

En 1968, se incorpora el Dr. Manuel María Diez y el R. P. Dr. Carlos Cucchetti.

El Dr. Diez que es presentado por el Dr. Garbarini Islas trata el tema:

## **El acto de gobierno del Poder Ejecutivo; su Justiciabilidad**

Agradezco a mi estimado amigo el doctor Garbarini Islas sus amables palabras de presentación. Ellas comprometen mi gratitud y me obligan moralmente a continuar los trabajos de investigación en que estoy empeñado.

El tema que he elegido para mi incorporación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas es El acto de gobierno del Poder Ejecutivo. Su justiciabilidad. El problema a considerar no es nuevo. Distinguidos juristas nacionales y extranjeros se han ocupado del mismo, pero entiendo que su estudio sigue siendo de interés. Digo así porque la jurisprudencia en nuestro país recurre todavía a la teoría del acto de gobierno para negarse a conocer de ciertos asuntos sometidos a su consideración. Además, los Códigos contencioso-administrativos excluyen de esa vía a los actos de gobierno. Así, entre otros, el del Chaco, sancionado y promulgado en Septiembre de 1967, y el anteproyecto de Código contencioso-administrativo de la nación, sometido actualmente a la consideración de la Secretaría de Justicia.

En cuanto a la terminología a emplear, creo que debe mantenerse la establecida por el Consejo de Estado francés con motivo de la creación de actos de gobierno. Dar un nuevo nombre a un acto que, como el de gobierno, no es revisible en sede judicial en virtud de su finalidad, no lo estimo conveniente.

Dentro de la clásica teoría de Montesquieu, los Poderes del Estado son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Esta teoría ha sido criticada desde distintos puntos de vista. Interesa señalar que el Estado tiene tres elementos constitutivos, uno de los cuales es el Poder. El poder del Estado es único e indivisible y sólo existen órganos destinados a cumplir las distintas funciones estatales. En realidad, entonces, lo que corresponde no es una división de Poderes sino una división de funciones, debiéndose

considerar como funciones del Estado la administrativa, la legislativa y la judicial, que desempeñarán los distintos órganos del mismo. De allí, pues, que cuando me refiera a los distintos Poderes del Estado lo haré teniendo en cuenta el valor entendido en la literatura jus publicista.

El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo son Poderes políticos del Estado. Estos poderes realizan actos políticos. El acto de gobierno es un acto político. Me referiré principalmente a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo, aun cuando reconozco que existen actos de gobierno o políticos que puede dictar el legislador, como, por ejemplo, la intervención federal en una provincia. El Poder Ejecutivo desempeña funciones de gobierno o políticas y administrativas. Resulta muy difícil definir qué es gobierno. Napoleón, en Francia, hizo una tentativa para separar el gobierno de la administración desde el punto de vista objetivo. Napoleón gobernaba con su Conseil d'Etat en cuanto designaba en el seno del Consejo delegados para los grandes asuntos. En cambio los ministros estaban encargados de los negocios corrientes. De allí que se llegara a la siguiente distinción: la función administrativa consiste esencialmente en realizar los asuntos corrientes de la nación. La función gubernativa consiste en solucionar los asuntos excepcionales que interesan a la unidad política, en velar por los grandes intereses nacionales. Por consiguiente, gobernar implicaría tomar las decisiones esenciales que comprometen el porvenir de la nación, por ejemplo una declaración de guerra, mientras que administrar sería una tarea cotidiana que desciende hasta los actos más simples. La función política compete a los órganos que están en las gradas jerárquicas más elevadas del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo dicta, pues, actos políticos, también llamados de gobierno, y actos administrativos. Ambos actos tienen los mismos elementos esenciales, que son la forma, el objeto y el fin, y ambos consisten en declaraciones de voluntad hechas por un órgano competente. Por lo demás, ambos tienen la misma estructura. Si realmente no hubiera posibilidad de establecer diferencia entre los actos de gobierno y los actos administrativos, no existiría ninguna razón valedera para utilizar una terminología distinta. El acto de gobierno sería simplemente un acto administrativo.

