

**Título:** La trascendencia del art. 109 de la CN en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional. Crítica a una tesis restrictiva sobre el alcance del control judicial

**Autor:** Cassagne, Juan Carlos

**Publicado en:** RDA 2022-142, 210

**Cita:** TR LALEY AR/DOC/1990/2022

**Sumario:** I. Algunas razones que abonan la necesidad de una réplica.— II. Las fuentes de la CN y, en particular, la fuente del art. 109 de la CN.— III. El concepto de jurisdicción.— IV. Inexistencia de funciones o actos cuasijudiciales.— V. El judicialismo de la Constitución de Cádiz como fuente del sistema judicialista argentino.— VI. Sobre la jurisdicción administrativa y los tribunales administrativos.— VII. El sistema judicialista argentino y el principio del control amplio y suficiente por parte de los jueces de la actividad jurisdiccional de la administración.— VIII. Epílogo.

### **I. Algunas razones que abonan la necesidad de una réplica**

Se ha publicado la segunda edición de la obra del profesor Mairal titulada Control judicial de la Administración pública, cuya primera versión se publicó en la década de los ochenta del pasado siglo.

No se puede desconocer que fue una obra pionera en su género, tanto por su incursión en el derecho comparado como por el rigor técnico que le reconoció el mundo jurídico especializado en nuestra disciplina, aunque esos méritos no se hayan traducido en una influencia relevante en nuestro derecho administrativo (especialmente en el plano jurisprudencial).

La base de su construcción se apoyó en la defensa de los derechos y garantías de la Constitución de 1853, mediante valiosas críticas a las soluciones estatistas y autoritarias que existían en amplios sectores del derecho administrativo argentino. Adelantamos que, fuera de otras discrepancias, coincidimos con el objetivo apuntado.

La afirmación precedente no implica convalidar sus críticas a la doctrina del derecho administrativo, en especial cuando le achaca haber seguido las fuentes europeas, en particular, las doctrinas francesas e italianas, cuyas formulaciones considera opuestas a los postulados de la Constitución norteamericana (de la cual la Argentina sería poco menos que una mera copia) [\(1\)](#), afirmación que juzgamos excesiva.

Esta voluminosa edición, publicada casi cuarenta años después de la primera, contiene pocos cambios significativos en comparación con las posturas anteriores, salvo las necesarias actualizaciones doctrinarias y jurisprudenciales y, sobre todo, las que se introdujeron en el sistema procesal administrativo vernáculo como consecuencia de la reforma constitucional de 1994.

Como su contenido es muy vasto y no pretendemos llevar a cabo el análisis integral de la obra en esta ocasión, omitiremos las objeciones que nos merecen muchas de las posiciones que adopta en contra de la jurisprudencia más garantista de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte) y de los principios que venimos sustentado en materia del alcance del control judicial en el sistema argentino.

Pero hay un aspecto, en esta segunda edición, que no deja de sorprendernos y que viene a justificar el título elegido para este artículo. Ese aspecto aparece condensado en la inteligencia que se le asigna al art. 109 de la CN, a su fuente constitucional y al sistema judicialista que nos rige. Ocurre que tal precepto, de constituir uno de los fundamentos en el que se asienta el sistema judicialista argentino (y una de las principales características que lo distingue del norteamericano) ha pasado a ser —en palabras del propio Mairal— una norma redundante [\(2\)](#).

Esta posición implica además un cambio de postura, reflejado en el hecho de haber suprimido la parte del párrafo de la anterior edición, en donde reconocía la trascendencia del art. 109 de la CN para el sistema judicialista argentino [\(3\)](#) y plantea un enigma difícil de resolver. Revela, nos parece, la importancia que cabe atribuir al texto que el propio Mairal había considerado trascendente para sustentar la singularidad de la concepción constitucional argentina y que en un reciente examen estima redundante.

No sabemos por qué suprimió ese texto tan asertivo en la segunda edición, pero nos proponemos identificar los errores consiguientes, refutar algunas afirmaciones que erróneamente nos atribuye (o son malinterpretadas), y explicar otras opiniones doctrinarias equivocadas que, según su peculiar modo de razonar, le darían razón a él y no a nosotros. Ese método, para decirlo de alguna manera, configura un estilo más propio de un avezado litigante que

de un académico interesado en controvertir puntos de vista y aserciones en beneficio de la claridad y evolución de la doctrina.

Por lo pronto, creemos que dicha obra habría resultado más útil para la unidad y progreso de la ciencia jurídica argentina en el campo del derecho público si, en vez de enfocar su crítica en nuestra postura sobre las fuentes constitucionales y otras cuestiones, hubiera destacado las coincidencias que mantenemos acerca de la necesidad de abandonar la tendencia estatista de nuestro derecho administrativo, enfocando su crítica en las concepciones radicalmente opuestas (4).

De su lectura se desprende una paradoja. Porque cuando para refutarnos afirma que "...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" (5), no hace más que exponer nuestra postura principal en la materia, no obstante sostener que es opuesta a la suya.

De este modo, el afán por el debate (en este caso, sobre las fuentes) parece haber prevalecido sobre la consistencia de los argumentos de nuestro apreciado colega, algo que sinceramente lamentamos, en la creencia de que el oficio de jurista no condice con la recurrencia a métodos cuestionables para defender opiniones propias ni para contrarrestar las ajenas.

## II. Las fuentes de la CN y, en particular, la fuente del art. 109 de la CN

A esta altura de la evolución del derecho público argentino resultaría superfluo debatir sobre las fuentes de la CN (materia de la que nos ocupamos en trabajos anteriores) para demostrar el error en el que incurren quienes siguen sosteniendo que la Constitución Argentina constituye una copia de la Constitución norteamericana (6). Esta opinión contradice la del principal inspirador y autor del proyecto constitucional (7) que fue, sin duda alguna, Juan Bautista Alberdi (8) y, además, las opiniones de los constituyentes que elaboraron el Informe de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución al Congreso (9).

Para que quede claro, no hemos negado que el modelo estadounidense sea una de las fuentes principales de la Constitución de 1853. La tesis que siempre hemos sostenido, en compañía de Sánchez Viamonte y de un sinnúmero de destacados iuspublicistas argentinos (10), radica en la confluencia de fuentes americanas, europeas y hasta vernáculas, volcadas en la construcción del modelo alberdiano, afín a nuestra idiosincrasia.

En tal sentido, se ha reconocido que las fuentes de incidencia más significativas de la Constitución de 1853, denominadas primarias, fueron: 1) el Proyecto de Alberdi que publicó en la segunda edición de Las Bases en septiembre de 1852; 2) la Constitución argentina de 1826, que contiene más de cuarenta artículos de la Constitución de 1853; 3) la Constitución de los Estados Unidos de América, que incide, aproximadamente, en la mitad de los artículos de la Constitución argentina; 4) la Constitución de Chile de 1833 (en donde figura la fuente del actual art. 109); 5) el Anteproyecto de Gorostiaga, principalmente en la parte orgánica de la Constitución (11).

