** Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.

1 Al respecto, el art. 15º del Código Civil argentino preceptúa que: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

Quizás sea la dialéctica hegeliana la que mejor explica este proceso como un movimiento continuo que oscila de un extremo a otro. La conocida comparación entre dicho movimiento y el que producen las olas en el mar indica una tendencia a volver al punto de partida. Así acontece en los períodos de estabilidad y, de un modo más acelerado, en los ciclos revolucionarios.

Pero hay que advertir que, no obstante ser la naturaleza de la causa de índole política en ambos casos, la estabilidad y la revolución tienen origen en un proceso distinto. Mientras la primera, al igual que la educación, no es innata sino artificial, adquiriéndose mediante la observancia de sus reglas y principios en un medio permanente, la tendencia al cambio que produce la revolución refleja una tensión dialéctica producto de un fenómeno natural que está presente a partir del origen mismo de cualquier institución política o social.

Con todo, esa tensión dialéctica se compensa, para bien o para mal, mediante diversos instrumentos jurídicos o en ciertas situaciones (de hecho o institucionales). Aunque resulta probable que existan otros mecanismos o situaciones en que pueda producirse esa compensación, ellas podrían reducirse a cuatro, a saber: (i) la que se opera a través del ordenamiento, comenzando con la Constitución y siguiendo con los Códigos, Leyes y Reglamentos. Un ejemplo de esta herramienta estabilizadora se encuentra en el art. 1197º del Código Civil el cual tiene por objeto impedir, a través del principio que predica que el contrato es *lex inter partes*, el avance del poder legislativo sobre el *pacta sunt servanda*²; (ii) la que irradia la cultura política y jurídica que influye sobre el comportamiento de los dirigentes y la opinión pública; (iii) la que se produce como consecuencia de prácticas antidemocráticas propias de las dictaduras o del ejercicio hegemónico del poder político³ y (iv) la ocasionada por sentencias de los jueces cuando, al ejercer la potestad jurisdiccional, contribuyen a la realización de la justicia material que, sustancialmente, traduce una condición de equilibrio a través de la búsqueda de dar a cada uno lo suyo. Este último aspecto indica y explica porqué el papel de los jueces constituye una herramienta estabilizadora a través del control que ejercen sobre la actividad de la Administración.

En cualquier caso, pese a que la tensión dialéctica ha transformado muchos de los antiguos paradigmas que caracterizaban al control judicial, el punto de partida, en los derechos de raigambre occidental, es común a todos ellos, aun cuando existen una serie de peculiaridades distintivas en los sistemas comparados y hasta fundamentos históricos diversos, como acontece en el sistema judicialista iberoamericano.

2) La concepción de la separación de poderes y sus diferentes interpretaciones

La llamada doctrina de la separación de poderes ha generado no pocos equívocos doctrinarios e interpretaciones opuestas que originaron diferentes sistemas comparados, pese a basarse en las mismas fuentes, particularmente en el pensamiento de Montesquieu⁴.

Sin embargo, cabe advertir que la citada concepción, aunque sin el desarrollo sistematizado que llevó a cabo Montesquieu, reconoce su filiación en la obra de Aristóteles y otros autores clásicos⁵, y hasta se encontraba esbozada en el antiguo derecho español⁶, así como en la obra de Locke⁷, si bien este último no alcanzó a concebir a la justicia como un poder independiente.

La influencia de la concepción de Montesquieu fue extraordinaria tanto en Inglaterra como en Francia (hasta Rousseau confiesa haber seguido sus huellas) al igual que los Estados Unidos. Así lo reconoce Madison en uno de los ensayos (1º de febrero de 1787) que escribió en *El Federalista* para apoyar la Constitución de Filadelfia, al decir que:

“El oráculo que siempre se cita y consulta sobre esta cuestión (*se refiere a la separación de poderes*) es el célebre Montesquieu. Si no es el autor de este inestimable precepto de la ciencia política tiene, por lo menos, el mérito de haberlo expuesto y recomendado eficazmente a la atención de la humanidad”⁸ (la bastardilla nos pertenece).

Se trata de una teoría que procura evitar la concentración del poder partiendo del reconocimiento de que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar

2 Ampliar en MARTÍN, Xavier, “Fundamentos políticos del Código Napoleón”. En: AAVV. “La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón”. Tomo I. Buenos Aires: Educa, 2003, p. 157 y ss.

3 Sobre el punto hay que advertir que, en tales casos, se trata de una estabilidad que termina ahogando las libertades de las personas a través de decisiones impuestas en forma hegemónica y prepotente que impiden o frustran el auténtico y espontáneo crecimiento económico-social de un país, acentuando, muchas veces, la desigualdad distributiva. Es cierto que estos regimenes no son eternos y que, a la larga, finalizan vencidos por las fuerzas que genera la propia tensión dialéctica interna en todo proceso revolucionario. Por esta causa, no hay revolución que perdure en el tiempo y su cauce posterior transita entre la conservación de las estructuras políticas y sociales que produjo el movimiento revolucionario y la contrarrevolución, que termina sustituyendo los postulados de la revolución.

4 Como es sabido, la fuente que ejerció mayor influencia en los sistemas comparados (norteamericano, francés e inglés) fue la obra de Montesquieu, titulada “El espíritu de las leyes”, publicada en el año 1748. Su autor, Carlos de Secondat, Barón de la Brede y Montesquieu tomó en cuenta, para desarrollar buena parte de los principales aspectos de su teoría, los antecedentes ingleses y las doctrinas que había expuesto, con anterioridad Locke en Inglaterra. Ampliar en BOSCH, Jorge Tristán. “Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires: 1944, p. 35 y ss.

5 BOSCH, Jorge Tristán. Op. Cit., p. 111 y nota 134.

6 Así surge del “Discurso Preliminar” de Agustín Arguelles, escrito que fundamenta la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812.

7 RODRÍGUEZ VARELA, Alberto. “La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo”. Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires: 2005, p. 268.

8 La opinión de Madison que se transcribe en el texto ha sido destacada por MORENO, Daniel. En: el “Prólogo a El espíritu de las leyes”. México: Porrúa, 1990, p. XXXVIII.

de él, por lo cual se hace necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de porciones de poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial)⁹, suponiendo que el equilibrio resultante entre fuerzas antitéticas debe asegurar naturalmente las libertades humanas.

