

Fernando D. Álvarez Álvarez

*El destino de la democracia moderna depende en una gran medida
de una organización sistemática de todas las instituciones de control.
La democracia sin control no puede durar.*
HANS KELSEN¹.

La cuestión de las funciones jurisdiccionales de la Administración Pública. Los tribunales Administrativos

SUMARIO: I. PLANTEO DE LA CUESTIÓN. II. EL MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL. III. LA ADMISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y POR PARTE DE LA DOCTRINA DE LOS AUTORES. IV. LAS CRÍTICAS A LA VALIDACIÓN DE LA «JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA» EN LA ARGENTINA. V. COLOFÓN.

I. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

La cuestión del ejercicio de funciones jurisdiccionales o, más específicamente, «judiciales» por parte de la Administración Pública es un asunto que ha suscitado desde antiguo ásperas controversias en la doc-

¹ Hans KELSEN, *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Económica, París, 1988, p. 73, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y control de la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 5.ª ed., 2000, p. 62.

trina iuspublicista argentina. Nos inclinamos a pensar que buena parte del origen de tales controversias se encuentra en una característica peculiar de nuestro Derecho Público que consiste en haber hecho cohabitar, en el seno de nuestro sistema jurídico-político, por un lado, a principios e instituciones del Derecho Constitucional norteamericano con, por otro lado, un Derecho Administrativo fuertemente inspirado en la tradición del Derecho continental europeo (especialmente el francés y el español). El corolario de constituir al Derecho Público de fuentes tan dispares –y no pocas veces contradictorias– ha generado fuertes tensiones y conflictos que han llevado a parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales a pergeñar esforzadas construcciones conceptuales que muchas veces no hacen sino –a pesar de su ingenio y hasta brillantez– alejarnos de la coherencia del sistema jurídico, que debe tener como norte las prescripciones constitucionales.

Precisamente uno de los productos más caracterizados de tales superposiciones de tratamientos normativos y doctrinarios contradictorios es la célebre disquisición acerca de si en nuestro sistema institucional es jurídicamente posible que la Administración Pública ejerza «función jurisdiccional» o si la misma, en cambio, está reservada por mandato constitucional al Poder Judicial. En otros términos, si existen legítimamente «tribunales administrativos» que ejerzan una «jurisdicción administrativa» o, por el contrario, todo ello no implica más que una *contradictio in terminis*, jurídicamente imposible y que es fruto de lo que algún autor ha denominado como «tortura de normas» con el fin de conseguir que las mismas digan algo que nosotros queremos que digan, a fin de construir una teoría propia que consideremos útil y eficaz, pero que realmente choca con lo que debe ser la interpretación no forzada de los preceptos jurídicos².

En las siguientes páginas examinaremos, en apretada síntesis, el marco constitucional de la cuestión, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema que convalidó el ejercicio de la jurisdicción administrativa y el apoyo que recibió de buena parte de los autores de Derecho Público. Por último, procuraremos revisar críticamente dicha doctrina de validación a la luz de distintos argumentos constitucionales.

II. EL MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL

En la dilucidación de si es posible jurídicamente una *jurisdicción administrativa* es menester considerar varias cláusulas de la Constitu-

² Juan Octavio GAUNA, «La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La teoría de la separación del poder», en *La Ley*, 1979-C, p. 926.

ción argentina. Entre ellas destacan fundamentalmente el art. 17, cuando establece que nadie puede ser privado de su propiedad³ sino en virtud de sentencia (indudablemente *judicial*) fundada en ley; el art. 18, que consagra el derecho de defensa y el debido proceso; el art. 31, que establece la supremacía de la Constitución; el art. 116, relativo a la justiciabilidad del Estado. También son aplicables los arts. 8, inc. 1.º, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantizan el acceso directo a una tutela judicial efectiva, normas estas últimas que tienen jerarquía constitucional conforme lo establecido en el art. 75, inc. 22, de la Constitución argentina a partir de su reforma en 1994; y tres cláusulas que establecen sendas prohibiciones al Poder Ejecutivo de ejercer facultades jurisdiccionales: las establecidas en los arts. 23, 29 y 109 (art. 95, en la numeración anterior a la reforma constitucional de 1994)⁴.

