

# CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Héctor A. Mairal**

---

**Buenos Aires: Editorial La Ley, 2021, 1122 páginas.**

Héctor A. Mairal es, tal vez, uno de los más agudos e inteligentes observadores críticos de nuestro derecho público. Además de sus reconocidas cualidades académicas e intelectuales, es, sin lugar a dudas, uno de los mejores abogados de la República Argentina de los últimos 40 años. Su libro más importante, *Control Judicial de la Administración Pública*, publicado en dos tomos por la editorial Depalma a mediados de la década de 1980 (Mairal, 1984), se había convertido en un clásico de forma prácticamente inmediata. Sin embargo, a pesar de ser una obra de consulta obligada, su edición estaba agotada hacía ya varios años. Además, el paso del tiempo, los cambios producidos por la reforma constitucional de 1994 y las modificaciones normativas y jurisprudenciales en los regímenes jurídicos extranjeros que había tratado en la obra la mostraban un tanto desactualizada. Para alegría de todos los que cultivamos la pasión por el derecho público, la editorial La Ley nos sorprendió a fines de 2021 con una grata noticia: la publicación de una segunda edición, revisada, actualizada y notoriamente aumentada por su autor.

Sobre el libro en general digo dos cosas: se trata de la actualización de una obra que, como dije, había alcanzado hace tiempo el estatus de clásico. A través de este enorme esfuerzo que hizo Mairal para actualizar todos los capítulos del libro, tarea titánica ya que implicó nada menos que actualizar casi 40 años de novedades legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales, tanto en el derecho argentino como en el estadounidense, el francés, el italiano y el español, nos encontramos ahora frente a un clásico en su versión 2.0. Es una obra magnífica, cuidada en todos sus detalles, cuya lectura recomiendo fervientemente. Son 1122 páginas, desarrolladas en tres partes en un total de 13 capítulos, acompañados de la friolera de 5567 notas al pie, las que dan cuenta del grado de exhaustividad que tiene la investigación.

El libro no solo tiene la virtud de la claridad y de una exposición erudita, sino también la de su utilidad para la vida práctica: se trata de un libro de con-

sulta ineludible no solo para académicos, sino también para todo aquel que se vea obligado a litigar contra cualquier repartición de la Administración Pública. Basta ver el análisis crítico que Mairal (2021, pp. 901-956) hace en relación con la Ley 26854 sobre medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado para comprobar este aserto. No es un logro frecuente poder combinar con maestría ambas cosas. Esta segunda edición, además, nos ofrece un festival de apreciaciones de gran riqueza intelectual sobre todos los aspectos que se puedan pensar acerca de un tema de indudable trascendencia, como es la protección jurídica de los particulares que enfrentan al Estado en sede judicial.

Dada la gran extensión del libro, me voy a limitar a hacer observaciones generales sobre algunos de los muchos asuntos que aborda Mairal. Los temas que trato fueron elegidos arbitrariamente y pido disculpas de antemano por lo incompleto que pueda parecer su tratamiento frente a la magnitud y puntuosidad de la obra que comento. Sirven, de todos modos, para poder apreciar, aunque sea superficialmente, la variedad de cuestiones que toca y la profundidad con la que Mairal los desarrolla.

En relación con la Parte Preliminar de la obra, quiero referirme a cuatro cosas: (i) la utilización del derecho comparado; (ii) la influencia decisiva del sistema estadounidense, especialmente en todo lo relacionado al Poder Judicial; (iii) la polémica acerca de la fuente del artículo 109 de la Constitución Nacional; y (iv) la involución que ha sufrido nuestro derecho público en los últimos ochenta años.

Sobre el derecho comparado, luego de advertirnos que en nuestro país ha sido generoso en la incorporación de teorías extranjeras de diversa procedencia, especialmente en el derecho público, el libro expone y explica en detalle las bases de los sistemas de control de la Administración Pública en Estados Unidos, Francia, Italia y España, para después analizar el sistema argentino y ver su compatibilidad o no con el de estos países. Al respecto, Mairal (2021) nos advierte que

No es usual incluir, en nuestros libros de derecho administrativo, una descripción general de los principales sistemas que nos han servido, en mayor o menor medida, de modelo. El lector se encuentra, desde las primeras páginas, con citas de autores extranjeros que dan por supuesta, y por ende no explican, la compatibilidad con los regímenes de donde provienen esas citas con nuestro derecho público. Por otra parte, la razón de ser de muchas de las reglas extranjeras solo se comprende tomando en cuenta la totalidad del sistema en la cual se insertan. De allí la utilidad que creemos que tienen las páginas siguientes. (p. 27)

En este punto quiero destacar primero la claridad del enfoque de la obra en cuanto a la justificación del cuidado que hay que tener a la hora de usar el derecho comparado. La cita irreflexiva del derecho público extranjero, sin analizar su compatibilidad con nuestro sistema constitucional, puede ser y ha sido fuente de numerosos equívocos que se exponen claramente en el libro. Esta afirmación no pretende descalificar el estudio del derecho comparado. Sin embargo, resulta imprescindible establecer con precisión el objetivo de la comparación entre los distintos ordenamientos estatales para que sea no solo provechosa, sino científicamente legítima.<sup>1</sup>

Si el objeto de la comparación es solamente establecer semejanzas y diferencias entre distintos ordenamientos, las precauciones que deberá adoptar el comparatista serán muy diferentes a si la intención es recurrir al derecho extranjero como base o fundamento de una interpretación del derecho público nacional. O, peor aún, para proponer la importación de una institución de otro sistema constitucional. En este último caso, será imprescindible analizar previamente si el ordenamiento constitucional extranjero es compatible o no con nuestras instituciones.