Su formulación ha sido objeto de diferentes aplicaciones; mientras en Inglaterra ella se interpretó originariamente en el sentido de reservar el juzgamiento de los actos de funcionarios del Ejecutivo a los jueces, en Francia se sostuvo, desde los comienzos de la Revolución de 1789, que la función de juzgar a la Administración correspondía al Ejecutivo y, luego, a tribunales administrativos.

En palabras del propio Montesquieu "No hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese anexa a la potestad legislativa sería una potestad arbitraria que implicaría poder disponer de la vida y de la propiedad de los ciudadanos puesto que el juez sería legislador. Si estuviese unida a la potestad ejecutiva podría el juez tener la fuerza de un opresor".

"Todo estaría perdido –sigue diciendo Montesquieu– si el mismo hombre, la misma corporación..., la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar..."¹⁰.

Se ha dicho que esta doctrina procura la adjudicación de cada una de las funciones del Estado a órganos distintos y separados dotándolos de independencia orgánica¹¹, pero lo cierto es que la separación de las funciones (desde un punto de vista básicamente material) ni siquiera existe en aquellos países que han pretendido aplicar la concepción del modo más estricto, como Inglaterra¹².

En rigor, si se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo una distribución de funciones en órganos diferentes pero nunca una separación que opere, con límites precisos y definitivos, una delimitación absoluta de las funciones¹³.

Veamos el sentido actual de la teoría y lo que ocurre en el mundo real. Aparte de la función gubernativa (que superando su cuestionamiento tiene, en cualquier caso, siempre carácter excepcional), las funciones del Estado pueden clasificarse desde un punto de vista material

en: administrativa (actividad permanente, concreta, práctica e inmediata que crea relaciones públicas subjetivas); legislativa (consistente en el dictado de normas generales abstractas y obligatorias que generan relaciones objetivas) y judicial o jurisdiccional (actividad que se traduce en la decisión de controversias con fuerza de verdad legal). Las tres funciones deben perseguir, primordialmente, en su orientación teleológica, la realización del bien común, ya sea en forma inmediata o mediata, tanto directa como indirecta.

"En rigor, si se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo una distribución de funciones en órganos diferentes pero nunca una separación que opere, con límites precisos y definitivos, una delimitación absoluta de las funciones."

En el orden de la realidad lo que acontece es que cada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas, sin que ello obste a la acumulación (en forma entremezclada) de funciones materialmente distintas (v.g., el Órgano Ejecutivo acumula a la actividad administrativa en sentido material, la actividad reglamentaria, que materialmente es legislativa)¹⁴.

No fue otra la interpretación que, en su momento, formuló Hamilton, en *El Federalista*, al explicar las bases teóricas del sistema político norteamericano. Nos limitaremos aquí a reproducir sólo algunos de los párrafos en que desarrolla esta idea. Así, luego de señalar que "los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial de ningún modo se hallan totalmente separados y diferenciados entre sí", puntualiza que la última de las constituciones estatales que se redactó, la de New Hampshire, captó la dificultad e inconveniencia de impedir toda posible mezcla en las funciones atribuidas a los departamentos (órganos) que ejercen el poder del Estado¹⁵.

9 BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*. Buenos Aires: Zavalia, 1951, p. 37 y ss.

10 Cfr. *El espíritu de las leyes*, cit., Cap. VI (el más célebre, referido a la Constitución de Inglaterra), p. 104.

11 XIFRA HERAS, Jorge. *Formas y fuerzas políticas*, Barcelona: BOSCH 1958, p. 238; sin embargo, Montesquieu no realizó una distinción absoluta de funciones entre órganos diferentes (cfr. CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, ps. 742-743), no distinguiéndolas sino desde el punto de vista de la separación práctica que debe existir entre ellas.

12 Como apunta Carré de Malberg, la competencia de los órganos no puede coincidir con la distribución de las funciones, pues ella no se adapta a la realidad compleja de los hechos que condicionan la vida del Estado (CARRE DE MALBERG, Raymond, *op. cit.*, p. 768). Respecto del Derecho Administrativo inglés y de la admisión de Tribunales Administrativos puede verse: WADE, William y FORSYTH, Christopher. *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford University Press, Londres, 2000, p. 884 y ss).

13 Así lo sostuvimos en *El Acto Administrativo*, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 76.

14 Sustenta un criterio similar, aunque con otra terminología, LUQUI, Roberto Enrique. "Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración Pública", LL, t. 151, p. 1080.

15 Cfr. HAMILTON, Alejandro - MADISON, Santiago - JAY, Iván. *El Federalista*, traducción del inglés. México: Fondo de Cultura Económica, Capítulo XLVII, 1982, ps. 206-207.

En efecto, la Constitución de New Hampshire declaró "que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben mantenerse tan separados e independientes unos de otros, como lo permita la naturaleza de un gobierno libre; o en cuanto sea compatible con la sucesión de relaciones que ata a todo el edificio constitucional con un lazo indisoluble de unidad y concordia. Consecuentemente, su Constitución asocia a estos departamentos bajo diversos aspectos"¹⁶.

Tal ha sido, por otra parte, la interpretación efectuada por Bosch acerca del sentido de la doctrina de la separación de los poderes, uno de los juristas argentinos que mejor comprendió el sistema constitucional norteamericano y su relación con el nuestro. En tal sentido, coincidimos con dicho autor en que la teoría de "la división de poderes" entraña una separación relativa y negativa de las funciones estatales¹⁷.

El valor de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren. Por lo tanto, sin apartarse del objetivo esencial de la concepción (que es evitar la concentración indebida de poder en un solo órgano), ella puede ajustarse a las exigencias históricas graduando la competencia asignada a cada órgano en función de los requerimientos de colaboración, control y especialización funcional.

Se quiebra, en consecuencia, el principio divisorio, entendido a la manera clásica, a raíz de que no pueden ya identificarse de una manera estricta los aspectos substancial, orgánico y formal de los actos estatales¹⁸.

De todas maneras, la separación de poderes, no obstante la trascendencia que reviste para la defensa de las libertades, representa uno de los modelos (aunque primero en el tiempo y en el orden de los valores) que sigue el derecho constitucional en cuanto a las diferentes posibilidades que existen, en el plano de la fundamentación y decisión¹⁹ por parte de los gobernantes, para resolver las distintas cuestiones que se

plantean en el sistema constitucional, cuyos problemas y soluciones se vinculan con los fines constitucionales ampliando o restringiendo su sentido, según el caso.