La teoría del acto de gobierno del Poder Ejecutivo resulta de una construcción pretoriana del Consejo de Estado francés. El Consejo de Estado, que fuera creado por Napoleón, fue atacado por liberales y realistas en la época del retorno de los Borbones. El Consejo de Estado, como medio de defensa del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo creó una esfera de acción en la que éste podía actuar libremente, sin que sus actos estuvieran sujetos a revisión judicial aun cuando afectaran los derechos subjetivos de los particulares. Se aplicaban entonces dos ideas básicas para caracterizar el acto de gobierno: la finalidad del acto y su justiciabilidad. Se decía que estos actos se ejecutaban por un móvil político. La idea del móvil político era

peligrosa y fue abandonada a partir de 1872, en cuya época se asistió al desenvolvimiento del principio de la legalidad. En esa oportunidad, como no se consiguiera distinguir el acto de gobierno del acto administrativo, se llegó a una concepción puramente empírica dando una enumeración de aquellos, que era limitativa, y cuyo número fue paulatinamente disminuyendo. Se hizo entonces una lista jurisprudencial de actos de gobierno.

Los actos de gobierno dan origen a la denominada cuestión política, que importa una declinación del Poder Judicial frente al ámbito reservado a los Poderes políticos: el Legislativo y el Ejecutivo. Se dice para ello que el Legislativo y el Ejecutivo necesitan disponer, para la conducción del Estado, de un margen de arbitrio incontrolado, en cuyo uso cada Poder está libre del control del otro. El Consejo de Estado francés en la actualidad ha limitado los actos de gobierno a los siguientes: relaciones del Poder Ejecutivo con las potencias extranjeras y actos del Poder Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento.

Laubadère, considerando la posición asumida por el Consejo de Estado francés, dice que el acto de gobierno parece representar, en la medida en que él subsiste, más que la expresión de una función particular del Estado, una categoría de decisiones cuya substracción al control contencioso se explica más por razones políticas que jurídicas.

Virally, en un trabajo "L'introuvable acte de gouvernement", en la Revue de Droit Public, estudia los actos que en la actualidad no son revisables. Señala que haciendo aplicación del criterio limitativo de los actos de gobierno, según la última jurisprudencia del Consejo de Estado francés, serían tales, los actos del Poder Ejecutivo en su relación con las potencias extranjeras y los actos del Poder Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento.

• En cuanto a los actos que resultan de las relaciones con los países extranjeros, Virally sostiene que son irrevisibles, por la circunstancia de que están sometidos, al menos parcialmente, al Derecho internacional y en consecuencia los Tribunales internos son incompetentes para conocer y decidir en estos asuntos, ya que solamente pueden aplicar el Derecho interno. Virally agrega que si bien es posible que los conflictos originados por hechos ocurridos en territorio extranjero sean resueltos por el Derecho internacional, no sería de aplicación ese Derecho para los hechos de guerra ocurridos en territorio nacional. En este supuesto los jueces deben conocer y resolver, pues se trata de una cuestión de Derecho interno. Así, los daños ocasionados por tropas nacionales en tiempo de guerra en el país, que están regidos directamente por el Derecho interno.

Respecto a los actos referentes a la relación del Poder Ejecutivo con el Parlamento, Virally estima que la irrevisibilidad de éstos se explica por el hecho de que deben estar sometidos

única y exclusivamente a un control parlamentario y que no pueden poner en juego sino la responsabilidad política del gobierno.

Señalaré otros antecedentes en el Derecho y la jurisprudencia extranjeros.

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

La ley española de jurisdicción de lo contencioso-administrativo del 27 de diciembre de 1956 establece que no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del gobierno, como son los que afectan a la defensa nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del Estado y mando y organización militares, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2, inc. b).

En los Estados Unidos, la Suprema Corte en el caso *Baker v/Carr* entró a considerar una cuestión electoral considerada hasta entonces como política y por consiguiente no justiciable. La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, favorable a la justicialidad del acto, fue tomada en marzo de 1962 y se dijo que este fallo era tanto o más importante que el caso *Marbury v/Madison*. El Justice Brennan afirmó que era una cuestión de Derecho político y no una cuestión política.

Examinado el problema en el orden nacional, expondré las doctrinas existentes para dar luego mi opinión. Hay dos doctrinas: la negativa y la positiva. La tesis negativa sostenida, señala que no hay diferencia en el acto administrativo y el acto de gobierno. La tesis positiva sostenida, encuentra una diferencia entre las dos clases de actos.