Como es sabido, la fuente directa del art. 109 de la CN fue el art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (12) el cual, a su vez, reprodujo casi textualmente los arts. 242 y 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 (13). En este punto no hay discusión, pero la interpretación difiere en los alcances del sistema judicialista proyectado por Alberdi. Mientras Mairal y algunos acólitos suponen que quiso excluir de la prohibición de ejercer funciones judiciales del Poder Ejecutivo a las causas contencioso-administrativas, antiguamente denominadas "negocios de Hacienda", una legión de juristas pensamos que Alberdi proyectó una formulación amplia, precisamente por no haber incorporado la primera parte del art. 108, que prescribe que la potestad de decidir las causas civiles y penales compete a la justicia.

La confusión proviene de suponer que Alberdi, al no incorporar en su proyecto de Constitución la referencia a las "causas civiles y criminales", lo que perseguía y lograba era excluir del conocimiento de los jueces a las causas de hacienda o contencioso-administrativas (14). Ese razonamiento resulta erróneo, como lo ha podido demostrar claramente Bosch (el autor más citado por la Corte en esta materia).

Se trata de un error fácil de descubrir máxime para quienes conocen bien el pensamiento de Bosch sobre el punto (15), a quien muchos sugieren haber seguido sin hacerlo quizás por no efectuar la lectura sistemática y completa de su obra. En efecto, al referirse el art. 109 de la Constitución a cláusulas similares que contenían los reglamentos patrios de 1810 y 1811, afirma que este precepto "emplea con el mismo sentido genérico que aquellos

reglamentos la expresión funciones judiciales, al disponer la correspondiente interdicción, pero no hace excepción alguna" (16). En definitiva, Bosch sostiene que Alberdi, al eliminar el primer párrafo del texto chileno del art. 108, lo hizo "con el propósito, que ha de resultar bien evidente, de mantener en los términos de la disposición todos los asuntos contenciosos, sin distinción de categorías" (17).

### III. El concepto de jurisdicción

En la definición de este concepto, clave para analizar en nuestro sistema la constitucionalidad de los llamados tribunales administrativos, Mairal incurre en confusiones palmarias, al unificar las teorías de unos y otros pese a que resulta evidente que son contrapuestas.

El producto de esos errores, que ya venían en la primera edición y se mantienen en la segunda, revela hasta qué punto su postura sobre el tema de la jurisdicción termina siendo sincrética, confundiendo los requisitos que debe reunir el órgano que ejerce la función jurisdiccional (independencia y especialización) con los propios de la función jurisdiccional, es decir, los conceptos material (decisión de controversias) y formal (la fuerza de verdad legal), tesis que había criticado anteriormente con elocuencia Bosch (18).

Por esas razones, la afirmación que hace inicialmente Mairal en su obra, en el sentido de que hay acuerdo doctrinario sobre el concepto de jurisdicción revela por sí misma sus falencias, ya que al definir la función judicial como una especie de jurisdicción la conceptúa como "la jurisdicción que ejerce un órgano imparcial cuya existencia e independencia están constitucionalmente protegidas y cuyas decisiones, por ende, tienen fuerza de verdad legal", agregando en la respectiva nota que "es la acepción más difundida en nuestro derecho" (19), lo que es inexacto.

En esa nota apunta que tal es la posición de Bielsa, Marienhoff, Palacio y Bosch, lo que evidencia su error pues, mientras los tres primeros (20) son partidarios de una noción estrictamente material (decisión de controversias) y no acogen el elemento concerniente a la imparcialidad del órgano, Bosch, a quien hemos seguido en esta materia, definió la función jurisdiccional en base a un criterio material-formal (decisión de controversias con fuerza de verdad legal) (21), lo que es algo distinto a los requisitos que debe reunir el órgano para que su actividad sea constitucionalmente válida conforme a la jurisprudencia de la Corte (22). Por otra parte, resulta evidente que la admisión por la Corte de la constitucionalidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de tribunales administrativos, en el caso "Ángel Estrada", sigue la línea sostenida en los diferentes trabajos que hemos escrito tal como se verá infra.

Ahora bien, el método de describir todas las concepciones (23) que se han sostenido sobre el acto o la función jurisdiccional puede ser de utilidad para captar las distintas posiciones dogmáticas de la doctrina (24), pero es insuficiente para determinar la noción concreta y definida que toma el autor. Porque separar las teorías, sin más, omitiendo exponer cuál es la noción que finalmente se adopta o propicia (25), configura un método que no conduce a ningún lado. Así, al no aplicar la noción material-formal de jurisdicción antes referida, para interpretar la manera en que se aplica el art. 109 de la CN a ciertos tipos de actos que denomina cuasijurisdiccionales (26), no se puede determinar si ellos se rigen por los principios y normas de la función materialmente administrativa (cuyo régimen admite, por ejemplo, la revocación del acto a favor del administrado) o por el correspondiente a los actos jurisdiccionales puros, como son las sentencias de los jueces o las del Tribunal Fiscal de la Nación, en las que impera, en ciertas circunstancias, la fuerza de verdad legal, cuando el particular decide no impugnar el fallo ante la justicia.

La referida confusión arrastra otras y le impide captar, en su real alcance, la evolución que ha tenido el sistema judicialista argentino en materia de tribunales administrativos y de actos jurisdiccionales de los órganos administrativos a partir del leading case "Fernández Arias, Elena c. Poggio" del año 1960 (27), tal como se describe más adelante.

### IV. Inexistencia de funciones o actos cuasijurisdiccionales

La crítica que realizamos en este trabajo se extiende, como es lógico, a la tesis que sostiene la existencia de funciones o actos cuasi-jurisdiccionales de la Administración, tesis proveniente del derecho norteamericano que nadie que sepamos ha compartido, al menos en forma orgánica y sistemática, en el derecho público argentino.

Según esta tesis, el acto de la Administración que aplica una sanción de policía administrativa o el acto de

gravamen en el que ha habido una controversia con el particular afectado que le permite a la Administración decir el derecho, no sería un acto administrativo sino un acto cuasijudicial.

Resulta relativamente fácil descubrir el equívoco que anida en dicha tesis que parte de la ausencia de una idea clara sobre la función administrativa, en sentido material, en la que el Poder Ejecutivo y sus órganos ejercen la competencia prevista genéricamente en la Constitución (art. 99 inc. 1 de la CN) como jefe de Gobierno y responsable de la administración general del país, además de las competencias que le asignan las leyes (art. 3° LNPA).

Los actos administrativos que envuelven la decisión de una controversia en sede administrativa son numerosos y si todos ellos se considerasen actos jurisdiccionales o equivalentes (cuasi-judiciales) se estaría trastocando nada menos que el principio basal de la separación de los poderes.

En lo que parece no haber reparado la tesis que criticamos es en el hecho de que, aun cuando en dichas decisiones el acto adquiera firmeza y haga cosa juzgada administrativa, su régimen es el propio de los actos administrativos y no el de los actos jurisdiccionales (en especial porque la denominada "cosa juzgada administrativa" difiere, como es sabido, de la cosa juzgada judicial en cuanto es posible siempre revocar la decisión a favor del particular o administrado) (28).

En todas las situaciones o casos especiales que se describen en la amplia sistematización que formula Mairal en esta nueva edición luce la tendencia del derecho norteamericano a limitar el control judicial (29), sobre todo aplicando la "doctrina de la diferencia" en los supuestos específicos de revisión de decisiones de los entes reguladores o de medidas de índole económica (30), lo que consideramos conculca el principio del control judicial pleno, amplio y suficiente tanto de actos administrativos sancionatorios y demás casos especiales que enuncia como en las decisiones de los entes reguladores o de los tribunales administrativos, conforme a la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en los casos "Fernández Arias", "Ángel Estrada" y posteriores que citamos en este trabajo.