"El valor de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren."

3) La justicia administrativa como producto de un dilatado proceso histórico

Gran parte de la doctrina francesa considera que la justicia administrativa es la obra decantada de un largo proceso histórico pese a que prestigiosos autores han atribuido el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa²⁰, como una operación revolucionaria que creó un derecho nuevo.

Ese largo proceso histórico, originado en el Antiguo Régimen francés, que partía del principio de separación entre las autoridades administrativas y las judiciales, alcanzó a establecer la judicialidad de los conflictos entre los particulares y la Administración, asignando la respectiva competencia a órganos administrativos separados de la Administración activa (Intendentes y Consejo del Rey)²¹.

La circunstancia que la jurisdicción administrativa naciera bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, ha sido subrayada nada menos que por Tocqueville²² y por Laferrière²³ encontrándose referencias en numerosos estudios jurídicos realizados por autores franceses tanto durante el siglo pasado (vgr. Viollet, Esmein, Chenon, etc.) como en la actualidad²⁴.

16 Al respecto, MADISON proporciona una serie de ejemplos constitucionales que suponen la adopción de las ideas que exponemos en el texto, adhiriendo, implícitamente, a un criterio material para clasificar las distintas funciones del Estado. En tal sentido, anota que "El Senado, que es una rama del departamento legislativo es, además, un tribunal judicial para juzgar sobre las acusaciones contra funcionarios públicos. El Presidente, que es el jefe del departamento ejecutivo, es también miembro del Senado y presidente de éste; y a más de un voto en todos los casos, tiene voto de calidad en caso de empate. El jefe del ejecutivo es elegido en definitiva cada año por el departamento legislativo, y su consejo se elige anualmente entre los miembros del mismo departamento y por voto de éste. Varios de los funcionarios públicos son también nombrados por la legislatura, y el departamento ejecutivo designa a los miembros del departamento judicial". (Hamilton, Alejandro, MADISON, Santiago y JAY, Iván. *El federalista*, cit., p. 207).

17 Véase, BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales...?*, cit., p. 33.

18 BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional*, t. I. Buenos Aires: Ediar, 1966, p. 705. Afirma Loewenstein, que lo que en forma corriente "aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales son en realidad, la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado" (cfr. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, trad. del alemán, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 55).

19 SOLÁ, Juan Vicente. *Control de constitucionalidad*, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot-Lexis Nexis, 2006, ps. 169-177, con cita de Tribe L., *American Constitutional Law*, 3ª ed., Vol. I, New York, Foundation Press, 2000, p. 4.

20 Véase: BIGOT, Grégoire. *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*. París: Presses Universitaires de France, 2002. Una postura similar ha sostenido en España GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Problemas de derecho público a comienzo de siglo*. Madrid: Civitas, 2002, p. 27 y ss.

21 La trascendencia del conflicto que, durante años, enfrentó a los funcionarios del Rey con los Parlamentos que ejercían funciones judiciales fue muy grande, al igual que su duración pues abarca prácticamente desde el reinado de Luis XIV hasta el de Luis XVI inclusive.

22 TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'Ancien Régime et la Révolution. Œuvres complètes*, 2ª ed., Tº II, vol. 1º. París: Galimard, 1952, p. 123 y ss.

23 LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la juridiction administrative*, Tº I, 2ª ed. París: Berger-Levrault, 1896, esp. ps. 10 y 139.

24 Vid, entre otros: MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*. París: Presses Universitaires de France, 1985; MONNIER, François, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIIIème siècle*. París: LGDJ, 1984 y SOLEIL, Sylvain, "Administration, justice, justice administratif avant 1789. Retour sur trente ans de recherches". En: *Regards sur l'histoire de la justice administrative*. París: Lexis Nexis Litec, 2006, quien reconoce, empero, que el debate no está cerrado todavía (op. cit. p. 3 y ss.).

La Revolución Francesa, aunque partió del reconocimiento del mismo principio de dualidad de jurisdicciones prescrito por el Antiguo Régimen, consagró una solución radicalmente distinta, suprimiendo los Intendentes y el Consejo del Rey y transfiriendo la titularidad de la función de juzgar de la Administración a los propios órganos de la Administración activa²⁵, que de esa manera llegaron a ser, a la vez, jueces y partes de un mismo conflicto²⁶.

“(..) la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada.”

Resulta obvio, entonces, colegir que en la realidad del sistema instituido por la Revolución Francesa se encontraba una suerte de inmunidad de la Administración y de sus funcionarios. Como es sabido, éstos fueron libres de cometer toda suerte de crímenes que afectaron la vida y la propiedad de los franceses, en aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual.

Un sistema tan regresivo no podía durar mucho tiempo y a los nueve años (es decir, en 1799) Napoleón terminó dando una vuelta de tuerca hacia un modelo similar al del Antiguo Régimen mediante la creación, en cada departamento, de un “Consejo de Prefectura”, con competencia para conocer en determinados asuntos administrativos.

Como sostuvo Benoît, ese proceso significó “la reaparición de la jurisdicción del Intendente” completada más tarde con la creación del Consejo de Estado, a partir del cual la historia del extraordinario desarrollo que llegó a alcanzar el derecho administrativo francés es bien conocida.

La conclusión que se desprende de todo ello es que la justicia administrativa es el producto de un dilatado proceso histórico que va decantando sus principios y soluciones. Es cierto que ha recorrido a veces un camino equivocado pero también resulta posible que, a través

de un golpe de timón, pueda recobrar el equilibrio de poderes, que es la base para el funcionamiento armónico de cualquier sistema político.

En otras palabras, la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada (igualdad, libertad, propiedad, defensa y promoción de la competencia, seguridad física y jurídica, independencia, etc.).

Cabe entonces preguntarnos si, en la actualidad, la justicia administrativa responde a esos valores que los ciudadanos consideran como parte de los bienes comunes y de los derechos que merecen ser protegidos de la arbitrariedad que proviene de los diferentes órganos del Estado.

No hay que olvidar que la significación ideológica de la justicia administrativa consiste en matizar el carácter individualista que ella tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos²⁷.