Tal como demuestra Mairal, de forma elocuente en esta parte del libro, no hemos tenido esos cuidados a la hora de importar teorías e instituciones de países europeos que tienen una estructura constitucional distinta a la nuestra. No solo eso, tampoco hemos tenido la inteligencia de modernizar las instituciones europeas importadas a la luz de la evolución que han tenido en las últimas décadas en materia de protección de los particulares frente a la administración. El autor nos advierte, con razón, que

En nuestro país no se ha tenido siempre presente la incompatibilidad entre estos sistemas, a punto tal que, durante muchas décadas, la historia del derecho administrativo argentino se resumía al intento de superponer la concepción francesa del derecho administrativo sobre una Constitución modelada sobre la norteamericana. (Mairal, 2021, p. 103)

En lo referido a la decisiva influencia del modelo estadounidense, Mairal defiende la idea, para mí indiscutible, de que nuestro país adoptó un sistema de jurisdicción única para el control jurisdiccional de la administración pública. Rechaza y rebate de forma contundente también la tesis minoritaria que pretende que nuestro sistema judicialista proviene de la Constitución monár-

---

1 En este punto sigo el enfoque de Pegoraro y Rinella (2006).

quica de Cádiz de 1812 (Mairal, 2021, pp. 107-120). Tiene razón. Además de los profusos argumentos que el autor expone en este punto, quiero enfatizar lo siguiente: nuestro país siguió al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos a la hora de diseñar su poder judicial federal y su sistema de control judicial. Esto, que puede ser motivo de polémica para algunos, resulta irrefutable.

Sin pretensión de ser exhaustivo, citaré las opiniones de algunos de los participantes más importantes de la Convención Constituyente de 1853. Por ejemplo, el convencional constituyente Martín Zapata. En la sesión del 18 de agosto de 1857, en su calidad de miembro informante de la Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales del Senado de la Confederación, defendió lo que sería la Ley 182, la primera ley de organización de la justicia federal. Allí, el entonces senador Zapata reconoció la decisiva influencia del modelo estadounidense en el diseño del Poder Judicial adoptado en nuestra Constitución:

Si nuestra Constitución Nacional tiene de común con las de todos los Gobiernos Representativos la circunstancia de hacer de la justicia una de las tres grandes ramas del Poder Público, posee además un rasgo especial muy característico y trascendental que no ha podido copiarlo sino de un modelo único y sin ejemplo entre todas las otras naciones antiguas y modernas, la Constitución de la gran República de la América del Norte. Ese rasgo característico consiste en haber hecho nuestros legisladores constituyentes, a imitación de los americanos del Norte, de la Justicia Federal el guardián y mantenedor de la observación de la Constitución Nacional por la interpretación y aplicación uniforme y ajustada a ella de las leyes en los casos contenciosos que ocurran. De este modo la Justicia Federal viene a ser la gran rueda gubernamental del país, la garantía de todos los derechos, el moderador poderoso y constante, pero modesto y oculto bajo el disfraz humilde de un proceso particular, de los otros dos altos Poderes Constitucionales. (Cámara de Senadores, 1884, pp. 220-221)

En ese largo discurso, Zapata se refiere no solo a las “sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo” (Cámara de Senadores, 1884, p. 222), sino que confiesa que

no había casi nada que inventar, ni aun aplicar de nuestras prácticas judiciales conocidas ya; porque todas ellas relacionadas entre sí, forman un sistema judicial enteramente nuevo para nosotros, y que solo tienen un modelo -las instituciones de los Estados Unidos del Norte-, de que lo tomó nuestra Constitución, como lo dije al principio de este informe, no obstante la inmensa distancia a que nos hallábamos de aquel pueblo tan adelantado en sus sabias prácticas de Gobierno Federal, pero impulsados por la legítima ambición de aproximarnos a

él en la realidad de nuestras nuevas instituciones. (Cámara de Senadores, 1884, p. 224)<sup>2</sup>

Un año después, el 12 de julio de 1858, en la Cámara de Diputados de la Confederación, el exconvencional constituyente Juan del Campillo, en ese momento ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública nacional, refutó ciertas objeciones planteadas con respecto al ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Allí, quien transcribiera de su puño y letra el texto de la Constitución de 1853 luego de sancionada,<sup>3</sup> afirmó que “aunque nuestra organización no era perfectamente igual a la de Norte América, era, sin embargo, muy semejante, y por consiguiente, era de allí de donde habían de tomarse ejemplos” (Congreso Nacional, 1891, p. 512).<sup>4</sup>

En esa misma sesión, José María Zuviría, secretario de la Convención de Santa Fe de 1853, afirmó que:

Se dice que imitamos en todo a Norte-América y calcamos mal en nuestro alto Poder Judicial las mismas atribuciones que constituyen al Norte-americano. A la verdad, si no copiamos ese no hallamos en el mundo un modelo para nuestros ensayos. [...] Nuestra Constitución es la misma. No nos hemos arrepentido de ello. (Congreso Nacional, 1891, p. 519)

Finalmente, en la sesión siguiente –el 14 de julio de 1858–, Juan María Gutiérrez, uno de los dos redactores de la Constitución de 1853, se pronunció en sentido similar. Apenas unos años después de sancionada la Constitución Nacional, el supuesto “vocero de Alberdi” en la Convención Constituyente de Santa Fe<sup>5</sup> explicó que:

Todas mis ideas son tomadas de las doctrinas del pueblo Norte-Americano y de su ciencia política. Debo recordar también que el Poder Judicial tal como ha sido establecido por nuestra Constitución es una copia exacta del Poder Judicial de la Unión Americana. [...] Nosotros no podemos menos de aceptar este poder en el sentido Norte-Americano, desde el momento que hemos dado a nuestro Gobierno la misma forma que aquél. (Congreso nacional, 1891, p. 522)<sup>6</sup>

---

2 Zapata reconoce haber consultado a Kent, Story, Tocqueville y la Ley Orgánica de la Justicia Federal de los Estados Unidos para elaborar el proyecto.