Sin llegar al extremo de lo que afirma Nieto en el sentido de que no debe sorprendernos que el derecho norteamericano no constituya un derecho maduro ni perfecto (31), nos parece que las restricciones que plantea la aplicación de la doctrina de la deferencia al control de las decisiones administrativas o jurisdiccionales de la Administración (estas últimas siempre que cumplan con los requisitos que hacen su idoneidad específica e independencia establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema), no pueden constitucionalmente sustentarse, precisamente por la prohibición al Poder Ejecutivo (y naturalmente a los demás órganos de la Administración) de ejercer funciones judiciales que consagra el art. 109 de la CN.

A su vez, en el campo de las sanciones administrativas se advierte la tendencia hacia la ampliación del control judicial a las cuestiones de hecho y la superación de la deferencia por la revisión de la razonabilidad (aparte de la aplicación del principio de proporcionalidad) de la medida adoptada en sede administrativa (32).

## **V. El judicialismo de la Constitución de Cádiz como fuente del sistema judicialista argentino**

El hecho de haber sostenido que la fuente indirecta del art. 109 de la CN haya sido de la Constitución de Cádiz, particularmente el art. 243, ha provocado la desmedida reacción de Mairal al sugerir que hemos inventado una interpretación antojadiza y subjetiva que se aparta de la jurisprudencia y doctrina constitucionales vigentes.

En primer lugar, nunca hemos dicho que la fuente directa de la CN fuera la Constitución de Cádiz, como se deduce de su crítica (33), sino que la fuente directa del art. 109 fue el art. 108 de la Constitución de Chile. Lo que posiblemente explique esa confusión de Mairal es que este último precepto se funda, parcialmente, en el art. 243 de la Constitución gaditana y esa circunstancia, amén de otras señaladas también por la doctrina (34), nos conduce a Cádiz como fuente indirecta del artículo mencionado aparte de serlo de otras prescripciones constitucionales.

Precisamente la circunstancia de que, en la redacción de Alberdi, el contenido del artículo guarda mayor semejanza con el art. 243 de dicha Constitución (del que solo eliminó las referencias a las Cortes y al Rey), indican que Alberdi terminó adoptando una interdicción similar a la establecida en la norma gaditana para acentuar el sistema judicialista. Como afirma Nieto (35), en general, sobre el sistema español, se trata de un "judicialismo puro". Cabe suponer que Alberdi, como estadista genial y verdadero autor de la mayor parte del texto constitucional, estaba más preocupado por los excesos en que podía incurrir un Poder Ejecutivo fuerte, como

el de su Proyecto, que por la fiscalización del Parlamento, cuyos desbordes resultan controlados —en su esquema constitucional— por un Poder Judicial independiente. Por lo demás, es razonable concluir que la tiranía que durante tantos años ejerció Rosas también influyó para que, aparte de la interdicción del art. 109, estableciera la prohibición de facultades extraordinarias y de conceder la suma del público etc., en cabeza del Poder Ejecutivo (art. 29 CN).

Mairal afirma que es dudoso que la Constitución de Cádiz de 1812 haya adoptado el sistema judicialista, apoyándose en la casi solitaria opinión de Garrido Falla (36). Es cierto que Muñoz Machado, uno de los más distinguidos juristas españoles, señaló que la Constitución gaditana nunca llegó a tener una vigencia asentada y pacífica, pero de ello no se deriva que considerase inexistente al judicialismo de Cádiz, el cual ha reconocido en forma expresa en su Tratado, como se verá seguidamente.

Pero el hecho de que la vigencia de la Constitución de Cádiz haya sido o no efectiva, nada tiene que ver con el debate sobre la concepción judicialista que siguió, pues una cosa es si esa Constitución adoptó o no el sistema judicialista y otra muy diferente es el grado de vigencia que tuvo en la práctica. La esencia de la discusión doctrinaria pasa por lo primero, y aunque alguien piense lo contrario o lo ignore, no se puede desconocer que la Constitución de Cádiz prescribió el sistema judicialista (37).

Corresponde señalar que, con posterioridad a la obra de Fernández Torres, la doctrina española realizó estudios exhaustivos sobre la Constitución de Cádiz, entre los que luce el efectuado por Lozano Miralles, quien destaca el carácter judicialista de esta y señala que los encargados de la redacción del proyecto constitucional hicieron mucho más en la línea de garantizar la función judicial con un poder independiente e imparcial que lo que se afirma en el Discurso preliminar (38) atribuido, según la opinión de la mayor parte de los historiadores del derecho español, al jurista Agustín Arguelles.

Al respecto, no se puede dudar como hace nuestro antagonista, utilizando una ironía que juzgamos inapropiada (39), que la opinión de Muñoz Machado es terminante acerca del judicialismo que adoptó la Constitución de Cádiz (40). Basta con transcribir dos párrafos de su análisis sobre el punto. Así, tras señalar que "los principios que viene a establecer la Constitución de 18 de marzo de 1812, subrayan la plena reserva de la función judicial en favor de los tribunales" (41), afirmó enfáticamente que de los preceptos "...que se aprueban como está suficientemente demostrado y aceptado por nuestra doctrina (A. Nieto, R. Parada, A. Gallego, J. A. Santamaría, J. R. Fernández, etc.) no hay ningún atisbo de ruptura del principio de unidad de jurisdicción ni de atribución de la función de juzgar los litigios en que es parte la Administración, a algún órgano distinto de la propia jurisdicción ordinaria" (42).

También encontramos otros desaciertos en las citas de la doctrina española.

En tal sentido, al referirse a la postura de la doctrina española sobre el sistema que adoptó Cádiz, Mairal afirma que le parece más matizada la posición de Fernández Torres (43), pese a que este distinguido autor, correctamente identificado por Muñoz Machado como partidario del judicialismo gaditano, se haya pronunciado también, sin que quepa duda alguna, a favor de quienes consideran que la Constitución de Cádiz (44) instrumentó un sistema marcadamente judicialista.

## **VI. Sobre la jurisdicción administrativa y los tribunales administrativos**

Como es sabido, en las sucesivas ediciones de nuestro Curso (45) siempre hemos sostenido, siguiendo a nuestro primer maestro, el concepto empleado por Bosch para definir la jurisdicción y su teoría para aceptar la constitucionalidad de la creación de tribunales administrativos por razones de especialización y bajo un régimen que asegure su imparcialidad e independencia, a condición de que exista un control judicial amplio y suficiente. Jamás como cláusula general de jurisdicción.

Como se verá seguidamente, esta es la doctrina que ha seguido la Corte, aunque es probable que muy pocos lo reconozcan, pues en Argentina existe una tendencia reacia a reconocer la paternidad o influencia que ha tenido la doctrina vernácula, particularmente en la jurisprudencia de la Corte.

A ello se añade que en varios casos se malinterpretan las opiniones ajenas, lo que en este caso brinda una nueva ocasión para nuestra crítica.

Nos referimos a dos pasajes de la obra de Mairal, que confirman lo que acabamos de decir.