Respecto a dichas prohibiciones constitucionales es oportuno recordar, con el maestro FIORINI, que «toda nuestra tradición jurídica es la negación de las razones determinantes que influyeron en Francia para la creación de la presunta jurisdicción en la administración. El art. 95 [actual art. 109 CN] que prohíbe que “en ningún caso” el Poder Ejecutivo, es decir, el jefe que tiene a su cargo la administración general del país, realice actividades judiciales⁵, implica también que no podrá cumplir funciones jurisdiccionales». Este art. 95 (109) proyectado por ALBERDI –cuya posición contra la dictadura es la que le hace preparar las bases de nuestra ley fundamental– se relaciona con el enfático y típicamente argentino art. 29, de total repudio a la suma del poder público. El art. 95 (109) es una especie del género prohibitivo que establece este art. 29. «Tanto es ese temor –razón dominante– que en el art. 23 se reitera nuevamente en forma expresa la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda realizar funciones judiciales»⁶.

³ Recordemos que el concepto de propiedad (art. 17, Const. Nacional) siempre ha tenido en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal un alcance muy amplio, abarcador de todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad. En este orden de ideas, la reserva contenida en el art. 17, de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia, bien puede ser aplicable a la generalidad de los derechos humanos, puesto que en caso contrario estaríamos ante un supuesto de privación o denegación de justicia (cfr. Jorge R. VANOSI, «Los llamados tribunales administrativos ante el derecho constitucional argentino», *El Derecho*, t. 103, p. 842).

⁴ Lino E. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 368.

⁵ El art. 109 de la Constitución argentina establece que: «En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas». En el art. 23 –relativo al estado de sitio– se insiste en que «no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas».

⁶ Bartolomé FIORINI, «Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública», *La Ley*, t. 101, p. 1039.

De entre las mencionadas, la norma que más categóricamente resuelve la cuestión es la del art. 109, que no tiene precedente semejante en la Constitución norteamericana, sino que reconoce su fuente en el art. 93 del proyecto de Constitución de ALBERDI, que, a su vez, lo recoge del art. 108 de la Constitución chilena de 1833, en el que se prohibía a los Poderes Ejecutivo y Legislativo el ejercicio de funciones judiciales, limitándose el alcance de dicha prohibición a las causas civiles y criminales. Nuestros constituyentes también tuvieron en cuenta los Reglamentos de 1810 y 1811 dictados por la primera Junta de Gobierno (considerado el primer gobierno patrio argentino, si bien gobernaba en nombre de Fernando VII de España), los cuales negaban a la Junta el ejercicio de funciones judiciales, pero que en virtud de normas complementarias excluyeron de la prohibición a las causas contencioso-administrativas y fiscales. Distintamente, el constituyente argentino al establecer la prohibición del art. 109 no efectuó excepción alguna, ratificando así la potestad del órgano judicial para conocer en todo tipo de causas. En consecuencia, para los hacedores de la Constitución argentina, todo litigio o controversia puede dar lugar a un juicio, a una *causa* en el lenguaje de nuestra Constitución histórica, que solamente puede ser resuelta por el *juez natural* (art. 18 CN), que no puede ser otro que un integrante del Poder Judicial (arg. arts. 116 y 109). En suma, la Administración reglamenta, dispone y ordena, pero jamás juzga⁷.