Es que, básicamente, el problema de la justicia administrativa pasa por limitar el poder el cual “es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación²⁸”. La novedad actual radica en que el ejercicio del poder público ante la jurisdicción administrativa se ha transferido –en algunos sistemas comparados como el nuestro– tanto hacia organismos públicos (ej. órganos extra-poder como el Defensor del Pueblo) como hacia organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios, a través de verdaderas acciones populares susceptibles de poner en riesgo el equilibrio del sistema de protección de los derechos de los particulares que no tienen correspondencia en los mecanismos de las acciones colectivas, a menos que se reglamenten los procesos de clase.

4) Los sistemas judicialistas

Tipología básica de los sistemas judicialistas, de tribunales administrativos o mixtos en relación al principio de separación de poderes

Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que esa calificación no se circunscribe al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos.

25 Ley 16 del 24 de agosto de 1790.

26 BENOÎT, Francis Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 282-283, apunta que “las soluciones revolucionarias constituían un retroceso considerable con relación a las del Antiguo Régimen. La disociación operada por la Monarquía entre la Administración activa, que era susceptible de ser juzgada y los cuerpos administrativos de carácter jurisdiccional, que la juzgaban, desaparecía. En adelante, la propia Administración activa era su juez: nada ilustra mejor este estado del derecho que la misma noción de «ministro-juez»” (*op. cit.*, p. 282, párrafo 498).

27 Con razón, Garrido Falla anotó que “Los intereses y las situaciones individuales son, en sí mismos respetables y su sacrificio ante las exigencias del interés general sólo puede producirse dentro del marco de la legalidad. En definitiva, aquí se encuentra la radical diferencia entre el Estado de Derecho subjetivista y las «garantías de legalidad», que a veces se establecen en los Estados totalitarios y de los cuales hemos tenido ejemplos que, afortunadamente, han pasado a ser históricos” (cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, Madrid: Tecnos, 2001, p. 20).

28 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Entre el Derecho y la Política*. Madrid: Abella, 1987, p. 12.

Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista comparado es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio. Aparte del modelo español que cuenta, desde hace muchos años, con un sistema judicialista puro de justicia administrativa, el caso alemán es otro ejemplo paradigmático de la judicialización de la llamada jurisdicción contencioso administrativa (a la que ya había apuntado el art. 107º de la Constitución de Weimar) considerándose que es el modelo que garantiza, de un modo más perfecto y efectivo, la vigencia de los principios del Estado de Derecho²⁹.

En la vereda opuesta a los sistemas judicialistas puros se encuentran los sistemas de tribunales administrativos, los cuales actúan en el ámbito de la Administración, aún cuando sus jueces se desempeñen con independencia funcional, como ha sido en la tradición francesa que exhibe la labor del Consejo de Estado.

Pero cabe acotar que dentro de la corriente judicialista, se admite que puedan coexistir con la división de poderes, formas mitigadas del sistema reconociendo excepcionalmente, sin instituir una cláusula general de atribución de jurisdicción, determinados tribunales administrativos, por razones de especialización, con control judicial final amplio o limitado, según los casos. En este grupo se ubican los llamados sistemas de jurisdicción administrativa primaria, con control judicial amplio o meramente revisor del derecho como acontece en el sistema norteamericano, que incluso ha prescrito la interdicción de la revisión judicial, en algunos supuestos establecidos en forma taxativa.

En estos últimos sistemas, que podrían denominarse mixtos, la clave para determinar cuál es el criterio que mejor se concilia con el principio de separación de poderes se encuentra en el alcance del control o revisión judicial, siendo evidente que aquel que cumple con mayor rigor los postulados de esa doctrina es el que consagra el control judicial más amplio posible (entre nosotros, el denominado "control judicial suficiente"). Aquí aparece una tensión (señalada, entre otros, por el jurista alemán Pielow)³⁰ entre justicia y eficiencia, donde el funcionamiento de los sistemas muestra

que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa.

En los países iberoamericanos ha prevalecido el sistema judicialista que confía a jueces encuadrados en la organización judicial el conocimiento de las causas contencioso administrativas, lo cual ha sido consagrado en normas de rango constitucional³¹.

Un caso particular es el que se presenta en México en el que coexisten el sistema de tribunales administrativos con los tribunales judiciales, manteniéndose la jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer en los amparos contra las resoluciones emanadas de los tribunales administrativos³².

Principios del sistema judicialista y sus fuentes

La configuración del sistema judicialista consagrado en la mayor parte de los sistemas iberoamericanos, estructurados sobre la base de la división de poderes, se apoya en un cúmulo de principios prescriptos en las respectivas constituciones. Ellos son:

- a. la institución de un poder judicial independiente;
- b. la garantía de la defensa en juicio;
- c. la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo; y

la proyección de la clásica garantía de la defensa que se extiende, en algunos países, en la creación y reglamentación de las acciones judiciales de amparo³³. En Chile, se ha propiciado, por un sector de la doctrina, la categoría de las nulidades de derecho público como una acción procesal imprescriptible, con fundamento en el art. 7 inc. 3º de la Constitución chilena³⁴, la cual no coincide, actualmente, con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de ese país³⁵.

Esa línea marca el principio que debe reinar, por razones históricas, en la justicia administrativa argentina, sobre la base de un sistema típicamente judicialista que hunde sus raíces en las instituciones hispánicas, primordialmente en Aragón y más tarde, en Castilla, sin perjuicio de la trascendente influencia recibida

29 Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*. Madrid: Civitas, 1993, ps. 84-87.

30 Véase PIELOW, Johann Christian. "El acceso a la jurisdicción en Alemania". Buenos Aires: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Lexis Nexis, 2005, p. 25 y ss., número especial publicado bajo la coordinación de María Graciela Reiriz, que refleja los trabajos presentados al Seminario Internacional de Derecho Administrativo organizado por la Facultad de Derecho de la UBA en el mes de marzo de 2004.

31 Vgr. Perú (art. 20), Panamá (art. 188), Paraguay (art. 199), Argentina (art. 108) y Bolivia (art. 122). En la doctrina peruana se ha dicho que es el Poder Judicial "y no otro es el llamado a juzgar la actividad de la Administración Pública... con la finalidad única de lograr la concreción del ideal constitucional de proteger, respetar y defender la dignidad de la persona humana, como centro de protección del Estado, pero no de cualquier tipo de Estado, sino del Estado de Derecho" (HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, con prólogo de Jorge Danós Ordoñez y Estudio Preliminar de Eloy Espinosa-Saldaña, Lima: Jurista Editores, 2006, p. 65).