Apenas asomados en la lectura de la obra descubrimos una primera falacia consistente en decir —con referencia a nuestra obra— que le parece que seguimos la doctrina dominante sobre la jurisdicción, en base a una cita que poco ilustra sobre la cuestión (46), y omitiendo todo el desarrollo que hacemos en el texto. Para que no queden dudas al lector (que es lo que verdaderamente nos preocupa) vamos a transcribir la cita en forma completa al final de este punto.

Como más adelante Mairal pondera la jurisdicción administrativa, sobre todo la jurisdicción administrativa primaria existente en los Estados Unidos, y no le atribuye ningún rasgo diferencial significativo con el sistema judicialista argentino, resulta difícil encuadrar su postura en parámetros normales de razonamiento jurídico. Ora la pondera, otra reconoce que es inaplicable al derecho argentino.

También nos merece una objeción otro pasaje de su libro, cuando afirma que cualquier lector extranjero que leyera nuestra obra creería que en Argentina no existe la jurisdicción administrativa (47). Esto equivale a decir, en buen romance, que negamos su existencia, y de este modo incurre en un verdadero sofisma o razonamiento falso.

Para despejar las dudas que siembra Mairal sobre nuestra postura, nos permitimos transcribir a continuación lo que expusimos en el texto de la 12ª edición del Curso (48) (omitido en esa parte y en otras de la citada obra que comentamos). Allí decimos: "La solución adoptada por la Corte en el caso 'Ángel Estrada' (49) tiene el mérito de sentar la unidad de las reglas que conforman el sistema judicialista, reafirmando sus fuentes y características fundamentales.

"El fallo confirma la tesis que hemos venido sosteniendo en dos puntos centrales que son: a) que la creación de tribunales administrativos, para ser compatible con la interdicción del art. 109 y el sistema constitucional (arts. 18, 116 y 117, CN) debe hallarse justificada en el principio de especialización, interpretado razonablemente (es decir, nunca como competencia establecida en una cláusula general de jurisdicción), y b) que la competencia para dirimir conflictos entre particulares, regidos por el derecho común (50), no corresponde a los entes reguladores sino a los jueces, que son los únicos con competencia para dirimir controversias en las que se ventilen cuestiones reguladas por los Códigos de fondo (51).

"Es evidente que estos requisitos, más otros que los complementan (creación por ley, independencia de los órganos y control judicial suficiente) indican que, al menos mientras se mantenga esta jurisprudencia, se ha cerrado bastante el camino que algunos pretenden abrir para crear tribunales administrativos que entiendan, con competencia establecida como cláusula general, en los litigios administrativos (así como parece haberse cerrado totalmente la posibilidad de habilitar a estos tribunales el juzgamiento de controversias entre particulares, reguladas por el derecho común).

"Otra cuestión es asignar funciones jurisdiccionales a entes administrativos por ley, no con competencia general en lo contencioso-administrativo, sino por razones de especialización (v.gr., entes reguladores independientes) para resolver conflictos regidos por el derecho administrativo o "estatutario", como lo ha denominado el Alto Tribunal. En este escenario, habrá que atender al estricto cumplimiento de los requisitos que exigen la doctrina y la jurisprudencia antes indicados, para no caer en transgresiones constitucionales violatorias de la separación de poderes. De lo contrario, no resulta aventurado suponer que tales irregularidades motivarán la tacha de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema.

"En esa línea, hace algún tiempo que Bosch definió un esquema negativo sobre la creación de tribunales administrativos en la Argentina, con impecable fundamentación constitucional, demostrando que, en nuestro sistema, no era posible: a) atribuir jurisdicción *jure proprio* al Poder Ejecutivo ni a sus órganos dependientes; b) crear tribunales administrativos separados del Poder Judicial (aunque independizados de la Administración activa) a los que se les adjudica una competencia como cláusula general para dirimir los conflictos regidos por el derecho administrativo, atribuyéndole jurisdicción para adoptar decisiones finales sin control judicial posterior (como el modelo francés), y c) que la función jurisdiccional sea ejercida en las causas contencioso administrativas, por el Poder Legislativo, como aconteció en los comienzos de la evolución constitucional en Estados Unidos (52) y se interpretó en la Argentina (53).

"Ahora bien, no obstante que la gran mayoría de la doctrina ha terminado coincidiendo en que la función

jurisdiccional se define, sobre la base de un criterio sustancialmente material, como aquella actividad que resuelve conflictos con fuerza de verdad legal, y que la interdicción establecida en el art. 109, CN (ex art. 95) no admite distinción entre funciones jurisdiccionales y judiciales [en contra de la opinión de Bielsa (54), en su momento debidamente refutada por la doctrina (55) y la jurisprudencia de la Corte (56)] se ha vuelto a insistir recientemente (57) en este punto de vista, intentando resucitar una teoría más que cincuentenaria que, al yacer olvidada, conservaba solo un interés histórico.

"En primer término, cabe advertir que no pensamos que la finalidad de la tesis sea, en la opinión que criticamos, la de revivir la concepción del 'administrador-juez' del antiguo derecho francés, aunque no se puede soslayar la circunstancia de que ella sea tributaria de ese sistema (58). Pero, aun con el buen abono que se le ponga a este injerto en el sistema judicialista, lo cierto es que termina matando el propio árbol que, en esta metáfora, no es otro que el sistema de separación de poderes que instituye nuestra Constitución.

"No vamos a reiterar aquí la constructiva crítica que, lúcidamente, hizo Bosch (59) sobre la tesis de su maestro Bielsa. El error de dicha tesis es notorio, y resulta de su punto de partida, en cuanto atribuye el adjetivo 'judicial' solo a los actos dictados por ese poder (60), lo cual implica establecer un criterio orgánico para definir las funciones del Poder Judicial y un criterio también orgánico para definir la actividad administrativa (como el conjunto de las funciones ejecutivas, normativas y jurisdiccionales, ejercidas por el Poder Ejecutivo) (61).

"Aparte de que en el centro de esta interpretación y otras semejantes se encuentra el equivoco de definir las funciones estatales por los órganos que las ejercen (lo cual solo sería posible en el sistema francés) ello resulta contrario al principio de separación de poderes plasmado en nuestra Constitución, el cual, como es sabido, postula la separación relativa entre órganos y funciones (62).

"Resulta evidente que la clave para afirmar una interpretación armónica en esta materia pasa por el equilibrio del sistema. Pero no es el equilibrio que instituye cualquier modelo, sino el que se logra asentando los institutos en las verdaderas bases de nuestro sistema, que es el judicialista. Esta ha sido la fundamentación que inspiró tanto la jurisprudencia de la Corte (63) (al seguir, sustancialmente, la doctrina expuesta por Bosch) como los requisitos que sostuvimos en distintos trabajos y obras (64).

"Pero como ese equilibrio no se mantiene solo, ni por la inercia del sistema, importa sobremanera que la atribución de funciones jurisdiccionales sea hecha por ley del Congreso (65), la que ha sido también definida como delegación legislativa (66), siguiendo la terminología estadounidense.

"Finalmente, en lo que concierne al órgano o ente al que la ley le asigne competencia para ejercer funciones jurisdiccionales, a la luz de lo expuesto entendemos que este nunca puede ser el Poder Ejecutivo (67), sino un órgano independiente, es decir, no sometido a su potestad jerárquica ni a la llamada tutela administrativa".