III. LA ADMISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y POR PARTE DE LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

A pesar de la expresa prohibición constitucional respecto a la existencia de una jurisdicción administrativa —de la que se sigue la consagración en la Argentina de la «unidad de jurisdicción», que implica que la función judicial se encuentra exclusivamente a cargo del Poder Judicial—, el legislador argentino ha ignorado tal directriz constitucional creando numerosos tribunales administrativos por ley. Entre otros, el Tribunal Fiscal de la Nación, el Tribunal Municipal de Faltas, la Dirección Nacional de Migraciones y el Banco Central de la República Argentina se encuentran en esa situación. Incluso, ratificando esta tendencia, se les han conferido atribuciones jurisdiccionales a varios entes reguladores de servicios públicos creados en los últimos años, tal el caso de los de la

⁷ Juan O. GAUNA, *op. cit.*, p. 926.

electricidad y el gas, creados, respectivamente, por las leyes 24065 y 24076.

Por su parte, la propia Corte Suprema ha convalidado esta práctica *contra constitutionem* al sostener que los tribunales administrativos «estaban destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la administración». Con todo, el máximo tribunal nacional no ha habilitado el ejercicio incondicionado de funciones jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública, sino que lo ha sometido a un control judicial posterior. El *leading case* en la materia ha sido el ya célebre fallo recaído en los autos «Fernández Arias c/ Poggio»⁸ (1960), donde el máximo tribunal federal argentino estableció básicamente la doctrina de que las decisiones de los «tribunales administrativos» deben estar sometidas a un *control judicial suficiente*, lo cual significa: a) reconocer a los litigantes el derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios, en la inteligencia de que existe un derecho de acceder a una instancia judicial plena; b) negar a los tribunales administrativos la potestad de dictar resoluciones *finales* (no generan efecto de cosa juzgada material) en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial⁹; y c) el recurso extraordinario ante la Corte Suprema es un supuesto de control *insuficiente*, habida cuenta su carácter excepcional y restringido.

Esta doctrina de la Corte Suprema¹⁰, so pretexto de utilizar una interpretación dinámica de la Constitución con el fin de compatibilizar a ésta con las exigencias del intervencionismo propio del Estado de Bienestar, implicó en verdad una interpretación constitucional mutativa

⁸ Fallos, 247: 646.

⁹ Fallos, 205:17; 245:351.

¹⁰ Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación desempeña, en el ordenamiento político-jurídico argentino, varios e importantes roles institucionales conforme el propio articulado constitucional (cfr. arts. 75, inc. 20; 108, 110 a 113, 116 y 117 Const. Nacional) y a las atribuciones que ella misma se reconoce a través de su jurisprudencia. En primer término, debemos recordar que se trata de la cabeza de un poder del Estado argentino, de manera que a través de sus fallos la Corte no se limita a decidir en un sentido meramente judicial, sino que establece políticas que dimanen de su interpretación judicial ejercida en el marco del control de constitucionalidad. En este sentido, la Corte Suprema *gobierna* y hasta se ha hecho referencia a ella como a un «poder constituyente en sesión permanente» (véase Alberto BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, 2.^a ed., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., t. I, pp. 236 y ss.). Por último, señalemos que si bien en la Argentina el control de constitucionalidad es *difuso*, y que no hay una regla constitucional expresa que señale que los precedentes de la Corte son obligatorios para los jueces inferiores en otros juicios análogos, existe una tendencia jurisprudencial del máximo tribunal a imponer un sistema comparable al *stare decisis* anglosajón (véase, Alberto BIANCHI, *op. cit.*, pp. 353-369).

mixta¹¹, por la cual la Corte reemplazó la prohibición contenida en el texto del art. 109 de la Constitución por una norma que convalida la actuación de los tribunales administrativos¹², bajo la doble condición –tal como lo señala SAGÜES¹³– de que el justiciable tenga derecho a interponer un recurso ante un tribunal judicial (control judicial suficiente)¹⁴ y que en el proceso administrativo se respete el principio de defensa en juicio¹⁵.

La aplicación de la regla o *standard* del *control judicial suficiente*, como lo ha dicho reiteradamente la Corte, no depende de reglas generales u omnicomprensivas¹⁶, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica¹⁷, lo que obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan a la concreta materia litigiosa. Esta característica nos conduce irremediablemente al casuismo¹⁸ en el estudio de la cuestión. En consecuencia, lo decisivo será establecer en cada tipo de situación la «suficiencia o insuficiencia» del control judicial posterior.