3 Cfr. Zuviría (1889, p. 121).

4 Sesión del 12 de julio de 1858.

5 Cfr. Pérez Guilhou (1984, p. 161).

6 Sesión del 14 de julio de 1858.

La decisiva influencia del modelo estadounidense en la Constitución Nacional en todo lo referido al Poder Judicial federal también fue reconocida, de forma clara y contundente, por importantes convencionales constituyentes desde su rol posterior de jueces de la Corte Suprema. Así, por ejemplo, Salvador María del Carril, de destacada labor en el Congreso Constituyente de 1853, expresó que

nada nos induce a creer que los autores de nuestra Constitución, al sancionar los artículos que hacen referencia a la jurisdicción federal, tuviesen presente la legislación española; antes por el contrario, es una verdad evidente que, sólo pensaron en imitar a la Constitución de los Estados-Unidos en esta parte, como lo hicieron en las demás con muy pocas variaciones, y así, es a los principios consignados en la misma Constitución y a la jurisprudencia de aquellos Estados que debe ocurrirse para conocer el alcance de esta jurisdicción sin precedentes legítimos entre nosotros.<sup>7</sup>

De forma más genérica, pero igualmente rotunda, el otro redactor de la Constitución Argentina, José Benjamín Gorostiaga, desde la presidencia de la Corte Suprema afirmó lo que sería un reconocimiento explícito de esa influencia cuando dijo que:

El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.<sup>8</sup>

Y evidenciando lo que pronto se convertiría en una costumbre del Alto Tribunal, Gorostiaga se preguntaba a continuación para resolver el caso: “¿Qué sucede, pues, en la República que nos ha servido de modelo [...]?”<sup>9</sup>

En definitiva, tal como sostiene Alberto Garay en una exhaustiva investigación reciente, que Mairal cita en esta parte del libro y que resulta de consulta ineludible, muchos artículos de la Constitución Nacional, especialmente los

7 El Dr. D. Juan Carlos Gomez, en representación de su hermano D. José Cándido, en demanda contra la Nación, Fallos: 2:36, p. 44 (1865).

8 D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus, Fallos: 19:231, p. 236 (1877).

9 Ídem.

referidos al Poder Judicial, carecerían de sentido sin considerar debidamente ese trasfondo estadounidense (Garay, 2019, p. 263).

Sobre las fuentes del artículo 109 de la Constitución, coincido también con Mairal en el análisis que hace acerca del origen e importancia que tiene esta prohibición constitucional, en cuanto dispone que “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Se trata, obviamente, de un artículo constitucional de gran importancia para el tema que trata el libro, pero que, sin embargo, no puede ser interpretado de forma aislada.

Aunque estamos claramente frente a una disposición original de la Constitución, el artículo 109 no modifica, sino que mejora el sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos de tipo estadounidense adoptado por nuestro sistema constitucional. Su fuente no proviene de normas extranjeras, sino de un antecedente nacional. Me refiero al artículo 7 de la Sección Segunda del Reglamento de la División de Poderes sancionado por la Junta Conservadora el 22 de octubre de 1811 “para poner una barrera a la arbitrariedad” y “fixar los límites de las autoridades” (Sampay, 1975, pp. 110-111). En su parte pertinente, el artículo dice así:

El poder ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, avocar causas pendientes, ni executorias, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de la administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores, ni inferiores, ni demás jueces subalternos, y funcionarios públicos... (Sampay, 1975, p. 112)

Mairal (2021) advierte, con razón, que

En definitiva, tomar el modelo norteamericano como “piso” y utilizar la regla del art. 109 para hacer más absoluta la necesidad de un adecuado control judicial, es la posición correcta. Eliminar ese “piso” reemplazándolo por las normas de la Constitución de Cádiz es históricamente falso, jurídicamente incorrecto y políticamente peligroso. (p. 120).

El esfuerzo de cierta corriente doctrinaria de encontrar fuentes españolas en este artículo es vano. No quedan dudas de que se trata, insisto, de una disposición original de nuestro sistema constitucional que apunta a limitar al Poder Ejecutivo. Esa preocupación de nuestros constituyentes se aprecia en otras disposiciones originales a lo largo de nuestra Constitución, como, por ejemplo, el artículo 29. Nuevamente estamos frente a una disposición original que, lejos de

alterar el sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos que tomamos de la Constitución de los Estados Unidos, lo complementa y perfecciona. Y es así como debe interpretarse: de forma sistemática, como mejora del principio de separación de los poderes para limitar directamente al Poder Ejecutivo, y no de forma aislada y como refutación de aquello que el constituyente expresó concretamente en la Constitución.