La doctrina negativa se apoya en la Constitución nacional e invoca la disposición del art. 18 de la misma, donde se establece que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos. Además se arguye sobre la base del art. 100 de la misma Constitución, donde se indica que corresponden a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la nación el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del art. 67 y por los tratados con naciones extranjeras, debiendo intervenir en todos los asun-

tos en que la nación sea parte. Como es lógico —se agrega— cuando el ejercicio de una actividad política trae aparejada una infracción a la Constitución, hay evidentemente inconstitucionalidad y no se explica por qué ese tipo de inconstitucionalidad va a integrar una especie propia, exenta de revisión judicial, la que se ha organizado precisamente para velar por la supremacía constitucional. No cabe argüir que la intromisión judicial traería aparejada una perturbación en el principio de la separación de funciones y exaltaría a los jueces a una supervigilancia que permitiría hablar de un gobierno judicial. Se ha dicho en este sentido que con esa intervención judicial el equilibrio quedaría roto y los demás Poderes perderían su independencia. A esta observación se replica diciendo que si el órgano judicial es guardián de la Constitución, es lógico que conozca en todos los casos, aun en los políticos. No se puede permitir —se dice— que cuando el Congreso declare el estado de sitio sin verdadera conmoción interior, el Poder Judicial se niegue a juzgarlo so pretexto de cuestión política, cuando también en ese caso los hombres podrían perder su libertad a merced del Presidente de la República, sin que existan causas constitucionales para ello. Los jueces —se dice finalmente— cuando en un caso concreto se plantea la inconstitucionalidad de la conducta política de un órgano del Poder Ejecutivo, deben revisarla para nulificarla si ha sido lesiva a la Constitución, aunque entre en la categoría llamada de cuestiones políticas.

La tesis positiva sostiene que los actos de gobierno no son justificables, ya que se refieren a las relaciones entre dos Poderes y no inciden directa e inmediatamente en la esfera de los particulares, cuyo status no se altera por la emisión de los mismos. Por lo demás —se agrega— son actos relativos a la organización y subsistencia del Estado.

En mi opinión, los distintos Poderes del Estado —el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial— tienen una esfera de atribuciones propias establecidas por la Carta fundamental. En ejercicio de sus atribuciones no pueden ser afectadas por la ingerencia de los otros Poderes del Estado, siempre que se mantengan dentro de los límites fijados por la Constitución. En caso contrario, la intervención del Poder Judicial es pertinente en su carácter de guardián de la Constitución. Si ésta fueda violada por alguno de los poderes políticos en ejercicio de sus atribuciones privativas, el Poder Judicial debe anular esos actos. En un Estado de derecho, el Poder Ejecutivo debe actuar dentro de los límites que le señala la Constitución y si se excede sus actos deben anularse.

Por lo demás, conviene señalar que los principios de diferenciación del acto de gobierno y el acto administrativo sostenidos en oportunidad de la creación de los primeros, y aún en nuestros días, no son aceptables. Como dije, estos criterios eran dos: el de la finalidad del acto y el de su no justiciabilidad. A

este propósito es de advertir que en algunas oportunidades el acto administrativo tampoco es justiciable. Vale decir, entonces, que en estos supuestos se asemejan al acto de gobierno aun cuando no lo sean. Así, si el Poder Ejecutivo de facto o el Poder Ejecutivo de jure, estando en receso el Congreso, decretan honores, por ejemplo la colocación de la bandera nacional a media asta o la fijación de un día no laborable, estos actos no son justificables y, por supuesto, no son actos de gobierno. Quiero señalar que los actos de gobierno resultan de la ejecución de la Constitución por parte del Poder Ejecutivo en mérito a que el legislador no ha reglamentado el ejercicio de las facultades que surgen de aquélla y que corresponden a éste: el Poder Ejecutivo. En mi opinión, entonces, como que los actos de gobierno implican una ejecución de la Constitución, el órgano judicial no puede negarse a conocer en los casos que al respecto se le presenten y debe resolver si estos actos son arbitrarios por no ajustarse a la Constitución. Naturalmente que esta intervención del órgano judicial debe representar una prudente consideración de la razonabilidad del acto sometido a su consideración para determinar si éste se ha dictado de acuerdo con la Constitución. Es evidente que el Poder Ejecutivo, aun actuando dentro de sus atribuciones constitucionales, puede no ajustarse a los límites fijados por el texto constitucional. Si así fuere, el acto es arbitrario y el Tribunal así lo debe declarar. Estudiaré la tesis que sostengo con relación a los siguientes actos considerados por la doctrina como de gobierno:

- a) Relaciones del Poder Ejecutivo y Legislativo.
- b) Medidas de seguridad interna y especialmente estado de sitio.
- c) Intervención federal a las provincias.
- d) Cuestiones internacionales.

a) En lo que se refiere a las relaciones del Poder Ejecutivo con el Parlamento se podrán considerar distintas clases de actos: el llamado a elecciones; los relativos a la convocatoria de las Cámaras que constituyen el Parlamento o sesiones extraordinarias y de prórrogas; los relativos al envío de proyectos de leyes y los referentes a la promulgación y publicación de las mismas.

En cuanto a los actos referentes al llamado a elecciones y el envío de proyectos de leyes a las Cámaras, no pueden afectar los derechos subjetivos ni los intereses legítimos de los particulares. Además el Poder Ejecutivo ha de haber actuado dentro de los límites constitucionales, por lo que estos actos no son justiciables.

Con respecto a la prórroga de las sesiones del Congreso o a la convocatoria de las sesiones extraordinarias, la Constitución nacional ha establecido que el Poder Ejecutivo las podrá hacer cuando un gran interés de orden o de progreso lo requiera. La

apreciación de esta circunstancia de hecho la realiza el Poder Ejecutivo y como con estos actos no se afectan los derechos subjetivos ni los intereses legítimos de los particulares, tampoco serán revisables.

No digo lo mismo en lo concerniente a la promulgación y publicación de las leyes que podrá dar origen a una causa y motivar un pronunciamiento judicial, ya que todo lo relativo a esta cuestión está expresamente reglado en la Constitución nacional. En este sentido encuentro encomiable la solución que adoptó la Corte Suprema con motivo de la promulgación y publicación de la ley 16.881 que modificara la 11.729, llamada comúnmente ley de despidos. Pasada esta ley por el legislador al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación, éste vetó 59 artículos de los 63 que componían la ley y publicó y promulgó únicamente cuatro, de los cuales uno era de pura forma. El procedimiento adoptado por el Poder Ejecutivo violaba en forma notoria la Constitución nacional, por lo que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 16.881 en los autos Colella v/Fevre y Basset. La Corte dijo que el proyecto, sancionado por el Congreso, de la ley 16.881 constituía un todo indivisible, por lo que la promulgación parcial del mismo efectuada por el Poder Ejecutivo ha sido inconstitucionalmente inválida y por lo tanto cabe concluir que se trata de una ley inexistente. Era, evidentemente, un acto concerniente a la relación entre los dos Poderes del Estado, el Legislativo y el Ejecutivo. Pero las consecuencias de este acto, es decir, las que derivaron de la aplicación de la ley, lesionaron los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares. Hubo, entonces, una causa planteada ante el órgano judicial y éste resolvió declarando la inconstitucionalidad de la ley. Resulta obvio que no se pueden juzgar solamente los actos que se dicten en base a un acto de gobierno. El control de la legitimidad del acto emitido presupone prejuzgar la constitucionalidad del acto de gobierno que le sirve de base. De allí, entonces, que se pueda decir que en este supuesto ese acto relativo a la promulgación y publicación de la ley no fue considerado como acto de gobierno, a pesar de referirse a las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo y resultó ser judicialmente revisable.

b) En lo referente al mantenimiento de la seguridad interna, la Constitución nacional establece que estando en receso el Congreso, el Poder Ejecutivo, en caso de conmoción interior, puede declarar el estado de sitio. Además, en caso de ataque exterior, también el Poder Ejecutivo puede declarar el estado de sitio por el término limitado, de acuerdo con el Senado. La Constitución nacional fija asimismo las facultades de que dispone el Presidente de la República cuando se declara el estado de sitio.

Entiendo que si un particular fuera afectado en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por el acto declaratorio del

estado de sitio efectuado por el Poder Ejecutivo en caso de conmoción interior o ataque exterior, podría ocurrir ante el órgano judicial. En caso de conmoción interior, el problema a resolver por el Poder Judicial sería difícil, pero pienso que, planteado el caso, los jueces deben hacer un prudente estudio y resolver teniendo en cuenta las condiciones de hecho existentes. Vale decir que, en mi opinión, el órgano judicial puede llegar a analizar los motivos del acto, o sea los elementos de hecho preexistentes que le han dado origen y si encuentra que se han falseado esos elementos, así debe declararlo. Si en este supuesto el órgano judicial comprobara que no existió ese estado de conmoción interior, evidentemente el estado de sitio está mal declarado y así debe resolverlo.