En apoyo de la jurisprudencia de la Corte Suprema ha concurrido la opinión de un sector importante y calificado de la doctrina de los autores, quienes también han justificado el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración, echando mano para ello a diversos géneros de argumentos. Entre ellos destaca, por ejemplo, el planteado originalmente por BIELSA¹⁹, consistente en sostener que lo que la Constitución prohíbe al Poder Ejecutivo es el ejercicio de *funciones judiciales*, pero no las *jurisdiccionales*, de manera que lo jurisdiccional sería el género y lo judicial la especie. Según otros autores, una interpretación del art. 109 efectuada a la luz de la sistemática y de la dinámica constitucionales señala que la prohibición de ejercer funciones

¹¹ Néstor P. SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. 1, Astrea, Bs. As., 1997, pp. 515 y ss.

¹² El carácter final de las decisiones de la Corte Suprema genera que sus interpretaciones de la Constitución Nacional sean *formalmente* constitucionales, aunque *materialmente* puedan ser violatorias de ella, ya que no hay tribunal ante quien impugnarlas (con la sola excepción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ello es procedente). En definitiva, se trata de la *norma de habilitación* kelseniana, implícita en todas las constituciones.

¹³ Néstor P. SAGÜES, *op. cit.*, p. 516.

¹⁴ CSJN, *in re* «Molinos Río de la Plata», *Fallos*, 247:676; «Banco de Río Negro y Neuquén», *Fallos*, 303:1776; «Moyano», *Fallos*, 296:65.

¹⁵ CSJN, *in re* «Fiocchi», *Fallos*, 297:456.

¹⁶ CSJN, en «Madala», *Fallos*, 305:129.

¹⁷ CSJN, en «S.A. Córdoba Goma», *Fallos*, 295:814.

¹⁸ Este casuismo es advertido pacíficamente por la doctrina. Por todos, Jorge R. VANOSI, *op. cit.*, p. 843; Agustín GORDILLO, *op. cit.*, cap. IX, pp. 16-17.

¹⁹ Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, 6.^a ed., t. V, p. 201.

judiciales pesa sobre el Presidente de la República, es decir, el Poder Ejecutivo, que en la Argentina es unipersonal, pero que no afecta a la Administración Pública²⁰, de la cual aquél es responsable político. La conclusión sería que el Presidente no puede ejercer funciones judiciales, pero que sí podría hacerlo la Administración Pública²¹.

Otros autores sostienen que el reconocimiento excepcional de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es admisible en la medida en que ello fuese necesario por razones de *especialidad* de la causa, y siempre y cuando un tribunal administrativo pueda garantizar la *idoneidad* del órgano mejor que uno integrante del Poder Judicial, en la medida que se respeten los lineamientos de nuestro sistema político-institucional, que en este caso quedarían salvaguardados con el control judicial posterior y por la creación de dichos tribunales mediante una ley formal. Muchas veces se apela como clave interpretativa general a la necesidad de concebir de modo flexible al principio de división de poderes, de manera de compatibilizarlo con las necesidades del gobierno moderno. Se sostiene, asimismo, que si se atribuyen a órganos administrativos funciones jurisdiccionales de modo exclusivo, sus integrantes deben gozar de ciertas garantías para garantizar la independencia de su juicio frente a la Administración activa (vgr., la inamovilidad en sus cargos).

IV. LAS CRÍTICAS A LA VALIDACIÓN DE LA «JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA» EN LA ARGENTINA

Presentaremos a continuación algunas razones, fundadas en nuestro sistema constitucional, orientadas a refutar los argumentos precedentes.

1. El significado de «jurisdicción» en el sistema constitucional argentino²². En primer término, y a fin de evitar equívocos, conviene

²⁰ Enrique AFTALIÓN, «Las faltas policiales, la garantía de legalidad y el formalismo», *L.L.*, t. 88, p. 254.