Finalmente, en cuanto a la involución de nuestro derecho público, que Mairal marca al final de esta Parte Preliminar del libro, vemos cómo nuestro sistema judicial de control de la Administración terminó reduciendo las protecciones acordadas a los particulares en juicio contra la Administración. Tal como advierte Mairal (2021),

Como resultado de la involución que hemos señalado en este capítulo, nuestro sistema de control judicial de la administración, que había llegado a principios de la década de 1930 a superar al de los Estados Unidos en el grado de protección que otorgaba a los particulares, no solo no desarrolló las potencialidades del sistema judicialista, como si lo hizo el de ese país, sino que ha terminado reduciendo la tutela judicial efectiva de la que gozábamos los argentinos décadas atrás. (p. 168)

Aquí quiero agregar un punto que el libro aclara que no forma parte de la obra (Mairal, 2021, p. 179, nota al pie 35). Me refiero a la independencia del Poder Judicial. Estoy convencido de que gran parte de esa involución que denuncia Mairal es consecuencia fundamentalmente del populismo y de las distorsiones institucionales que se generaron a partir de la enorme inestabilidad institucional que sufrimos los argentinos: primero, desde el 6 de septiembre de 1930 con el golpe de Estado que derrocó a Hipólito Yrigoyen, y después desde el 30 de abril de 1947 con el juicio político a la Corte Suprema, fecha en la que, en palabras de ese gran constitucionalista que fue González Calderón,

*la Corte Suprema como institución* –es preciso no olvidarlo– fue demolida, su respetabilidad, desde el punto de vista jurídico y la moral de los jueces que la formaban, no podían ser negadas de buena fe por nadie. Inútil fue la defensa que de los dignos magistrados sometidos a juicio político se hizo en el Senado de la Nación. [...] La Corte Suprema de la Nación argentina murió a los ochenta y cuatro años de su edad constitucional. (González Calderón, 1956, pp. 134-135)<sup>10</sup>

---

10 Énfasis en el original.

A partir de entonces, casi todos los Gobiernos quisieron aumentar su poder, tener su propia Corte y acomodar la interpretación de la Constitución a su gusto y conveniencia. Los numerosos cambios en la composición de la Corte contribuyeron de forma directa a la deformación de nuestro sistema, en especial en el reconocimiento de mayores poderes al Ejecutivo y en la interpretación distorsionada de la separación de los poderes, a la que se llegó a calificar de “categoría histórica” hace pocos años. Hoy, 75 años después, todavía seguimos discutiendo sobre la independencia del Poder Judicial y cuestionando a la Corte Suprema en su rol de intérprete final de la Constitución, como vemos a diario.

Aunque resulte paradójico, la conclusión inevitable que surge de esta parte preliminar del libro es que para encarar la necesaria modernización de nuestro sistema de control judicial del accionar de la Administración, resulta necesario retomar el camino originario que fijó la Constitución Nacional cuando nuestros constituyentes adoptaron el modelo norteamericano. Ese camino nos obliga a rescatar, entre otras cosas, el verdadero sentido del principio de la separación de los poderes que adoptó nuestra Constitución, que no es otro que el expuesto por el *Justice Louis D. Brandeis* en su famoso voto en el caso *Myers v. United States* en 1926:

la doctrina de la separación de los poderes no fue adoptada por la Constitución de 1787 para promover la eficiencia sino para impedir el ejercicio abusivo y arbitrario del poder. El propósito no fue el de evitar la fricción entre los distintos departamentos en que se divide el gobierno, sino el de salvar al pueblo de la autocracia a través de esta fricción inevitable, incidental a la distribución de los poderes gubernamentales en sus tres ramas.<sup>11</sup>

Ese es el verdadero sentido del principio de separación de los poderes en nuestra Constitución, que, guste o no, es la ley que gobierna a aquellos que nos gobiernan y que está estructurada de forma tal de recordarnos que los derechos vienen primero y el gobierno después. De hecho, la función principal del Gobierno es proteger los derechos constitucionales.

Sobre la Parte Primera del libro, referida a las condiciones de acceso a la instancia jurisdiccional, quiero destacar que coincido con lo que se señala en el Capítulo III en cuanto a que

es necesario crear conciencia acerca de la necesidad de una política de estado que asegure una justicia independiente, efectiva y accesible, y una legislación clara y moderna. Sin ellas, el sistema jurídico argentino se volverá cada vez más

---

11 *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, p. 293 (1926).

irrelevante como protector de derechos económicamente significativos. Y con un sistema jurídico irrelevante no hay genuinas inversiones de riego ni hay progreso. (Mairal, 2021, p. 187)

También considero sumamente valiosas las referencias que hace Mairal acerca de la redacción de normas en nuestro derecho público y su relación directa con la corrupción.<sup>12</sup> Se advierte, con razón, que

En nuestro derecho público suele observarse, además, el fenómeno de la deliberada oscuridad de las normas. Nuestras leyes y reglamentos son claros y categóricos cuando otorgan derechos al Estado o imponen obligaciones a los particulares, pero son oscuros o ambiguos cuando otorgan derechos a estos últimos. [...] En el derecho privado, las cláusulas ambiguas en los contratos de adhesión se interpretan en contra del predisponente (art. 987, Cód. Civ. y Com.). Esta norma, que correctamente pone el riesgo interpretativo sobre aquel que lo puede evitar redactando claramente, debiera aplicarse en nuestro derecho público, especialmente con respecto a los reglamentos. No hacerlo incentiva la oscuridad, pues esta le otorga diversas ventajas al funcionario que redacta la norma. En primer lugar, le permite alegar que la interpretación correcta es la que favorece al Estado, eximiéndose así de responsabilidad por sacrificar intereses públicos. Y, al ampliar significativamente la discrecionalidad del funcionario, quien puede seguir cualquiera de las interpretaciones posibles, aumenta las oportunidades de corrupción. (Mairal, 2021, pp. 186-187)

La exigencia de un lenguaje claro en la redacción de las normas excede lo meramente utilitario: la claridad es una de las exigencias básicas del régimen republicano de gobierno. De hecho, es la contrapartida lógica de uno de sus rasgos centrales: la publicidad de los actos de gobierno. En ese marco, expresarse con claridad no es optativo para el funcionario de la Administración pública, para el legislador o para el juez. Todos ellos deben hacer su máximo esfuerzo para comunicar en un lenguaje claro aquellas decisiones que toman e imponen a través de la fuerza del derecho.<sup>13</sup>

---

12 Mairal ya había hecho lúcidas reflexiones sobre la corrupción en un libro anterior publicado en 2007.

13 La redacción de normas claras es importante también para su correcta interpretación. No hay que olvidar la relación que hay entre las palabras del derecho y la violencia: “Legal interpretation takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor

Un ejemplo paradigmático de lenguaje claro en nuestro país es la Constitución sancionada en 1853. Nuestros constituyentes redactaron el texto constitucional de forma clara y sencilla para que sea comprendido por todos: gobernantes y ciudadanos. De hecho, fue leído en plazas públicas en todo el país el 9 de julio de 1853 para que todos pudieran conocerla, comprenderla y jurarla.