## **VII. El sistema judicialista argentino y el principio del control amplio y suficiente por parte de los jueces de la actividad jurisdiccional de la administración**

La construcción y el desarrollo evolutivo del sistema judicialista argentino es obra permanente de la dogmática constitucional argentina y de la creación de una jurisprudencia constante que, a su vez, recibe la influencia de la doctrina, en una especie de diálogo de fuentes.

En ese contexto dinámico se ha ido consolidando el art. 109 de la CN, como el precepto de mayor gravitación en nuestro sistema judicialista, al reconocer la Corte Suprema (68) que dicho precepto consagra un sistema de control judicial amplio y suficiente que excluye la creación de tribunales administrativos mediante una cláusula general de jurisdicción, así como también, como pensamos, hace incompatibles las concepciones sobre la jurisdicción administrativa primaria (69) y la deferencia, junto a la posible irreversibilidad de las cuestiones de hecho.

Es por tanto obvio que el judicialismo norteamericano, no obstante que algunos glosadores, sin mayores fundamentos, sostengan lo contrario en forma dogmática, resulta, menos acentuado que el de la Constitución argentina, como lo reconoció el mismo Mairal (70), a pesar de que ahora, en forma contradictoria, califica al art. 109 de la CN de "redundante" (71).

También es obvio que la plenitud del control judicial se impone, no solo como consecuencia de los arts. 29,

109, 115 y 116 de la CN sino también, tras la reforma Constitucional de 1994, por imperio del principio de la tutela judicial efectiva que consagran los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN), principio que ha venido a reforzar el sistema judicialista argentino (72).

En el diseño de este último cobra una especial relevancia jurídica el principio del control judicial amplio y suficiente en cuanto tiende a garantizar el acceso irrestricto a la justicia por quienes se encuentran legitimados para accionar contra el Estado. Se trata de un principio rector de nuestro sistema constitucional que reafirma la tesis de la unidad de jurisdicción que prescribe la Constitución argentina.

De ese modo, la actividad jurisdiccional de la Administración en el sistema constitucional argentino es excepcional y nunca puede admitirse como cláusula general de jurisdicción ni como jurisdicción administrativa primaria (73). En este punto, es evidente la diferencia que existe entre el sistema vernáculo y el norteamericano —aparte de otras peculiaridades— puesto que en los Estados Unidos se admite, genéricamente, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las agencias reguladoras (en sentido amplio), cuyas funciones no tienen "empacho" en calificar de naturaleza judicial (74).

Inicialmente, la mayoría de la Corte en el caso "Fernández Arias" señaló que "el control judicial suficiente quiere decir: a) el reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer un recurso ante los jueces ordinarios y, b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos..." (75).

En la disidencia de los ministros Boffi Boggero y Aberastury se perfila con claridad el fundamento de ese control judicial suficiente, teniendo en consideración que la CN "es un conjunto normativo en que todos los artículos deben ser razonablemente armonizados para responder así a su organización, equilibrio de los poderes constitucionales previstos por los constituyentes de 1853" (76), agregando que "el art. 95..." (actual 109) "...se vincula y entre otras normas" con los arts. 18, 29 y con los preceptos de los ex arts. 104 y 105 de la CN (actualmente arts. 115 y 116). Y remata esa construcción puntualizando que esas normas se relacionan con el pensamiento profundo sobre el principio de la separación o distribución de los poderes, del cual expresa que es un "principio fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica" (77).

Varios años más tarde, en el caso "Ángel Estrada", la Corte puntualizó que el control judicial de los actos jurisdiccionales de los órganos administrativos, aparte de los requisitos que hacen a la idoneidad, especialización e independencia funcional y orgánica, debe consistir en un control amplio (78).

Porque la amplitud del control judicial es algo más que un control judicial suficiente y así se desprende de la propia definición de la Corte, en cuanto niega a los tribunales administrativos "...la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos" (79).

Si los tribunales administrativos carecen de la potestad de dictar resoluciones finales sobre los hechos y el derecho aplicable, se sigue de esa premisa que —según la Corte— en el sistema judicialista argentino, por imperio de los preceptos de la CN y del Pacto de San José de Costa Rica antes señalados, no resulta procedente limitar la revisión judicial de los hechos que constituyen la causa de la decisión jurisdiccional recurrida ante la justicia y menos aún, del derecho aplicable.

Por ese motivo, la complicada construcción del derecho norteamericano que Mairal pretende extrapolar al derecho argentino, calificando la revisión por grados (máxima, amplia, media y mínima) choca con el principio del control amplio y suficiente que viene aplicando, con sabiduría, nuestro Alto Tribunal (80).

Se ha dicho que "a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde las llamadas 'cuestiones de hecho' solo son fiscalizables en casos excepcionales en Argentina tales cuestiones son plena y ampliamente justiciables..." (81).

En consecuencia, el principal problema que plantea esta manera de concebir el control judicial estriba en la idea foránea de la "deferencia" que impide revisar con plenitud las cuestiones de hecho (82). Porque mientras el control judicial suficiente implica que existe en la cantidad adecuada o necesaria de órganos judiciales que hacen la revisión (por ejemplo, una o dos instancias) su carácter amplio hace a su extensión, abarcando las materias sustantivas y adjetivas objeto de la revisión judicial (cuestiones de derecho y de hecho), con excepción de las

controversias entre particulares regidas por el derecho común (83).

En resumidas cuentas, de la circunstancia de haber consagrado la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109 CN) y del principio de la tutela judicial efectiva y sus derivados (pro actione y pro administrado), se desprenden una serie de principios garantísticos, encabezados por el principio de control amplio y suficiente el cual, como todo principio, constituye un mandato vinculante (carente de supuestos de hecho) que vincula a la Administración y a los jueces, que prevalece sobre las normas en sentido estricto (84).

Por otra parte, la plenitud o carácter amplio de la revisión judicial puede predicarse tanto sobre las cuestiones genéricas (de hecho y de derecho) como específicas (85) (actos reglados y discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados, cuestiones políticas) que involucran un aspecto material o formal que incluye la revisión de los hechos y del derecho.

Esa verdadera constelación de principios a que antes aludimos (control judicial amplio y suficiente y tutela judicial efectiva) se proyecta, asimismo, a otras instituciones jurídicas administrativas como el agotamiento de la instancia administrativa (86) y los plazos de caducidad (87) (particularmente en casos de nulidad absoluta) (88), los efectos erga omnes (89) de la anulación de los reglamentos, la admisión de pretensiones declarativas de inconstitucionalidad (90), las cuestiones políticas (91) etc., en las que debe prevalecer siempre la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales y no la más restrictiva que supone la traslación sin más a nuestro país de las soluciones que brinda el derecho norteamericano, el cual exhibe otra realidad más casuista y apropiada a su idiosincrasia y donde existe una mayor confianza en la imparcialidad de la Administración para garantizar el derecho de defensa.

Por todo ello, nada mejor que recordar las palabras de Alberdi, que lucen en las Bases, cuando escribió:

"Todas las constituciones cambian o sucumben cuando son hijas de la imitación; la única que no cambia, la única que acompaña al país mientras vive, y por la cual vive, es la constitución que ese país ha recibido de los acontecimientos de su historia, es decir, de los hechos que componen la cadena de su existencia, a partir del día de su nacimiento. La constitución histórica, obra de los hechos, es la unión viva, la única real y permanente de cada país, que sobrevive a todos los ensayos y sobrenada en todos los naufragios" (92).