32 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Mexicano*. México: Porrúa, 1997, p. 49.

33 Art. 43 de la Constitución Argentina y ley 16.986.

34 SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 163 y ss.

35 Como el propio Eduardo Soto Kloss lo puntualiza en un artículo titulado "La responsabilidad del Estado Administración y su imprescriptibilidad en el Derecho Público", en *RAP* n° 311. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2004, p. 17 y ss. La Corte Suprema de Chile considera que la acción para reclamar la responsabilidad del Estado es prescriptible, sobre la base de la aplicación de los preceptos del Código Civil de Bello. Para nosotros, como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos, la aplicación de los textos civiles al derecho administrativo es posible mediante el procedimiento de la analogía, vid: *Derecho Administrativo*, T° I, 7º ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2002, p. 206 y ss.

del derecho constitucional norteamericano. Dichas instituciones fueron las que supieron crear un poder judicial independiente, con anterioridad a los sistemas de división de poderes que más tarde desarrollaron primero en Inglaterra y, luego, en los demás países europeos.

La Justicia Mayor de Aragón constituye el ejemplo quizás de mayor trascendencia histórica y jurídica en cuanto representa la independencia judicial frente al Rey, al punto que continuó rigiendo hasta el reinado de Felipe II, cuya política absolutista transformó la institución, tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, quedando sujeta, desde entonces, a la autoridad real.

La postura que sostenemos sobre la influencia de las instituciones españolas en las constituciones hispanoamericanas, particularmente en la chilena de 1833 y en la argentina de 1853, ha sido propugnada por autores de la talla de Estanislao S. Zeballos y Segundo V. Linares Quintana.

Al respecto, Zeballos señaló en 1916 que al realizar el estudio comparativo de la Constitución Argentina con las instituciones del antiguo derecho español, había llegado a un resultado sorprendente en el sentido de que nuestra Constitución tiene en sus instituciones, raíces profundas “que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra, porque no existían”³⁶.

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

Así, pudo decir Bielsa de la Justicia de Aragón que fue una “admirable institución, cuya esencia es la de las más altas cortes de justicia defensoras de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución”³⁷.

Por todo ello no puede extrañar que un antecedente hispánico similar al *Habeas Corpus* anglosajón, el juicio de manifestación, haya influido también en nuestra tradición jurídica constitucional³⁸ ni menos aún que la Constitución de Cádiz de 1812 constituya una de las

fuentes nutrias de la Constitución Argentina como lo han destacado Linares Quintana³⁹ y otros juristas⁴⁰.

La prescindencia de las fuentes constitucionales es muchas veces causa de graves errores de interpretación sobre el sistema judicialista de la ley suprema, el cual requiere –para una cabal hermenéutica– partir de sus bases históricas para captar su finalidad y su articulación con los demás principios constitucionales.

En esta materia, los trasplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir fórmulas incompatibles con nuestra idiosincrasia, que desconocen el piso de realidad o experiencia sobre el que transitan nuestras principales instituciones.

Por eso, hay que reconocer, en apretada síntesis, como rasgos del sistema judicialista, los siguientes:

- a. la justicia se constituye como un poder del Estado con independencia orgánica y funcional;
- b. como regla general, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;
- c. el acogimiento de tal principio no ha impedido –como ocurre en el sistema chileno– que el control de constitucionalidad de las leyes se configure sobre la base de una jurisdicción compartida entre un Tribunal Constitucional (para el control abstracto de leyes y reglamentos) y una Corte Suprema⁴¹;
- d. sólo excepcionalmente, las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para salvar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos encuadrados en la Administración, aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;
- e. la tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa

36 Cfr. ZEBALLOS, Estanislao S. “Influencia de las instituciones visigodas en las argentinas”, Buenos Aires: *Revista de Derecho, Historia y Letras*, Año XVIII, Tomo LV, 1916, p. 379, con citas del “Fuero Juzgo” que, como es sabido, constituye la recopilación del “Liber iudiciorum” (principal cuerpo legal visigótico). Este trabajo de Zeballos es la reproducción de una conferencia pronunciada por el autor en el Club Español de Buenos Aires, el 12 de octubre de 1916, con motivo de la visita de Ortega y Gasset (padre e hijo), cuya trascendencia para esa época ha sido reconocida en el libro *Ortega en La Nación*, de Marta M. Campomar. Buenos Aires: El elefante blanco, 2003, p. 72.

37 BIELSA, Rafael. *La protección constitucional y el recurso extraordinario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1936, p. 126; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tº I. Buenos Aires: Alfa, 1953, p. 35 y ss.

38 LINARES QUINTANA, Segundo V. *Raíces hispánicas del constitucionalismo*. Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, T. XXIX, 2001, p. 23 y ss.

39 *Op. cit.*, p. 33 y ss.

40 Cfr. RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *Génesis del constitucionalismo argentino*, JA 1962, T. VI, sección doctrina, p. 117; SECO VILLALBA, José Armando B. *Fuentes de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 218 y ss. y MATIENZO, José Nicolás. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Librería La Facultad, 1926, ps. 415-416.

41 Véase: CAZOR ALISTE, Kamel. “La jurisdicción constitucional en Chile”. Santiago: *Revista de Derecho*, número dedicado a la Justicia Constitucional, Volumen XII, Universidad Austral de Chile, 2001, p. 99 y ss. Se trata obviamente de un reducto del sistema kelseniano que si bien no traduce el judicialismo puro no plantea grandes disfuncionalidades si bien su aplicación extrema puede llegar a desnaturalizar la propia concepción de la separación de poderes al debilitar los poderes del Tribunal Supremo y provocar conflictos de competencia.

en juicio, el cual se reafirma en virtud del “status” constitucional que en algunos países como Argentina (art. 75° inc. 22) adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos artículos 8° y 25° lo han consagrado.

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

- a. la superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes⁴²;
- b. la ampliación del círculo de legitimados, al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (vgr. consumidores y usuarios, en general, los derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo -arts. 42° y 43° CN);
- c. la eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía administrativa, lo cual también reafirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa⁴³;
- d. la supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales, los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción de los respectivos derechos;
- e. la evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa

En el sistema que rige en los Estados Unidos de América no existe, para el control de los actos de la Administración Pública, una tradición judicialista tan arraigada, en el plano constitucional, como en los países

de hispanoamérica, pues los grandes lineamientos que caracterizan el modelo procesal permiten aseverar que ha evolucionado hacia la adopción generalizada de una jurisdicción administrativa primaria que incluso, en algunos casos excepcionales, no es judicialmente revisable⁴⁴.