Sobre los capítulos IV y V, coincido con la advertencia que hace el autor acerca de la inflación de derechos y su desvalorización, que profundiza luego en el capítulo IX.<sup>14</sup> También con la crítica que hace a partir de una interpretación fidedigna sobre el artículo 19 de la Constitución en cuanto establece que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe, que fija un régimen constitucional de obediencia a la ley y no uno de obediencia al funcionario. Imposible en este punto no estar de acuerdo con la crítica que hace al plazo de caducidad para agotar la vía administrativa que impone la Ley de Procedimientos Administrativos<sup>15</sup> y su interpretación jurisprudencial que tiene el efecto de convalidar actos administrativos, aun a pesar de estar viciados de nulidad absoluta si no son recurridos en un plazo exiguo (Mairal, 2021, pp. 328-330). Tal como plantea más adelante,

¿Acaso el principio de legalidad no obliga a la administración a cumplir la ley?  
¿Dónde dice la LPA [Ley de Procedimientos Administrativos] que el cumplimiento de esa obligación queda a criterio de la administración o que esa obligación cesa vencido el plazo de caducidad para recurrir el acto nulo? La conclusión es clara: la negativa de la administración de revocar un acto afectado de nulidad absoluta debe ser judicialmente controlable a pedido del particular afectado independientemente de plazo de caducidad alguno. (Mairal, 2021, p. 457)

En esta materia, se impone la solución que propone Mairal (2021):

Nuestra jurisprudencia debiera ir construyendo, dentro de los actos viciados de nulidad absoluta, una categoría de actos cuya impugnación no esté sujeta a plazos de caducidad. (p. 459)

---

the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it” (Cover, 1985, p. 1601).

14 Un reciente trabajo de investigación y análisis de derecho positivo, cuantitativo, objetivo, correlacional, con método científico sobre 42 países, incluyendo 18 de la región, demuestra esa relación negativa. La llamada “inflación constitucional” parece tener una correlación directa con un peor desempeño institucional y socioeconómico de esos países (ver Canova et al., 2021).

15 Ver artículos 6, 17, 23, 24 y 25 de la Ley 19549 y artículo 90 de su Decreto Reglamentario 1759/72.

Para finalizar las observaciones sobre esta parte del libro, quiero destacar el análisis exhaustivo que hace el autor al tratar una de las excepciones a las reglas generales de revisabilidad de los actos administrativos en sede judicial. Allí, Mairal (2021, pp. 551-630) trata una cuestión espinosa, como es la de las cuestiones políticas no justiciables. Ese tratamiento es aún más completo que el de muchos tratados de derecho constitucional, lo que muestra la profundidad con la que se han estudiado y expuesto todos los temas en el libro.

En este punto quiero mencionar brevísimamente un caso que no suele analizarse al tratar las cuestiones políticas no justiciables: me refiero a *Enrique Spangenberg y otros* de nuestra Corte Suprema en junio de 1963.<sup>16</sup> Allí, la Corte, con una sugestiva disidencia de Luis María Boffi Boggero,<sup>17</sup> rechazó un amparo presentado por varios diputados nacionales electos entre 1961 y 1962 que pretendían cuestionar el accionar policial que les impedía el acceso a sus oficinas parlamentarias en virtud del Decreto 9204/62, a través del cual José María Guido, un civil, había ordenado disolver el Congreso de la Nación.<sup>18</sup>

Para terminar, hago dos observaciones sobre la Parte Segunda del libro, que trata sobre la instancia jurisdiccional propiamente dicha y que analiza, una vez abierta esta, cuál es el alcance de la revisión que harán los tribunales.

La descripción y el análisis del sistema de revisión judicial previsto en el marco de la Administrative Procedural Act (la llamada “APA”) en el Capítulo X es, sencillamente, sensacional por lo minuciosa y exhaustiva (Mairal, 2021, pp. 634-667). Para contrastar la detallada explicación que Mairal expone en este punto del libro con lo que ocurre en casos complejos en los Estados Unidos, vale la pena leer la reciente sentencia de la jueza de la Corte de Distrito de Tampa, Kathryn Kimball Mizelle, del 18 de abril de 2022.<sup>19</sup> En esa sentencia se anuló una regulación del Center for Disease Control (el CDC) que obligaba en todo el territorio de los Estados Unidos, y bajo la amenaza de sanciones penales, al uso de barbijos o tapabocas en aeropuertos, terminales de ómnibus, estaciones de tren, puertos, aviones, transportes privados como Uber, etc. La orden de la CDC se había dictado en el marco de la delegación de una ley de sanidad sancionada en 1944 que, hasta antes de la pandemia, solo se había usado para prohibir la venta y distribución de tortugas pequeñas por un brote de salmonela en 1975.

---

16 Fallos: 256:54 (1963).

17 Fallos: 256, pp. 57-61.

18 Con la venia de la Corte Suprema, Guido, como presidente provisional del Senado, había asumido el Poder Ejecutivo luego del derrocamiento de Arturo Frondizi.