En esta materia, la Corte Suprema en el caso Sofía entró a juzgar los actos que se dictaron como consecuencia del estado de sitio y dijo que el control de los actos de la naturaleza del que origina las presentes actuaciones es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así aquél procedería si mediara transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la ley fundamental en los siguientes supuestos:

1. — Tratándose de la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la nación, si mediara transgresión franca y ostensible de los límites fijados por la ley fundamental. Así, si el Presidente aplicara una pena, o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para salir del territorio argentino en circunstancias que implicaran una transgresión a los límites fijados en el artículo 23 de la Constitución nacional.

2. — Respecto a la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medidas que no guarden relación alguna con los fines del artículo 23 de la Constitución nacional.

Resulta, entonces, que en el caso Sofía la Corte admitió la posibilidad de controlar la razonabilidad de actos dictados como consecuencia del estado de sitio. Del fallo resulta que para la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio se admite un control judicial de la razonabilidad. Para las facultades específicas de arrestar o trasladar personas, reconocida al Presidente de la República, sólo se admite la facultad de control judicial en los casos que implican transgresión a los límites que fija el art. 23 de la Constitución nacional. Una solución igual adoptó la Corte en el caso Zárate.

La Cámara Federal en lo Criminal y Correccional en el mismo caso Sofía sostuvo que incumbe a los jueces, frente a los motivos que tienen en cuenta los Poderes competentes para declarar el estado de sitio, apreciar razonablemente en cada caso

la naturaleza del derecho o garantía constitucional que se vean afectados y las restricciones impuestas a su ejercicio para decidir si corresponde el *habeas corpus* o el amparo. La diferencia de la jurisprudencia de la Corte y la Cámara Federal consiste en que ésta sostiene que debe examinarse cada caso a la luz de los motivos del Poder Ejecutivo, mientras que la Corte examina simplemente la razonabilidad de la medida.

En el caso de la detención del ex Presidente Frondizi la Corte sostuvo que no podía revisarse el decreto declarativo del estado de sitio porque no existía opción denegada para salir del territorio argentino ni carecían de base en la realidad las razones de orden y tranquilidad públicos en que se fundaba el decreto 2887/62 que dispuso la detención del ex Presidente.

Con motivo del decreto 4200/63, que facultaba al Poder Ejecutivo, durante la vigencia del estado de sitio, para supeditar la autorización para salir del país al compromiso, por escrito, de las personas que formulan la opción, de no residir en países limítrofes con la República hasta su regreso al país. Además de poder limitar hasta el 8 de julio de 1963 la efectividad de la autorización concedida, cuando considerase que ello es necesario para asegurar la normalidad del proceso electoral en curso, se pronunciaron la Cámara nacional federal y la Cámara nacional de La Plata. Ambas declararon que este decreto es inconstitucional, ya que el derecho de opción no puede transformarse en una facultad del Presidente de la República para conceder o negar a su arbitrio la salida del país. La inconstitucionalidad del decreto 4200/63 es manifiesta y así lo declaró la jurisprudencia.

En el mismo sentido la Cámara nacional de apelaciones en lo civil estableció que el ejercicio completo de las facultades inherentes al estado de sitio es judicialmente revisable en los supuestos de exceso claro y manifiesto de las acordadas al Poder Ejecutivo por el art. 23 de la Constitución nacional.

De la jurisprudencia mencionada surge que los actos dictados durante el estado de sitio son judicialmente revisables cuando se trata de un acto arbitrario que viola abiertamente la Constitución nacional y lesiona los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares. Entendemos que el órgano judicial ha de ir más lejos. No debe limitarse solamente a revisar los actos dictados como consecuencia del estado de sitio sino que debe analizar también la razonabilidad del acto declaratorio del estado de sitio. Si el Poder Ejecutivo declara el estado de sitio sin existir una verdadera conmoción interior, el Poder Judicial no puede negarse a juzgar, so pretexto de que se trata de una cuestión política.

c) En cuanto a la intervención federal de las provincias, la Constitución establece que es facultad del gobierno federal para:

1) Repeler las invasiones exteriores y, a requerimiento de las autoridades constituidas, para sostenerlas o restablecerlas si hubieren sido depuestas por la sedición o por invasiones de otras provincias.