En tal sentido, el Profesor Bernard Schwartz ha sostenido que la jurisdicción primaria administrativa y el principio que exige el agotamiento de la instancia administrativa son como dos caras de la misma moneda. Mientras la jurisdicción primaria determina si un tribunal judicial o un ente administrativo tienen jurisdicción inicial la doctrina del agotamiento define si se puede revisar lo actuado por un ente administrativo que no es la última instancia en el ámbito de la Administración⁴⁵.

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

Esta circunstancia, bastante atípica, terminó por convertir a dicha jurisdicción primaria administrativa en una verdadera instancia del proceso administrativo. Dicha jurisdicción administrativa primaria sustituye, en los hechos, a los tribunales federales de primera instancia (denominados tribunales de distrito) ya que las leyes que rigen el procedimiento ante la jurisdicción federal prescriben, contra las decisiones de diversos órganos o agencias administrativas, un recurso directo de apelación ante las Cortes de Circuito⁴⁶.

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

No obstante, el control difuso sigue manteniéndose a favor de la exclusiva competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos, cuya fuerza expansiva se encuentra limitada al pleito, por el carácter de *inter partes* de la sentencia, sin

42 El criterio de la revisión judicial posterior sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración se afirmó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, aunque en forma casuista, a partir del caso “Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José”, Fallos, 247:646 (1960).

43 Una fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa ha hecho TAWIL, Guido Santiago. “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial”, ED, 125-958.

44 SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, 3° ed. Boston, Toronto, Londres: Little Brown and Company, 1991, p. 481.

45 SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, cit., p. 533.

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

perjuicio de que, en la práctica, la regla del *stare decisis* le confiere cierta ejemplaridad a las decisiones de la Corte Suprema⁴⁷.

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

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

5) Excurso sobre la función jurisdiccional y el sistema judicialista

Como se ha sostenido⁴⁸, los problemas relativos a la naturaleza de la función jurisdiccional y a los caracteres de que debe estar revestido el órgano judicial, son cuestiones diferentes que no guardan relación de interdependencia entre ellas.

En tal sentido, si la función ha de definirse conforme a un criterio material, su concepto no puede basarse en el carácter imparcial o independiente del órgano que la ejerce sino en la circunstancia de resolver contiendas con fuerza de verdad legal⁴⁹.

Desde luego que lo jurisdiccional no es un término unívoco y que también es posible referir el concepto a la función de decir el derecho (*jurisdictio*) tal como lo hizo Hamilton, en los comentarios que escribió en *El Federalista* sobre la Constitución norteamericana⁵⁰.

Pero ello tiene el inconveniente propio de la amplitud conceptual que llevaría a interpretar que cada vez que

la Administración procede a dictar un acto declarativo de derechos o a resolver un recurso jerárquico estaría ejerciendo jurisdicción.

Como se ha visto, la doctrina de la separación de poderes ha tenido distintas aplicaciones sobre la función de juzgar a la Administración. Mientras en Francia se consideró que era una función que, no obstante hallarse separada de la Administración activa, era de naturaleza administrativa y correspondía a los tribunales administrativos, en Inglaterra, y sobre todo, en los Estados Unidos, se entendió al final de la evolución de sus respectivos sistemas jurídicos, que se trataba de funciones jurisdiccionales a cargo de tribunales judiciales o administrativos⁵¹.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que cuando en el derecho norteamericano (tanto en la jurisprudencia como en la legislación y en la doctrina) se admite la jurisdicción administrativa primaria (dentro de unos determinados límites) lo que en realidad se está haciendo es una interpretación relativa y flexible del principio de la separación de los poderes que, en definitiva, guarda cierta semejanza con la distinción entre jurisdicción administrativa y jurisdicción judicial, sostenida, en Argentina, por Bielsa.

Dentro de esa idea, Bielsa⁵² había concebido (en las distintas obras en que trató el tema) que era posible atribuir a la Administración el ejercicio de funciones jurisdiccionales en materia contencioso administrativa y contencioso fiscal, sobre la base de que la ley sólo se limitaba a reconocerlas y a darles forma, dado que el Poder Administrador las poseía *iure proprio*⁵³. Sin embargo, hubo un cambio que pasó prácticamente desapercibido en la doctrina.

En efecto, en la evolución posterior de su pensamiento, Bielsa⁵⁴ se adhirió, años más tarde, a la postura de Bosch, a quien cita como fundamento doctrinario de la interpretación que hizo acerca del sistema constitucional argentino.

Cabe advertir, entonces, que pese a que Bielsa continuó propugnando la separación de la jurisdicción en dos clases (judicial y administrativa), en una postura

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

48 BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales...?*, cit., p. 96, texto y nota 111.

49 Entre otras, es la postura que hemos sostenido; vid CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002, p. 90 y ss.

50 HAMILTON, Alejandro - MADISON, Santiago y JAY, Iván. *El Federalista*, cit., p. 349, nota 57.

51 Vid por todos, MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T° I. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 3 y ss. Este autor, de manera genérica, sostiene que "hay ejercicio de jurisdicción cuando la controversia es resuelta tanto por un tribunal judicial como administrativo" (op. cit., T° I, p. 4). No obstante, el sistema norteamericano fue modificándose gradualmente. Así, el peso de la realidad y la necesidad de una mayor especialización llevaron a los EEUU no sólo a organizar tribunales administrativos sino al reconocimiento de una jurisdicción administrativa primaria.

52 BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina*, T° III. Buenos Aires: El Ateneo, 1947, p. 255, nota 59.

53 Tanto BOSCH. Jorge Tristán (*¿Tribunales judiciales...?*, cit., p. 100) como nosotros en las sucesivas ediciones (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed., cit., p. 93, nota 40) criticamos esa interpretación. La jurisdicción de los jueces es preponderante y genérica y no es una especie de jurisdicción sino el género. La especie, por excepción, es la jurisdicción administrativa.