19 United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division, *Health Freedom Defense*

La sentencia no es solo interesante por el contexto en sí referido al, hasta ahora, débil control judicial de las medidas de enormes restricciones a los derechos tomadas durante la pandemia, sino por el método de interpretación que despliega la jueza en relación con la ley que delegaba la autoridad al CDC. La sentencia se refiere a la regla jurisprudencial del famoso caso *Chevron* de 1984,<sup>20</sup> que, como bien dice Mairal (2021, p. 664), es el caso más importante del derecho administrativo norteamericano. Ese caso emblemático fijó el estándar de máxima deferencia a la interpretación de una ley hecha en sede administrativa cuando no puede determinarse con claridad la intención del Congreso en el marco de una delegación. La jueza aclaró que la regla de deferencia de *Chevron* no puede servir de excusa para que los jueces eviten hacer la rigurosa interpretación de las leyes que delegan funciones a la autoridad administrativa. Y citó el caso *Kisor v. Wilkie* de 2019,<sup>21</sup> referido en el libro de Mairal en la nota al pie 129 de la página 661, en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos aclaró que los tribunales no pueden ampararse en la alegada ambigüedad de la norma solamente a partir de una primera lectura superficial. Por el contrario, la revisión judicial del accionar de la agencia administrativa obliga a los jueces a un análisis riguroso de las leyes que delegan competencia.

Sobre el tema, más allá de las discusiones que existen en materia de interpretación constitucional entre las diferentes escuelas del originalismo y la *living constitution*,<sup>22</sup> los tribunales estadounidenses suelen ser rigurosamente textualistas en la interpretación de las leyes. En este caso, la jueza Myzelle utilizó una herramienta digital denominada Corpus Linguistics para determinar el significado de la palabra *sanitation* (saneamiento) entre las décadas de 1940 y 1950.<sup>23</sup> Luego del uso de esa herramienta tecnológica, la jueza entendió que la delegación que el Congreso había hecho en 1944 no autorizaba al CDC a dictar la medida de carácter general que había tomado. La jueza también hizo hincapié en que el CDC no había justificado debidamente el no haber cumplido con el procedimiento de participación pública, llamado de “aviso y comentario”, que requiere la APA previo al dictado de la reglamentación. Y citó el voto del

---

*Fund, Inc., Ana Carolina Daza y Sarah Hope v. Biden, Joseph, et. al.*, 18/4/2022, Case No. 8:21-cv-1693-KKM-AEP, <https://s3.documentcloud.org/documents/21636492/mask-mandate-order.pdf>.

20 *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

21 *Kisor v. Wilkie*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019). La Suprema Corte aún no ha publicado oficialmente el número de página.

22 Ver, entre otros, Solum (2019).

23 Sobre el Corpus Linguistics ver, entre muchos otros, Solum (2017).

juez Thomas en un fallo de la Corte de 2020, *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*,<sup>24</sup> en el que se explicó que esa participación ciudadana que exige la APA pretende emular una suerte de proceso político destinado a controlar y limitar el ejercicio del poder delegado por el Congreso a una agencia administrativa que, de otra forma, regularía a través de un método que luce como antidemocrático.

En el capítulo XII, finalmente, se analiza de forma exhaustiva la presunción de legitimidad del acto administrativo en el contexto de su impugnación en sede judicial,<sup>25</sup> en especial en relación con el otorgamiento de medidas cautelares para poder suspenderlo.

No pretendo entrar en el fondo del tema planteado en ese capítulo, pero sí hacer un par de observaciones concretas a modo de aporte polémico acerca de la presunción de validez o legitimidad no ya de los actos administrativos, sino de las normas que sanciona el Gobierno federal, incluyendo también las leyes. En general, cuando se trata el tema de la presunción de validez o de legitimidad de los actos administrativos o de la presunción de constitucionalidad de las leyes, se suelen mezclar dos cosas conceptualmente separables.

Una cosa es esa presunción entendida como regla general que obliga al cumplimiento de las normas sancionadas por los órganos de gobierno, sean leyes, decretos o actos administrativos. En este caso, la presunción tiene un fundamento obvio: podría argumentarse sin mayor esfuerzo que ningún sistema de gobierno puede funcionar sin una presunción similar que ampare, por ejemplo, las leyes que dicte el Congreso o los reglamentos del Poder Ejecutivo. Aceptar la postura contraria implicaría un caos, ya que la aplicación de las leyes, decretos, actos administrativos, etc. dependería de la interpretación que hiciese cada uno de los sujetos obligados a cumplirlas. Todas las normas estarían en suspenso y tendrían un estatus de precariedad insoportable. Y eso, obviamente, sería inaceptable para cualquier persona razonable. Sin embargo, la presunción tiene otra dimensión, mucho más importante que esa. El “intérprete” obligado

---

24 *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 591 U.S. \_\_\_\_ (2020). La Suprema Corte aún no ha publicado oficialmente el número de página.

25 El artículo 12 de la Ley 19549 dispone expresamente: “Art. 12.- El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

a aplicar la presunción de validez de las normas en el que se está pensando al abordar el tema no es la población en general que debe cumplir esas normas, sino el Poder Judicial.

Entendida de esta forma, la presunción adquiere otra dimensión: es una regla a través de la cual se asigna: (i) la carga de la prueba, o, más difícil aún, (ii) la carga de la persuasión de la inconstitucionalidad de la norma que se pretende impugnar en un caso concreto en sede judicial. Ambas cargas se ponen en cabeza de la persona que litiga contra el Estado y que alega una violación de alguno de sus derechos constitucionales. En consecuencia, para poder ganar el juicio, el supuesto damnificado es quien debe demostrar ante un tribunal (o convencerlo), de forma concluyente y más allá de toda duda razonable, que la norma cuestionada, sea ley o acto administrativo, es inconstitucional o inválida.