### VIII. Epílogo

La libertad de estipulación no puede soslayar los principios de la lógica y amparar tesis únicamente dirigidas a vencer en una controversia jurídica (dialéctica erística).

Sin perjuicio de la injustificada extensión del tema de las fuentes (que hoy día, tras los debates habidos (93) creíamos realmente superado) en una obra sobre el control judicial de la Administración pensamos que suponer que el contenido del derecho norteamericano, concebido como un todo que alberga una visión integral que absorbe el contenido jurídico de las partes que no han seguido ese modelo (una suerte de pensamiento holístico) constituye un verdadero desacierto histórico y científico (94).

En ese rumbo, resulta también objetable la utilización de un mecanismo retórico para convencer y fundar la conveniencia de adoptar soluciones similares a las que brinda un conjunto jurisprudencial y normativo casuista y asistemático, sin exponer los métodos interpretativos ni los principios generales del derecho que fundan la construcción que se describe (una réplica de la norteamericana) y se pretende trasladar, sin más, al derecho argentino.

Que quede claro que no es el nacionalismo el que inspira nuestra posición adversa a esas elucubraciones doctrinarias que, afortunadamente, no ha seguido, en líneas generales, la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Por lo demás, la ausencia de una adecuada explicación acerca de cuál es la tendencia de la filosofía del derecho (95) a que adscribe la obra de Mairal permite la subsistencia de algunas lagunas acerca de —por ejemplo— como debe interpretar el juez las carencias normativas y a la posibilidad de crear el derecho, o la aplicación del derecho injusto, que perjudican la necesaria justificación de las sentencias que dictan los jueces a favor o en contra de la Administración.

Sobre la base de la errónea creencia de que la Constitución argentina constituye una mera copia de la

norteamericana, en un escenario donde desde el principal e indiscutido autor del proyecto constitucional hasta un sinnúmero de destacados ius publicistas argentinos han sostenido lo contrario (sin negar la influencia de ese modelo), configura una falacia lógica, que además prescinde de las fuentes de normas y principios que no se encuentran en la Constitución de los Estados Unidos.

Tal es lo que acontece con la idea de argumentar que el art. 109 de la CN no tiene su fuente en la Constitución de Cádiz, precisamente como fuente indirecta, tal como nosotros sostenemos. Si el art. 108 de la Constitución de Chile, que la doctrina reconoce sin discusión que ha sido la fuente directa del art. 109 de la CN, está tomado de los arts. 242 y 243 de la Constitución de Cádiz de 1812, la idea anterior es improponible.

En igual medida, aunque signada por la mayor gravedad de las consecuencias interpretativas, resulta a nuestro juicio errada la tesis que restringe el alcance del control de los jueces sobre los actos jurisdiccionales que emiten, excepcionalmente en nuestro sistema, los órganos o tribunales administrativos, ya que, como hemos demostrado ut supra, se impone siempre el principio del control amplio y suficiente (96). Este principio, reafirmado con mayor claridad en "Ángel Estrada", se reitera en la jurisprudencia posterior de la Corte (97).

Es fácil deducir que para la jurisprudencia de la Corte la amplitud del control constituye un principio inexorable (98), y que para determinar la constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales de órganos administrativos deben cumplirse las condiciones requeridas para quienes las dictan, que son distintas a las que definen la materia jurisdiccional, en línea con los que venimos sosteniendo hace bastante tiempo.

Reiteramos, en fin, que la doctrina de Mairal no acoge la tesis del control judicial amplio sino por grados (máximo, amplio, medio y mínimo) aunque sin cuestionar los requisitos que hacen a la idoneidad del órgano para admitir la constitucionalidad de su creación. Al hacerlo de esa forma está reconociendo implícitamente una jurisdicción administrativa primaria, pese a que sostenga su inaplicabilidad en nuestro sistema jurídico.

Como ha dicho un filósofo del derecho que admiramos (no obstante ubicarse en muchos aspectos en las antípodas pensamiento iusnaturalista finisiano) no todo da igual y cuando se trata de pensar en los sistemas normativos algunos juristas parecen no contentarse con los resultados más evidentes del razonamiento lógico y pretenden decidir por sí mismos (99).

A todas luces, tal es lo que ocurre con las cuestiones interpretativas planteadas, en este debate en el que impone optar por la solución que proporciona la mayor garantía posible para la protección de las libertades y demás derechos fundamentales frente al Estado. Pero a nuestro juicio constituye un error muy grande suponer que habrá mayores garantías si la controversia se decide finalmente en la Administración, limitando el acceso a la justicia.

De esta manera, el tema de la fuente del art. 109 de la CN enmascara otro más profundo y real en este tema que es la plenitud del control judicial.

El real sentido de la tesis que cuestionamos, y que fluye de su construcción jurídica, consistiría en: reemplazar el modelo judicialista de la Constitución argentina (con la diversidad de fuentes y un judicialismo puro) por el modelo norteamericano que, en comparación, constituye un judicialismo más restringido (por la aplicación indistinta y casuista de prácticas jurisprudenciales ajenas a nuestro sistema judicial, tales como la limitación de la revisión de las cuestiones de hecho por parte de los tribunales, que resultan abiertamente incompatibles con los principios de nuestra Constitución).

Los juristas debemos evitar convertirnos en glosadores de los modelos extranjeros, sin perjuicio de acudir a ellos cuando la interpretación lo exige, o cuando se configuran lagunas dogmáticas o axiológicas, pero no cuando están en abierta contradicción con la jurisprudencia de la Corte que muestra el desarrollo de una concepción basada en la mayor protección de los derechos fundamentales.

Como se ha dicho con acierto "los hechos son condicionantes del derecho. Un sistema de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa puede ser eficaz y el otro no" (100) y es evidente que la idiosincrasia, el sistema constitucional y las circunstancias históricas demuestran que sería un verdadero desacierto, seguir in totum las doctrinas jurisprudenciales del derecho norteamericano y "tirar por la borda" la sabia jurisprudencia de la Corte sobre la plenitud del control de todos los actos de la Administración emanados de los órganos o tribunales administrativos (o como se los denomine) y, menos aún, de las sanciones aplicables en ejercicio de la policía

bancaria, poderes disciplinarios y casos semejantes adoptados en procedimientos administrativos en los que la Administración ejerce sus competencias propias.

Deseamos dejar constancia, que nuestra crítica, aparte de referirse a la interpretación de las fuentes constitucionales que juzgamos equivocada, no descarta otros desacuerdos trascendentes ni pretende quitar mérito a determinadas proposiciones que se exponen en la obra de Mairal, que compartimos y consideramos útiles para el fortalecimiento de los principios de la Constitución.

En definitiva, el derecho es lo que es y no lo que queremos que sea. En un enfoque realista y natural, que no excluye la evolución necesaria y razonable ni los cambios fundados en el bien común (y sin conculcar el Estado de derecho y los principios constitucionales), se halla la clave para interpretar cómo funciona el sistema judicialista argentino, que al consagrar el principio del control amplio y suficiente y el de la tutela judicial efectiva, torna imposible subsumirlo en criterios jurisprudenciales que cercenan la plenitud que debe tener la revisión que efectúan los jueces en las diferentes causas que deben resolver.