²¹ Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 5.^a ed. actualizada, 1996, p. 89.

²² Es importante destacar que el Derecho argentino prevé un sistema de jurisdicción única y no uno de doble jurisdicción. En estos últimos sí es posible afirmar que la jurisdicción deviene el género que admite dos especies: la judicial y la administrativa. Así, en estos sistemas (tales como, por ejemplo, los de Italia y Francia) existen en sentido propio «tribunales administrativos», entendidos como órganos que integran una Administración jurisdiccional, separada de la Administración activa, y que tienen por misión primordial la de resolver controversias declarando el derecho aplicable, cuyos miembros gozan de independencia frente a los de aquélla y cuyas decisiones revisten fuerza de verdad legal (véase, Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, vol. 1, Depalma, Bs. As., 1984, p. 4).

señalar que en nuestro régimen constitucional la función jurisdiccional está definida siguiendo una concepción mixta²³: objetiva y subjetiva.

Así, desde un punto de vista objetivo o material, la función jurisdiccional puede ser definida como la decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes. Pero la Constitución argentina exige, además, el concurso del elemento orgánico o subjetivo. Es decir, quiere que dicha función sea ejercida sólo y exclusivamente por los jueces. Ésa y no otra es la hermenéutica que cabe darle a la construcción normativa integrada por los arts. 18, 23, 29, 109 y 116 CN. En otros términos, los constituyentes no querían solamente interdicar la posibilidad de que la Administración adoptara decisiones finales o irrevisables (como interpreta erróneamente la Corte Suprema en el *leading case* «Fernández Arias»), sino que «lo que no quisieron fue que ningún miembro de la Administración ejerciera las facultades conferidas a los jueces: que un tercero imparcial no perteneciente al Poder Judicial dictara resoluciones sobre hechos y derechos entre partes —públicas y/o privadas— con fuerza de verdad legal»²⁴.

Así entendida, conforme el mencionado criterio mixto, **la función jurisdiccional²⁵ está dada por la resolución (decisión), adoptada por un órgano imparcial** (ajeno a la contienda) **e independiente** (no sujeto a órdenes ni instrucciones de nadie), **de conflictos entre partes** (controversias) **con fuerza de verdad legal** (la decisión es *definitiva*, en el sentido de que posee efecto de cosa juzgada material). En esta inteligencia, la actividad llevada a cabo por los denominados, impropia-mente, «tribunales administrativos» es *semejante*, desde un punto de vista *material*, a la actividad jurisdiccional, sin serlo (y sin poder serlo, conforme a nuestra Constitución) realmente. Didácticamente, MAIRAL ha nominado a esta actividad de la Administración como «cuasi-jurisdiccional»²⁶. Estrictamente, cabe hablar aquí de una modalidad de la «actividad administrativa».

2. En el Derecho Público argentino no existe entre lo jurisdiccional y lo judicial una relación de género a especie, sino que se trata

²³ Sobre la necesidad de adoptar un criterio mixto que combine el objetivo con el subjetivo, véase Julio Rodolfo COMADIRA, «Función administrativa y principios generales de procedimiento administrativo», en *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, pp. 115 y ss.

²⁴ Óscar AGUILAR VALDEZ, «Reflexiones sobre las “funciones jurisdiccionales” de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración», *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, n.º 1, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 189.

²⁵ Así la define, entre otros, Agustín GORDILLO, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Parte General, 8.ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2003, cap. IX.