54 BIELSA, Rafael. *Sobre lo contencioso administrativo*, 3° ed. Santa Fe: Castellví, 1964, p. 324. Interesa puntualizar que el eximio jurista rosarino no solía explicar las variaciones de sus posturas doctrinarias, como ocurrió cuando la Corte hizo una cita de una opinión anterior de BIELSA sobre la irrevocabilidad de ciertos actos administrativos (en el famoso caso "Carman de Cantón"). Tal es lo que sucede con el artículo titulado "La jurisdicción y la competencia contencioso administrativa", publicado primero en LL, T° 52, p. 1054 y ss. que, con variantes significativas, reprodujo en el Apéndice del libro citado al comienzo de esta nota (p. 314 y ss.).

que implicaba una notoria asimilación del sistema francés del llamado contencioso administrativo, sostuvo que, en nuestro sistema constitucional, la jurisdicción contencioso administrativa pertenece al Poder Judicial⁵⁵, reiterando más adelante (en el artículo que reprodujo en su libro *Sobre lo contencioso administrativo*) con apoyo en la opinión de Bosch⁵⁶ que, si bien la atribución de la función jurisdiccional a tribunales judiciales o a tribunales administrativos resulta del sistema de cada constitución “parece obvio que el sistema nuestro es el de la jurisdicción judicial”⁵⁷.

Esa postura no obsta a que, con los debidos recaudos constitucionales, no pueda la ley atribuir jurisdicción a órganos o tribunales administrativos, a condición de que la decisión final de la controversia se atribuya a los jueces (con control judicial pleno) para no infringir la interdicción que consagra el artículo 109º de la Constitución Nacional.

Al fin de cuentas, la respuesta acerca de qué tipo de tribunal es el encargado de dirimir los conflictos entre la Administración y los particulares dependerá de cada sistema jurídico. En el derecho comparado, en un primer grupo, se han configurado tanto los sistemas judicialistas puros (en principio el español, el argentino y los de otros países hispanoamericanos) como los sistemas judicialistas más relativos (v.g. el norteamericano que admite en forma bastante generalizada la llamada jurisdicción administrativa primaria)⁵⁸. En un segundo grupo, se encuentran los sistemas de tribunales administrativos concentrados (tal como el Consejo de Estado Francés) o desconcentrados (tribunales administrativos inferiores) y finalmente, aquellos sistemas mixtos (por ejemplo, el sistema italiano) que combinan los elementos de uno y otro.

Resulta muchas veces necesario, en esta materia, advertir sobre el uso de distintas terminologías para explicar, muchas veces, una misma realidad jurídica⁵⁹. Ocurre que un mismo concepto puede tener mayor o menor extensión y como resultado de ello ampliarse o restringirse su ámbito de aplicación. Tal es lo que

acontece cuando la doctrina se refiere a la función jurisdiccional⁶⁰ de la Administración⁶¹ que puede admitirse, dentro de los límites constitucionales (entre otros, sin establecerla como regla generalizada).

Cuando la jurisdicción es ejercida por los jueces o tribunales de justicia, ella recibe la denominación que acompaña los actos de ese poder. De ese modo, cabe hablar de función judicial y de revisión judicial de la actividad administrativa o bien, de justicia administrativa, proceso administrativo o contencioso-administrativo⁶². En tal sentido, la jurisdicción de los tribunales traduce la función preponderante y genérica mientras que la atribución de funciones jurisdiccionales constituye siempre una especie limitada y excepcional.

6) El fenómeno de la judicialización de la actividad administrativa (Causas, sentido y prospectiva)

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

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

Ese nuevo rumbo que ha asumido la labor judicial reconoce, principalmente, dos causas. La primera, de naturaleza política, radica en la tendencia de los gobernantes a transferir a los jueces la responsabilidad

55 BIELSA, Rafael. “La jurisdicción y la competencia contencioso administrativa”. En BIELSA, Rafael. *Sobre lo contencioso administrativo*, cit., p. 316.

56 Expuesta en BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales...?*, cit., p. 285 y ss.

57 BIELSA, Rafael. “La jurisdicción y la competencia contencioso administrativa”, cit., p. 324.

58 Véase, MAIRAL, Héctor A., op. cit., Tº II, p. 748 y ss.

59 Aspecto que ha sido destacado por nuestra doctrina, véase: LUQUI, Roberto Enrique. *Revisión judicial de la actividad administrativa. Juicios contencioso administrativos*, Tº I. Buenos Aires: Astrea, 2006, ps. 73-74. Creemos, empero, que muchas veces se trata de verdaderas cegueras doctrinarias o intentos para deformar la postura del jurista objeto de la crítica. En realidad, el conocimiento de las diferentes terminologías, si bien no debería servir para afirmar las discrepancias doctrinarias, de un modo dogmático o autoritario, es de gran utilidad y ayuda para captar el sentido que un determinado concepto tiene en la doctrina, jurisprudencia y legislación. Así, en esta materia, puede observarse el empleo de distintas terminologías que apuntan a un mismo concepto (v.g. justicia administrativa, proceso administrativo, contencioso administrativo, revisión judicial, función judicial, etc.).

60 Se ha criticado la utilización que hemos hecho del concepto de función o acto jurisdiccional. Sin embargo, dicha terminología fue empleada tanto por los comentaristas de la Convención de Filadelfia, Hamilton, Madison y Jay, (en *El Federalista*) como por autores vernáculos que se ocuparon de estas cuestiones. Ver al respecto: BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales...?*, cit., p. 88 y ss.; PALACIO, Lino Enrique. “Algunas consideraciones sobre los actos de la Administración”. En: *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*. Buenos Aires, 1983, p. 75. La mayor parte de la doctrina sigue utilizando el concepto (Cfr. Luqui, Roberto Enrique. *Revisión judicial...*, cit., Tº I, p. 17 y ss.). A su vez, MAIRAL, Héctor A. (op. cit., Tº I, ps. 10-12) denomina cuasi-jurisdiccionales a los actos producto de la función jurisdiccional de tribunales administrativos.

61 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº I, 4º ed. act., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, p. 87.