Dos comentarios finales: el primero es que, con independencia de la crítica que efectuamos sobre las tesis imperantes con respecto al alcance de la revisión del sistema judicialista que nos rige, estamos lejos de propiciar una "socialización" del sistema, como bien lo ha denunciado Luqui (101). El segundo, que con la crítica efectuada solo hemos pretendido exponer las razones por las que rechazamos la "tesis restrictiva" del control judicial de la Administración, en particular sobre la revisión limitada de las cuestiones de hecho, la jurisdicción administrativa primaria, y la doctrina de la deferencia. Todo ello, sin que implique animadversión hacia quienes propician otras tesis que consideramos equivocadas y sin desmerecer tampoco —en este caso— la utilidad de los análisis de las instituciones de derecho comparado que se vuelcan en la obra de Mairal.

Cabe reconocer, en este sentido, que ambos bregamos por un derecho administrativo que deje de asignar prevalencia al Estado sobre los derechos fundamentales de las personas (102), a efectos de que cumpla con los fines de bien común que debe perseguir —en el orden político, económico y social—, con arreglo al principio de subsidiariedad.

(1) En la misma línea crítica adoptada sobre nuestro derecho administrativo, nos endilga nada menos que haber contribuido al descrédito del modelo norteamericano, lo que implicaría a su juicio "un salto al vacío que tira por la borda 150 años de jurisprudencia constitucional y nos deja inermes frente a futuros atentados contra el principio de separación de los poderes. (Cfr. MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", La Ley, Buenos Aires, 2021, 2ª ed., p. 120.

(2) Ibidem, p. 113.

(3) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", Depalma, Buenos Aires, 1984, 1ª ed., vol. 1, p. 435, párr. 264.

(4) Así, por ejemplo, la posición estatista de GORDILLO, para fundar en la antigua concepción francesa de la escuela de Burdeos las potestades del Estado en la concesión de servicios públicos.

(5) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 120.

(6) Opinión que contradice la de RUIZ MORENO, Isidoro J., "Estudio Preliminar, Constitución Nacional de 1853. Ediciones facsimilar y documentadas", Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2005, p. 25, quien explica las razones por la que considera que "no se trató de una mera copia".

(7) FERREYRA, Raúl Gustavo, "Fundamentos constitucionales", Ediar, Buenos Aires, 2019, afirma que "...casi el noventa por ciento del texto proyectado por ALBERDI en 1852 tiene semejanza o alguna semejanza conceptual con las reglas fijadas por el poder constituyente originario en 1853" (Cfr. ob. cit., p. 108).

(8) Vid nuestro artículo: "Las fuentes de la Constitución Nacional y el Derecho Administrativo", LA LEY, 2007-E, 993.

(9) En dicho Informe suscripto por Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan Del Campillo, Manuel Leiva, Petro Ferré, Juan María Gutiérrez y José Benjamín Gorostiaga se expresa que el Proyecto de la Comisión "Es la obra del pensamiento actual argentino, manifestado por sus publicistas y recogido en el texto diario que los miembros de la Comisión mantienen con sus colegas" ("Constitución Nacional de 1853...", ob. cit., p. 52). Es obvio que al aludir al "pensamiento actual argentino" el Informe se refiere a las Bases de Alberdi el único proyecto conocido de Constitución vernácula que los constituyentes tuvieron a su alcance en las deliberaciones del

Congreso, como lo ha demostrado entre otros Jorge Mayer en sus valiosos y reiterados estudios históricos y políticos sobre el tema. El hecho de que se haya puesto en duda la autoría de Alberdi no es un argumento válido, ya que aparte de no apoyarse en prueba fehaciente no puede alterar el sentido de un informe colectivo en el que confluyen varias opiniones concordantes. Véase, además: MAYER, Jorge M., "La influencia de Alberdi, Gorostiaga, Campillo y Gutiérrez en la Constitución de 1853", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales-Año XVI, Segunda Época, nro. 19, Buenos Aires, 1981 p. 3 y ss.

(10) La cantidad de autores que se expresan en el mismo sentido que nosotros es prácticamente inagotable. A las opiniones de Sánchez Viamonte, Linares Quintana, Rodríguez Varela, Vanossi, Seco Villalba, Matienzo, Bosch, Pérez Guilhou, Mayer, etc., citados en el artículo mencionado en la nota ut supra se adicionan los numerosos trabajos escritos por el actual Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Dr. Alberto Ricardo DALLA VÍA; vid por ejemplo: "Doscientos años de la promulgación de la Constitución de Cádiz", Anales de Doctrina-2012 de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2012, p. 77 y ss., así como "La Constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el movimiento constituyente", UNLP-2009-2010, 1/11/2010, 7 y, asimismo, "La Constitución de Cádiz de 1812: un antecedente indirecto de la Constitución Nacional Argentina", Revista Jurídica UCES, <https://dspace.uces.edu.ar>, editorial: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales UCES (2009), p. 232 y ss.

(11) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 1, 2ª reimpresión, ps. 238-239.

(12) Cfr. BIANCHI, Alberto B., "La separación de poderes", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 287.

(13) VANOSSI, Jorge Reinaldo, "De nuevo: ¿Poder Judicial y Tribunales Arbitrales; o Tribunales Administrativos?", JA 2005-II-1098-1099, adhiere a nuestra opinión.

(14) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 112, señala que de haber seguido nuestra Constitución las normas de la Constitución de Chile que limitaban la exclusividad del juzgamiento por los tribunales judiciales, al igual que la de Cádiz, hubiera sido posible introducir en nuestro derecho tribunales administrativos con competencia general y decisiones finales. Lo cierto es que Alberdi con una redacción más acotada del precepto pensaba lo contrario, opinión que comparte Bosch y que reproducimos en el texto.

(15) BOSCH, Jorge Tristán, autor de uno de los mejores libros sobre la materia, fue nuestro primer e inolvidable maestro y motor de nuestra vocación por el derecho administrativo junto con Miguel S. Marienhoff.

(16) BOSCH, Jorge Tristán, "Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública", Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 55.

(17) Ibidem, p. 56, agrega que la opinión de la jurisprudencia y tratadistas que se han ocupado del tema, confirman ampliamente esa interpretación.

(18) BOSCH, Jorge Tristán, "Tribunales Judiciales...", ob. cit., p. 96, texto y nota 111.

(19) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., ps. 5 y 6, texto y nota 13.

(20) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1990, 4ª ed. actualizada, p. 86 y ss., en particular, ps. 88-89, nota 120, en la que critica la tesis de definir el acto jurisdiccional en base al concepto de la autoridad de la cosa juzgada; BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Depalma, Buenos Aires, 1955, t. I, 5ª ed., ps. 203-204.

(21) BOSCH, Jorge Tristán, "Tribunales Judiciales...", ob. cit., p. 95, con cita de LAMPUE, Pierre, "La notion d'acte juridictionnel", Revue de Droit Public, nro. 62, Paris, 1946, p. 5 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", Ed. Tea, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 34.