²⁶ Héctor A., MAIRAL, *op. cit.*, p. 10.

del mismo y único concepto. La actividad de los jueces y la actividad de la Administración están nítidamente diferenciadas por el art. 109 CN: «con el alcance de que *la administración no puede ejercer la de los jueces*: no hay entonces un nexo común entre ambas actividades; la actividad propia de los jueces es exclusivamente de ellos y en ningún caso puede ser ejercida por la administración»²⁷. Por tanto, en nuestro sistema jurídico hablar de «jurisdicción administrativa» implica una verdadera *contradictio in terminis*, dado que si hay jurisdicción no hay administración, y viceversa. Por lo tanto, la distinción entre jurisdicción administrativa y jurisdicción judicial implica, pues, una contradicción lógica insuperable, aunque en el lenguaje jurídico vernáculo se hayan adoptado (por influencia de los sistemas de doble jurisdicción, como el francés) expresiones tales como «facultades jurisdiccionales de la administración», que solamente sirven para generar dudas innecesarias en torno de la naturaleza de la revisión judicial, frente a las cuales habremos de realizar –al decir de GORDILLO– la reserva mental de que las mentadas no se confunden ni sustituyen a la función propia de los jueces²⁸.

3. **No hay fundamento plausible que permita sostener que el art. 109 se refiere al Poder Ejecutivo (Presidente) y no a la Administración Pública.** En efecto, la triple prohibición contenida en la Constitución a que el Poder Ejecutivo ejerza funciones judiciales (arts. 109, 23 y 29) no rige solamente para él (recordemos que en la Argentina es unipersonal), puesto que efectuar esa interpretación meramente literal de las normas las vacían de todo contenido funcional. «La labor judicial o jurisdiccional está prohibida al jerarca superior y por ende a los órganos inferiores, es decir, a toda la administración pública sin excepción»²⁹.

4. **Interpretación *dinámica* de la Constitución no es lo mismo que interpretación *mutativa*.** La interpretación *dinámica* de la Constitución suele contraponerse a la *estática*. Esta última es aquella que, al extremar la interpretación histórica, actúa –por decirlo figuradamente– «mirando hacia atrás», entendiendo a las lagunas o silencios constitucionales como prohibiciones y reacia a validar al Derecho Constitucional consuetudinario. En cambio, la interpretación *dinámica* propone una adaptación de la Constitución a las realidades de cada momento histórico. Se pretende así que la Constitución no se *fossilice*, sino que sea una *Constitución viviente* (la *living constitution* de los norteamericanos). No obstante las diferencias entre estos dos tipos de interpretación, ambos poseen un elemento común: se refieren a la voluntad del autor de

²⁷ Agustín GORDILLO, *op. cit.*, cap. IX, p. 29.

²⁸ Agustín GORDILLO, *op. cit.*, cap. IX, p. 30.

²⁹ Bartolomé FIORINI, *op. cit.*, p. 39.

la norma. La *estática*, interrogándose acerca de cuál fue la finalidad o intencionalidad del autor al tiempo de legislar. La *dinámica*, conjeturando qué diría el autor ante las nuevas circunstancias imperantes (evolución histórica), lo que le permite ir más allá de la letra. En cambio, la denominada como interpretación *mutativa* también pretende adaptar la Constitución a las circunstancias del ahora, pero prescindiendo de considerar cualquier proyección de la intencionalidad del autor. Así, el intérprete puede ir más allá de la letra (que es una suerte de cáscara o envase) y del autor, para adaptar el mensaje normativo (contenido) en función de exigencias técnicas o ideológicas que se encuentran en sus manos. En términos sencillos, prescinde de toda vinculación con la intencionalidad del autor y la reemplaza por la propia. Esta *mutación constitucional* concretada por vía interpretativa puede ser *praeter constitutionem* (vgr., cuando se completan lagunas constitucionales) o *contra constitutionem*, cuando se oponen a la letra o espíritu de la ley fundamental. A su vez, estas últimas pueden ser *mutaciones por adición* (se agrega algo en contra de la voluntad del autor histórico), *por sustracción* (cuando se quita a la Constitución una de sus reglas) o puede tratarse de una *mutación mixta por sustracción-adición* (cuando se sustrae algo a la Constitución y en su lugar se agrega otra cosa). Esta mutación mixta es la que ha tenido lugar con la jurisdicción administrativa por obra de la Corte Suprema en su rol de intérprete constitucional: eliminó la prohibición del art. 109 y la reemplazó por la regla del control judicial suficiente. Tendemos a pensar que, en general, la interpretación mutativa *contra constitutionem* es inadmisibles como técnica hermenéutica³⁰.