2) Para garantizar la forma republicana de gobierno.

De acuerdo con la teoría que vengo sosteniendo, entiendo que si el Poder Ejecutivo de facto o el de iure, estando en receso el Congreso, declarase intervenida una provincia, el órgano judicial deberá analizar las circunstancias fácticas que han dado origen a esa intervención. Por ello entiende que si el Poder Ejecutivo invoca un estado de conmoción interior que realmente no existe, el órgano judicial debe conocer si se presentara la causa judicial y resolverla haciendo una apreciación prudente de los motivos invocados. Las numerosas intervenciones federales que se decretaron invocando como causal la garantía de la forma republicana de gobierno, cuando ésta estaba garantizada por las autoridades locales, me inclinan a sostener que el órgano judicial debe analizar directamente estas circunstancias, a los efectos de que el Poder Ejecutivo, en ejercicio de las atribuciones que le corresponden se mantenga dentro de los límites fijador por la Constitución nacional. Entiendo que la actividad del órgano judicial va a ser difícil pero creo que es necesaria para que sea una realidad el estado de derecho.

En esta materia la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse hace tiempo en un fallo muy conocido, Cullen v/Llerena. Con motivo de un movimiento revolucionario en la provincia de Santa Fe, se había depuesto al gobierno, designando gobernador provisorio de la provincia a Mariano Candiotti. El Dr. Cullen, en representación del gobernador provisorio, inició juicio contra el Dr. Llerena, interventor federal de la provincia. La mayoría de la Corte sostuvo que se trataba de una cuestión política, por lo que no consideró la demanda, expresando que es una regla elemental de Derecho público que cada uno de los tres altos Poderes que forman el gobierno de la nación aplique e interprete la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiriera respectivamente. En disidencia votó el Dr. Luis V. Varela, quien argüía, en base al art. 100 de la Constitución nacional, diciendo que al establecer ésta que los tribunales federales debían conocer en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y leyes nacionales y en las que la nación sea parte, no puede hacerse exclusión de algunas causas para sentar sobre ellas la incompetencia de los tribunales federales. Agregaba Varela que las funciones privativas de los departamentos políticos del Estado no son susceptibles de un juicio ante los Tribunales cuando en el ejercicio de tales funciones no se ha puesto a la ley o al acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma. Pero cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo está en conflicto con las declaraciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá un caso

judicial que podrá ser llevado ante los Tribunales por la parte agraviada. En consecuencia, y de acuerdo con la teoría de Varela, solamente existe una cuestión política no susceptible del ejercicio de las competencias propias de los demás departamentos del Poder; ello ocurriría cuando no se actúa contra la Constitución. Cuando existen conflictos de constitucionalidad el caso es siempre justificable. Si bien más tarde el Dr. Varela rectificó la posición tomada en el juicio a que he aludido, no es menos cierto que en mi opinión sus conceptos siguen siendo valederos.

En conclusión se puede decir que la intervención nacional a las provincias no constituye acto de gobierno en el sentido en que lo entendió el Consejo de Estado francés y en el que se aplica todavía actualmente, ya que si se lesionan los derechos subjetivos o intereses legítimos y se plantea la causa, el órgano judicial podrá analizar la razonabilidad de la medida adoptada y resolver si es arbitraria por haber violado la Constitución nacional. El Dr. Boffi Boggero, en su carácter de ministro de la Corte, sostuvo al respecto que las facultades privativas de los Poderes políticos no escapan al control de los jueces. De ahí que cuando las transgresiones que ellos cometen afectan una materia sometida a la competencia jurisdiccional de la Corte, se impone la substanciación de las causas respectivas para decidir en consecuencia, sin que esos Poderes del Estado puedan alegar que se trata de facultades privativas.

d) En cuanto a las cuestiones internacionales, pueden presentarse distintos supuestos que vamos a analizar:

- 1) Relaciones internacionales en tiempo de paz.
- 2) Declaración de guerra y hechos de guerra.
- 3) Tratados con las naciones extranjeras.
- 4) Relaciones con los organismos internacionales.

1) Las relaciones internacionales en tiempo de paz darían lugar a los siguientes actos:

Instrucciones enviadas a los agentes diplomáticos.