Vemos así que la presunción de validez rige principalmente en el ámbito procesal: en realidad, constituye el punto de partida de todo el debate en sede judicial cuando se litiga contra el Estado. Por vía de esta presunción, no solo se condiciona al supuesto damnificado que tiene a su cargo el *onus probandi*, sino que, además, la propia labor de los jueces se puede ver limitada: dependiendo de la concepción que se tenga sobre la separación de los poderes, sobre la relación entre el Gobierno y los ciudadanos, sobre el rol de los jueces en el sistema, etc., cuanto más amplia sea la presunción que ampare el accionar del Gobierno, más restringida y limitada será la actuación del Poder Judicial.<sup>26</sup>

El comentario no pretende cuestionar la utilidad de este tipo de presunciones, más allá de advertir que requieren una fundamentación que muchas veces se presupone y no se explicita. Tal como explica Lawson (1996, pp. 423-424), las presunciones son indispensables para poder decidir casos concretos, especialmente en contextos de subdeterminación del derecho.<sup>27</sup> Pero para ello hay que hacer un trabajo previo de interpretación de textos normativos para dilucidar cuál es el derecho vigente aplicable al caso concreto. Generalmente, este paso previo es soslayado utilizando la presunción de validez como excusa.

Algo similar ocurre con la presunción de ilegitimidad a la que se refiere Mairal en el párrafo 664 de la página 873 del libro, que se basa en la idea de que existen libertades preferidas. Aunque nuestra Constitución no establece una jerarquía de derechos, los jueces aplican presunciones distintas según el tipo de derechos que estén en juego en un caso, relegando generalmente a la propiedad

---

26 Para ampliar el punto, ver García-Mansilla (2014).

27 El concepto de subdeterminación no es usado por Lawson, aunque su tesis lo presupone. Ese concepto fue expuesto y defendido por Solum en la década de 1980. Aunque no puedo analizar el

a un segundo plano inferior. Pero, tal como sostuvo el Justice Potter Stewart en el caso *Lynch v. Household Finance Corp.*,<sup>28</sup>

la dicotomía entre las libertades personales y los derechos de propiedad es falsa. La propiedad no tiene derechos. La gente tiene derechos. El derecho de disfrutar de la propiedad sin interferencia indebida es, en verdad, un derecho personal al igual que el derecho de expresarse o de viajar, sin importar si la propiedad en cuestión es sobre un subsidio, una casa o una cuenta bancaria. De hecho, existe una interdependencia fundamental entre el derecho personal a la libertad y el derecho personal en la propiedad. Ninguno puede tener sentido sin el otro.<sup>29</sup>

En similar sentido, Stephen Macedo (1983), de la Universidad de Harvard, planteó que

el doble estándar que surge de la doctrina de las libertades preferidas es insostenible e incoherente. No sólo contradice abiertamente el texto de la Constitución, sino que falla al no reconocer que las libertades económicas no están aisladas, sino que son interdependientes de las llamadas libertades preferidas, con las que forman la base de principios básicos tales como la autonomía personal. (p. 104)

Otro aspecto que, a veces, se olvida al tratar el tema es que nuestra Constitución nos da algunas pautas interpretativas para poder extraer presunciones, por ejemplo, en los artículos 19 o 33. Esas pautas constitucionales deberían obligar a interpretar los derechos de forma amplia y, como contrapartida, los poderes del Gobierno federal, de forma restringida. Una buena defensa de la presunción de validez exige justificar su compatibilidad con las reglas interpretativas que surgen de ambos artículos de la Constitución, tal como lo hace Mairal en su libro.

Algo similar ocurre con las presunciones que deberían regir en el ámbito procesal cuando se cuestiona judicialmente un decreto de necesidad y urgencia

---

punto en detalle por razones de espacio, cabe aclarar que esta corriente no acepta la idea de que el texto constitucional adolezca de una “indeterminación radical”, con la consiguiente amplitud para el intérprete (la idea de la indeterminación radical ha sido expuesta, por ejemplo, en Nino (1997, pp. 31 y ss.); por el contrario, esta corriente entiende que la eventual “textura abierta del lenguaje” de un texto jurídico, aun del constitucional, no implica su indeterminación, sino eventualmente la “subdeterminación” (*underdeterminacy*) de ese mismo texto. Esa subdeterminación limita al intérprete, ya que reduce el número de aplicaciones posibles que podría darle a ese texto (al respecto, ver Solum (1987, p. 462)).

28 *Lynch v. Household Finance Corp.*, 405 U.S. 538 (1972).

29 405 U.S. 538, p. 552.

(DNU). Aquí tenemos otra pauta interpretativa que surge del texto constitucional. Si bien es cierto que los DNU son una clara excepción al sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos y que no se puede discutir su incorporación a la Constitución, no lo es menos que la propia Constitución establece un rígido principio general que debe ser aplicado como regla de interpretación en todos los juicios. En efecto, el artículo 99, inciso 3 comienza diciendo:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Si nos tomamos en serio la Constitución, la presunción que deberíamos extraer del texto de esa disposición constitucional es que cualquier DNU debe ser interpretado de forma restrictiva y estar sometido a un examen riguroso a nivel judicial. Es decir, se deben presumir inválidos. Ante la duda, los jueces deben declarar su invalidez, máxime cuando, como ha demostrado Alfonso Santiago junto con Santiago Castro Videla y Enrique Veramendi en un libro reciente cuya lectura también recomiendo, el Congreso no ejerce un control en serio en el marco de la Ley 26122.<sup>30</sup>

En este punto, disidencias como las de los casos *Consumidores Argentinos*<sup>31</sup> y *Aceval Pollacchi*<sup>32</sup> deberían generar mayores adhesiones hasta convertirse en el criterio mayoritario de nuestros tribunales. Allí se sostuvo que

cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los dos párrafos siguientes del art. 99, inc. 3º [...].<sup>33</sup>

Para terminar este breve comentario de un libro complejo, extenso y desafiante, quiero destacar el afán republicano que transmite permanente el autor cuando plantea modernizar el derecho administrativo nacional tanto en lo sus-

30 Santiago (h) et al. (2019).

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02–SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986*, Fallos: 333:633, Cons. 11), p. 658 (2010).