5. **La vigencia del principio de división de poderes en *sentido fuerte* en lo que se refiere a esta cuestión.** Puede compartirse la tendencia casi universal a interpretar la división de poderes con mayor flexibilidad de manera de mejor atender a los requerimientos del Gobierno y la Administración modernos³¹ (arg. de la Corte Suprema en «Fernández Arias»). Sin embargo, creemos que tal interpretación debe ceder antes prohibiciones expresas del texto constitucional vigente desde 1853, y que no han sido suprimidas ni sufrido atenuaciones en la reforma constitucional de 1994.

6. **La debilidad del argumento de la *especialidad*.** Este argumento, que apunta a razones de eficacia, es difícil que resista un *test* serio de necesidad. En efecto, nos parece difícil aceptar que el Poder Judicial no pueda contar con tribunales integrados por personas con experiencia en

³⁰ Con esta orientación, Jorge VANOSI, *op. cit.*, p. 845.

³¹ Ello ha llevado en la Argentina, por ejemplo, a consagrar en la Constitución formal (1994) facultades legislativas de la Administración, tales como los reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3) y la delegación legislativa (art. 76).

temas técnico-administrativos, que dispongan del apoyo de personal de investigación y un cuerpo de peritos idóneos que les permitan abordar todas las cuestiones que sean necesarias para dirimir los conflictos que se les planteen y que, en consecuencia, la única salida sea la conformación de tribunales administrativos³².

7. **Para que el control judicial sea *suficiente* debe ejercerse por vía de *acción* y no de *recurso*.** Esto es un necesario corolario de todo lo anterior, puesto que la Administración no ejerce función jurisdiccional en sentido propio. En consecuencia, el control judicial no debe sufrir las restricciones que usualmente existen cuando un tribunal de alzada *revisa* la decisión de un tribunal judicial inferior. Así, por ejemplo, los *hechos* y su calificación jurídica por la Administración deben revisarse judicialmente³³. Lamentablemente, la legislación suele consagrar la revisión judicial mediante *recursos directos* que tramitan, en general, ante tribunales judiciales de segunda instancia.

V. COLOFÓN

La decidida crítica que hemos desarrollado en el capítulo IV no nos hace perder de vista que, no obstante las serias objeciones que puedan plantearseles, los tribunales administrativos están entre nosotros. Es altamente improbable que la Corte Suprema dé marcha atrás con una jurisprudencia que ha mantenido por varias décadas. Creemos, pues, que la labor del jurista debe ser procurar que la aplicación de aquélla cause el menor daño posible a los derechos de las personas y a las instituciones republicanas. En ese sentido, es menester que al acrecentamiento de las atribuciones del Poder Ejecutivo y de la Administración le corresponda un paralelo robustecimiento de los controles, que en este caso no pueden ser sino judiciales. Dos grupos de medidas resultan aconsejables a los fines mencionados. Por un lado, no seguir creando tribunales administrativos que excepcionen la jurisdicción judicial. Por otro lado, asegurando en todos los casos la efectiva vigencia del derecho fundamental de acceder a una instancia judicial amplia. En definitiva, no se trata de otra cosa que del aseguramiento del goce de la tutela judicial efectiva, que permita el equilibrio entre los dos principios primarios de todo sistema político: la eficacia y el control.

³² En esta línea, Lewis MAYER, *The American Legal System*, New York, 1955, citado por la Corte Suprema en *Fallos*, 247:646, p. 670.

³³ Téngase en cuenta que los hechos son un elemento esencial del acto administrativo según el art. 7.º de la Ley 19549, de procedimientos administrativos, que no distingue sobre el particular acerca de si el acto es producto del ejercicio de la función administrativa o *cuasi-jurisdiccional*.