Fijación de las condiciones para el funcionamiento del servicio diplomático en el extranjero.

Medidas tomadas para la protección de los nacionales en el extranjero por medio de los agentes consulares, etcétera.

Evidentemente, todos estos actos no pueden afectar los derechos subjetivos de los particulares, por lo que no habría ninguna causa que pudiera ser llevada a conocimiento del órgano judicial. Por ello entiendo que estos actos no son justiciables.

2) En cuanto a la declaración de guerra, de acuerdo a la Constitución nacional la realiza el Poder Ejecutivo, previa aprobación y autorización del Congreso nacional. Este caso comporta

una relación entre Poderes. El argentino y aquél a quien se le declara la guerra. La declaración de guerra por parte del Poder Ejecutivo es un acto regido por el Derecho internacional, por lo que los Tribunales internos son incompetentes para conocer, ya que solamente pueden aplicar el Derecho interno. Pero conjuntamente con la declaración de guerra habrá que considerar los hechos de guerra, que son el conjunto de actos internacionales en tiempo de guerra. Se entiende por hechos de guerra los relativos a la conducción de las operaciones militares y a los demás que puedan ocasionarse con ese motivo. A este respecto habrá que considerar el lugar donde se producen los hechos de guerra. Los ocurridos en el extranjero provocarían una cuestión de Derecho internacional y como no son problemas que afecten al ordenamiento jurídico interno escapan a la competencia del juez.

Lo mismo puede decirse de las operaciones efectuadas en alta mar. En cuanto a los hechos de guerra sucedidos en territorio nacional, solamente si el legislador estableciera la responsabilidad del Estado y ordenara la reparación de los daños ocasionados en el país por tal motivo, el particular afectado podría reclamarla.

Entre nosotros, la Corte ha resuelto que no es del resorte del Poder Judicial juzgar sobre las necesidades de guerra, sobre los medios escogidos y la oportunidad en que pudieron o debieron ser utilizados.

3) En cuanto a los tratados, la Constitución nacional establece que el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y de comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén de conformidad con los principios de Derecho público establecidos en esta Constitución. La Constitución nacional agrega que el Poder Ejecutivo puede concluir y firmar tratados de paz, de navegación, de alianza, de límites, de neutralidad, concordados y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras. Lógicamente, el tratado resulta de la negociación entre dos países y en consecuencia es, desde el punto de vista del Derecho internacional, un acto bilateral. Ahora bien, el tratado entra en el ordenamiento jurídico interno por medio de un procedimiento que se llama de conversión. A este respecto la Constitución dice que el Poder Legislativo aprueba o desecha los tratados concluidos por el Poder Ejecutivo con las demás naciones. Al aprobar el Poder Ejecutivo un tratado, éste entra en el ordenamiento jurídico interno bajo la forma de una ley. El tratado, una vez incorporado al ordenamiento jurídico interno tendrá una fuerza jurídica superior a la de las leyes anteriores y podrá ser aplicado. Sólo podrá cuestionarse judicialmente si el tratado no ha sido ratificado y publicado y si ha sido denunciado. En estos supuestos el tratado configuraría un acto jurídicamente inexistente y su aplicación podría dar lugar a la inter-

vención de un órgano judicial, con las consecuencias que resultan en esos supuestos.

4) Por lo que hace a las relaciones con los organismos internacionales, pueden ser consideradas como actos de gobierno. La negativa del Poder Ejecutivo a elevar un asunto a la Corte Internacional de Justicia no puede ser objeto de consideración por el órgano judicial.

No creo que sean actos de gobierno los relativos a nombramientos de funcionarios con acuerdo del Senado ni tampoco las cuestiones electorales. Respecto al nombramiento de funcionarios es siempre un acto administrativo y no puede llamarse acto de gobierno por el solo hecho de requerir el acuerdo del Senado. Por lo demás, no veo por qué haya de establecerse diferencia entre el nombramiento de los miembros de la Corte y de los demás Tribunales inferiores, que debe también hacerse con acuerdo del Senado. Tampoco entiendo que deban considerarse actos de gobierno las llamadas cuestiones electorales. Son cuestiones de Derecho político y no políticas. Sin embargo en nuestro país la Corte las consideró en distintas oportunidades como materia ajena a su decisión. Más tarde, por decreto 7163/62 se creó la justicia nacional electoral con jurisdicción en todo el país. En tal virtud, la justiciabilidad de las cuestiones electorales ha cobrado plena vigencia. Una copiosa jurisprudencia de la Cámara nacional electoral ha enriquecido el tema. En el momento actual, desaparecidos los partidos políticos, no existen cuestiones electorales en cuanto a la formación de los padrones, reconocimiento de los partidos, etc., y así lo entendió el Poder Ejecutivo nacional al disponer por medio de la ley 17.014 la supresión de la Cámara nacional electoral.