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Aceval Pollacchi c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.*, Fallos: 334:799 (2011).

33 Fallos: 334:799, Considerando 5), p. 825. Este criterio, aunque no de forma idéntica, había sido anticipado en *Badeni* (1999, p. 426).

tancial como en lo procesal. Héctor Mairal nos propone acercar inteligentemente nuestro derecho público al modelo norteamericano, no por una preferencia personal o un preciosismo estético, sino porque se trata, indudablemente, del modelo que adoptó nuestra Constitución y porque ese acercamiento podría ser un medio que nos ayude a los argentinos a hacer realidad la protección que implica vivir en un verdadero Estado de derecho.

El libro transmite así la vocación del autor para lograr que se haga realidad en nuestro país el imperio de la ley, por sobre el de las personas, honrando así el ideal del constitucionalismo de lograr “un gobierno de leyes y no de hombres”. Es la misma meta que nos plantearon nuestros constituyentes al momento de dar por finalizado el Congreso Constituyente de Santa Fe, en la sesión del 7 de marzo de 1854:

En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, [el Congreso Constituyente] les pide y aconseja obediencia absoluta a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos. (Ravignani, 1937, p. 683)

El libro de Mairal nos recuerda que alcanzar esa meta constitucional implicará un esfuerzo complejo y de largo aliento, pero lo bueno es que también nos traza el camino que debemos transitar.

**Manuel José García-Mansilla**

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

## **Bibliografía**

- Badeni, G. (1999). *Instituciones de Derecho Constitucional*. Ad-Hoc.
- Canova, A. Jaffe, K., Martínez, E., Correa, J. C., Soares, A. C., Contreras, J. G. y Baroni, R. (2021). ¿Tiene la constitución de un país un efecto práctico sobre su institucionalidad y socioeconomía? *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela*, 165, 663-740.
- Cámara de Senadores. (1884). *Actas de las sesiones del Paraná correspondientes al año de 1857*. Imprenta de la Nación.

- Congreso Nacional. (1891). *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858*. Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Cover, R. M. (1985). Violence and the Word. *Yale Law Journal*, 95, 1601-1629.
- Garay, A. F. (2019). A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court's Case Law. *Southwestern Journal of International Law*, XXV(2), 258-320.
- García-Mansilla, M. J. (2014). ¿Presunción de Constitucionalidad o Presunción de Libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL - 2013, Parte II, 493-606.
- González Calderón, J. A. (1956). *No hay justicia sin libertad. Poder judicial y "poder perjudicial"*. Víctor P. de Zavalía Editor.
- Lawson, G. (1996). Legal indeterminacy: Its cause and its cure. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 19, 411-428.
- Macedo, S. (1983). The Public Morality of the Rule of Law: A Critique of Ronald Dworkin. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 8(1), 79-108.
- Mairal, H. A. (1984). *Control Judicial de la Administración Pública* (Tomos I y II). Depalma.
- Mairal, H. A. (2007). *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. RPA.
- Mairal, H. A. (2021). *Control Judicial de la Administración Pública*. La Ley.
- Nino, C. S. (1997). *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Gedisa.
- Pegoraro, L. y Rinella, A. (2006). *Introducción al derecho público comparado*. Palestra.
- Pérez Guillhou, D. (1984). *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*. Depalma.
- Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo IV). Casa Jacobo Peuser.
- Sampay, A. E. (1975). *Las constituciones de la Argentina (181-1972)*. Eudeba.
- Santiago, A. (h), Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo: decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*. La Ley.
- Solum, L. B. (1987). On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. *The University of Chicago Law Review*, 54, 462-503.
- Solum, L. B. (2017). Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record. *The Brigham Young University Law Review*, 2017, 1621.
- Solum, L. B. (2019). Originalism versus Living Constitutionalism: The conceptual structure of the great debate. *Northwestern University Law Review*, 113(6), 1243-1296.
- Zuviría, J. M. (1889). *Los Constituyentes de 1853*. Felix Lajoaune Editor.

## Jurisprudencia citada

### Argentina

#### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- El Dr. D. Juan Carlos Gomez, en representacion de su hermano D. José Cándido, en demanda contra la Nación, Fallos: 2:36 (1865).
- D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus, Fallos: 19:231 (1877).
- Enrique Spangenberg y otros, Fallos: 256:54 (1963).

*Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02–SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986*, Fallos: 333:633 (2010).

*Aceval Pollacchi c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.*, Fallos: 334:799 (2011).

## **Estados Unidos**

### **Suprema Corte de los Estados Unidos**

*Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

*Lynch v. Household Finance Corp.*, 405 U.S. 538 (1972).

*Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

*Kisor v. Wilkie*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019).

*Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 591 U.S. \_\_\_\_ (2020).

### **United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division**

*Health Freedom Defense Fund, Inc., Ana Carolina Daza y Sarah Hope v. Biden, Joseph, et al.*, 18/4/2022, Case No. 8:21-cv-1693-KKM-AEP.