62 Actualmente preferimos utilizar el concepto “justicia administrativa” en armonía con la mayoría de la doctrina española de los últimos años. El término contencioso administrativo no es incorrecto pero lo consideramos más afín al sistema francés que al nuestro, que es de base judicialista. Una explicación atendible tendiente a justificar el empleo del término “contencioso administrativo” es la que proporciona GARCÍA PULLÉS, Fernando R. en su *Tratado de lo contencioso administrativo*, Tº I. Buenos Aires: , 2004, ps. 16-17.

por la toma de decisiones vitales para la comunidad para mantener una determinada imagen frente a la población. Pero existe otra causa, de tipo sociológico, que nace del temor que inspira a los funcionarios la adopción de medidas de cara a las consecuencias penales de sus actos, tanto por el cúmulo de intereses que resultan perjudicados como por el desorden legislativo reinante y las investigaciones que se realizan *a posteriori* a raíz de los cambios de gobierno.

Sin embargo, el cambio fundamental se opera al invertirse la regla según la cual los jueces actúan *a posteriori*, previo ejercicio de la autotutela por parte de la Administración⁶³. Los jueces sustituyen en ciertos casos a la Administración cuando ésta no decide, o bien, ordenando medidas de contenido positivo sin acto administrativo previo. Realizan así, antes que una actividad de subsunción de la norma en el caso, una tarea de sustitución que cubre los vacíos o defectos en el funcionamiento del sistema jurídico mediante los principios generales del derecho o la equidad. Ello no implica, desde luego, legitimar la creación libre del derecho por parte de los jueces como lo sostuvo en su momento alguna escuela (que actualmente carece de influencia) ni tampoco que los jueces se conviertan en administradores ni en legisladores. En efecto, los límites que surgen de la interpretación constitucional y de los principios generales del derecho público muestran la configuración de un núcleo de competencias administrativas y legislativas que el juez no puede traspasar (aunque sí controlar su constitucionalidad y/o legalidad) sin afectar el equilibrio entre los poderes aunque, en definitiva, se trate un equilibrio relativo y flexible entre órganos, poderes y funciones, como se ha intentado explicar en los puntos anteriores.

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

A su vez, el objeto de la protección judicial, antiguamente circunscripto a los derechos subjetivos clásicos, se ha ampliado no sólo al mejorarse las técnicas de la

legitimación procesal y el consecuente acceso a la justicia⁶⁴, a través de diferentes especies de procesos⁶⁵, sino por la irrupción de nuevos derechos constitucionales (v.g. derecho de la salud y al medio ambiente sano) llamados de incidencia colectiva, lo cual ha generado una actividad judicial de naturaleza cautelar e incluso, medidas autosatisfactivas y/o de urgencia.

“Lo que está en juego, pues, es la protección jurídica de todos los derechos a través de la efectividad de la tutela judicial.”

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

Por su parte, en la línea de la judicialización corresponde anotar la superación de los obstáculos que impedían a la justicia conocer en causas en las que se disputaban cuestiones políticas, las que actualmente se consideran, en principio, judiciales⁶⁶.

Como se puede apreciar, el escenario en que actúan los tribunales judiciales presenta una fisonomía, distinta a la que tenía durante la primera mitad del pasado siglo. En dicha fisonomía se han producido una serie de cambios en los paradigmas tradicionales. Desde la declinación del positivismo legalista, hasta la ruptura de la prevalencia absoluta del derecho nacional atribuyendo a los tratados una mayor jerarquía que la que tienen las leyes (art. 75° inc. 22° CN) –aunque, en Argentina, la Constitución posee supremacía sobre los tratados (arts. 27° y 31° CN)⁶⁷–, son muchísimos los aspectos que han gravitado para reforzar la función de los jueces como poder del Estado que no están limitados como antes a la mera actividad silogística de aplicar la ley, sino que contribuyen decisivamente a la realización de la justicia material.

En ese contexto, la concepción de la Constitución como ley suprema o norma fundamental⁶⁸, producto del

63 Sobre la articulación entre autotutela administrativa previa y la tutela final de la Administración nos remitimos al lúcido análisis que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, T° I, 9° ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 516 y ss.

64 Ampliar en: ABERASTURY, Pedro *“La justicia administrativa”*. Buenos Aires: Lexis-Nexis 2006, p. 125 y ss., en cuyos capítulos IV y V desarrolla el tema de una manera integral a la luz de los principios de nuestro sistema constitucional.

65 Sobre los diferentes medios específicos de control judicial que existen en Brasil puede consultarse: FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Curso de Direito Administrativo*, 14° ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 601 y ss.

66 Para una explicación de este fenómeno nos remitimos a nuestro *Derecho Administrativo*, T° II, 8° ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, ps. 159-174.

67 Cfr. BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*, T° I, 2° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2006, ps. 247-286.

68 Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1982, p. 40 y ss. Apunta que en la concepción de la Constitución como norma suprema el poder aparece “como una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad o instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender ser nunca superior a la sociedad” (op. cit., p. 45).


consentimiento del pueblo⁶⁹, con carácter operativo (en principio) y jerarquía superior sobre todo el ordenamiento, ha jugado una función preponderante para reafirmar el papel de los jueces como sus intérpretes finales en el esquema del Estado de Derecho, que supone la configuración de un sistema de poderes y competencias tasados y limitados.

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

Porque no se puede ignorar que, en algunos campos, como en los procesos colectivos, un exceso de judicialismo es susceptible de generalizar verdaderas acciones populares que, aparte de dificultar la

composición de legítimos intereses contrapuestos, conspiran contra la realización de la justicia subjetiva, que estaría como ahogada por la corriente objetiva que actúa en defensa de la pura legalidad y en exclusiva protección de intereses colectivos.

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

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

69 El origen de esta doctrina se encuentra en Suárez (en su *Defensio Fidei*) que, a través del neoescolástico puritano Tomás Hooker, fue la fuente de inspiración de las *Fundamental Orders* de Connecticut de 1639; cfr. STEVERINCK GONNET, Ioris. *La Universidad de Salamanca y la Constitución de los Estados Unidos*. Buenos Aires: UCA, 2003, p. 122. Vid asimismo: STOETZER, Carlos O. "Raíces escolásticas de la Constitución Norteamericana", ponencia presentada en las XV Jornadas Seminario Internacional de la Asociación Argentina de Estudios Americanos. Buenos Aires, septiembre de 1981, p. 11 y ss., explica el proceso mediante el cual la tradición escolástica tuvo una influencia decisiva en la Constitución de Estados Unidos y en la doctrina política inglesa (ya que Suárez influyó en Sydney y éste finalmente en Locke) empalmando, a través del derecho natural, con el *common law* inglés.