Un problema distinto se plantea con motivo de la disolución de los partidos políticos y cuestiones patrimoniales conexas. Los actos que dictare el Poder Ejecutivo al respecto afectan los derechos subjetivos de los particulares, por lo que entiendo son justiciables.

En otro orden de consideraciones me referiré a actos del Poder Legislativo y específicamente a la expropiación. En este supuesto la declaración de utilidad pública la efectúa el Congreso, de acuerdo con lo que establece la Constitución nacional. El concepto de utilidad pública habrá de ser fijado por el Congreso y el Poder Judicial no puede intervenir para apreciar si, efectivamente, el Congreso hace un uso razonable de la facultad constitucional. Vale decir, pues, que, establecida la utilidad pública por la ley, el Poder Judicial no puede entrar a analizar si realmente existe o no esa utilidad pública. Sin embargo, en el famoso caso Elortondo el órgano judicial entendió que le compete conocer sobre la causal de utilidad pública invocada por el Congreso nacional. Con posterioridad, la jurisprudencia, de manera uniforme, volvió a la primitiva doctrina de que la utilidad pública no es justiciable. Pero en el año 1960 la Cámara Federal de la Capital, en el caso gobierno nacional v/Ferra-

rio analizó la causal invocada por el Congreso y dijo que no era admisible la expropiación cuando el bien no se destina a utilidad pública, entregándose a un particular sin fundamento alguno y por la sola recomendación del Presidente de la República. Si bien en principio el Poder Judicial no está facultado para examinar la causa de utilidad pública invocada para expropiar un bien, tal regla no es absoluta, de modo que no puede aplicarse cuando ni siquiera se explica cuál es la finalidad perseguida por la expropiación. Recientemente, en Noviembre de 1967, el Superior Tribunal de Santiago del Estero analizó también la constitucionalidad de la causal de utilidad pública diciendo que el órgano judicial puede revisarla en aquellos supuestos de extremo y manifiesta gravedad o arbitrariedad, al punto de importar una desnaturalización de todo nuestro sistema legal de garantía.

Si bien la calificación de utilidad pública es privativa del legislador, esta facultad no es ilimitada ni absoluta y menos arbitraria, siendo por lo tanto revisable. Entendieron algunos miembros de aquel Tribunal que habrá una grave lesión a los derechos individuales cuando se destinen los bienes expropiados, no a un fin de utilidad pública sino a favorecer a terceros particulares. En concreto: no se puede expropiar con el fin de entregar un bien a un particular sino que debe hacerse en beneficio de toda la colectividad. De allí, entonces, que la calificación de utilidad pública que hace el legislador no puede considerarse acto de gobierno, ya que si fuera arbitraria y afectara los derechos subjetivos de los particulares correspondería la revisión judicial.

Como conclusión diré que en el Estado de Derecho en que debe desenvolverse nuestro país, las actividades de los Poderes políticos, el Ejecutivo y el Legislativo, como es elemental, deben desarrollarse dentro del ordenamiento jurídico vigente. En particular y dentro del tema de mi presentación, los llamados actos de gobierno del Poder Ejecutivo deben dictarse dentro de los límites fijados por la Carta fundamental. El Poder Judicial debe intervenir en los supuestos en que estos actos se hubieren dictado sin observar las circunstancias fácticas que señala la Constitución nacional; así debe intervenir el Poder Judicial si se hubiere dictado un acto declarativo del estado de sitio sin que existiera realmente un verdadero estado de conmoción interna o también si se decretara la intervención federal a una provincia a los efectos de garantizar la forma republicana de gobierno, en el supuesto de que ésta estuviera bien garantizada por el gobierno local. En estos casos, si el Poder Judicial se negara a conocer, invocando el manido argumento que se trata de una cuestión política, se afectaría la protección a que tiene derecho el administrado y habría que pensar que se regresa a la situación que diera lugar a la creación del acto de gobierno: la defensa del Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

---