(22) Para un sector de la doctrina no existe la jurisdicción administrativa como consecuencia de atribuir una misma materialidad a la jurisdicción judicial que a la similar función que ejercen excepcionalmente órganos administrativos, lo cual es parcialmente cierto (HUTCHINSON, Tomás, "El sistema argentino de control judicial de la Administración", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; año 7, nro. 40, Universidad Nacional de la Plata, 2010, <http://sedeci.unlp.edu.ar> y <https://core.ac.uk>, pp. 154-155, siguiendo a Gordillo). Nos parece que esta opinión es consecuencia de una interpretación estricta del principio de la separación de los poderes, confundiendo la función jurisdiccional que, excepcionalmente ejercen los órganos o entes administrativos, con los requisitos de independencia, imparcialidad y especialización exigidos por una razonable interpretación y adecuación del art. 109 de la CN a la realidad argentina que admite esas funciones a condición de

que exista un control judicial amplio y suficiente. Esta es la crítica que hace Bosch en su obra a quienes razonan en sentido diferente al que adopta.

(23) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 5.

(24) Como han hecho distinguidos autores, véase: LUQUI, Roberto Enrique, "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 21 y ss.

(25) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 11.

(26) Ibidem, p. 14 y ss.

(27) Fallos 247:646.

(28) GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, t. 3, 4ª ed., ps. VI-3 y VI-4.

(29) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 773.

(30) Ibidem, ps. 780 y 782.

(31) NIETO, Alejandro, en el Prólogo al libro de CUCHILLO FOIX, Montserrat, "Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)", Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 15.

(32) Ver GUSMAN, Alfredo S., "Las sanciones administrativas", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2022, p. 167 y p. 214 y ss.

(33) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 107 y ss.

(34) DALLA VÍA, Alberto Ricardo, "Doscientos años de la Constitución de Cádiz...", ob. cit., p. 77.

(35) NIETO, Alejandro, "Los orígenes del contencioso-administrativo en España", RAP 50, Madrid, 1966, p. 28.

(36) GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", Tecnos, Madrid, 2006, 2ª ed., t. III, ps. 105-107.

(37) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, 4ª ed., t. II, p. 160 y ss.

(38) LOZANO MIRALLES, Jorge, "El Poder Judicial, en la obra colectiva Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen, CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y LOZANO MIRALLES, Jorge (dirs.), Jaen, 2012, p. 457 y ss., especialmente ps. 465-466.

(39) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 107, nota 478, afirma que Muñoz Machado sostiene que las influencias en la Constitución de Cádiz provenían del constitucionalismo norteamericano y francés, pero esa frase genérica no se refiere al sistema judicialista puro que consagra el art. 243 de la Constitución de Cádiz que es una norma que no se encuentra en la Constitución norteamericana ni en la francesa. Así da a entender que ponderamos una obra que contiene una posición opuesta a la nuestra que, en cualquier caso, resultaría un acto moralmente bueno, pero lo cierto es que coincide con la postura que sustentamos. Lo mismo cabe decir cuando contraponen la opinión de García De Enterría y Fernández a la nuestra, ya que estos autores se refieren a las fuentes de la Constitución de Cádiz, cuestión distinta a si Cádiz influyó en la Constitución argentina. Por otra parte, precisamente, el maestro Enterría elogió la investigación que hicimos sobre Cádiz y la Constitución argentina en la recensión que hizo de nuestro libro El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad, BdeF, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., p. XXII y ss. Tal parece ser el motivo que inspira la frase irónica de nuestro antagonista cuando apunta que la posición de Cassagne es más "españolista" que la de los propios españoles, algo así como si dijéramos que Mairal es más norteamericano que los norteamericanos, lo que podría argumentarse con mayores elementos de juicio (Véase: MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., ps. 114 y 119-120). En cualquier caso, en el abordaje sobre la protección jurisdiccional de las libertades públicas de García De Enterría y Fernández apuntan que "...El derecho histórico español conoce técnicas idénticas de protección judicial ordinaria inmediatamente efectivas, frente a los desconocimientos administrativos de derechos básicos. Los supuestos más importantes son el "recurso de manifestación", paralelo del "habeas corpus", en el Derecho aragonés y el recurso de amparo de Indias, antecedente inmediato, según parece probado de la técnica de este nombre que han desarrollado después de la emancipación con especial fortuna los países hispanoamericanos, especialmente México", (Cfr. "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, 2017, 15ª ed., t. I, p. 80).

(40) Corresponde advertir que, con respecto al art. 1 del Título II del Capítulo V de la Constitución francesa de

1791, que prescribe "Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif ni par le Roi", Muñoz Machado sostiene haber sido el precepto en el que se inspiró el art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812, lo cual es cierto (cfr. "Tratado de Derecho Administrativo...", ob. cit., t. II, p. 170). Pero, si se realiza una correcta inteligencia del contexto histórico y constitucional no puede omitirse como hace Mairal —que el citado artículo de la Constitución francesa prescribe la interdicción de ejercer el Poder Judicial y no las funciones judiciales al Legislativo y al Rey, como resulta del texto expreso de la Constitución de Cádiz. Además, Mairal omite señalar que para la época en que se dictó la Constitución francesa de 1791 se había adoptado con anterioridad (en 1790) la antigua regla, de procedencia monárquica, según la cual "juzgar a la Administración es también administrar" (MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo...", ob. cit., t. II, p. 178) corresponde deducir que una cosa era el concepto de función judicial en Francia y otra muy distinta en España, cuyo modelo constitucional gaditano prescribió claramente el sistema judicialista, tal como se concibe en el Discurso Preliminar.

(41) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho...", ob. cit., t. II, p. 182.

(42) *Ibidem*, t. II, p. 183.

(43) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 109. Nota 485.

(44) FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, "La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1885-1868)", Civitas, Madrid, 1998, p. 95 y ss., apunta que "en lo que atañe a las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial, se ha venido entendiendo con carácter general que la Constitución de 1812 establece un esquema de poder marcadamente judicialista (s. 95-96) que, en la nota 82 califica como "clásico y puro", siguiendo a Nieto, "Los orígenes de lo contencioso-administrativo...", ob. cit., p. 28.

(45) "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2021, 13ª ed., t. I, p. 56 y ss.

(46) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., p. 6, nota 14, en el que recoge una nota de nuestro Curso de la 12ª ed. (t. I, p. 66, nota 51), en el que nos referimos a la jurisdicción administrativa de los entes reguladores sin confundir los requisitos del órgano (tercero imparcial y especialización funcional) con el concepto de jurisdicción aplicable a los tribunales que desarrollamos en el punto siguiente (t. I, p. 66 y ss.).

(47) "Control judicial...", ob. cit., p. 115, no deja de llamarnos la atención que Mairal —probablemente por deferencia a su ex titular en la cátedra—, omite referirse y menos crítica la propuesta de Gordillo de transformar a la organización administrativa de un sistema generalizado de tribunales administrativos que aparte de las contradicciones constitucionales (en contra de la doctrina de Bosch), encierra en nuestra país el peligro de la corrupción y falta de imparcialidad, véase GORDILLO, Agustín A., "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa", Universidad Austral, Organización administrativa, función pública y dominio público, RAP, 2005, ps. 955-962.

(48) Vid nuestro libro "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., 12ª ed., t. I, p. 66 y ss.

(49) "Ángel Estrada y Cía. SA c. Res. 71/1996 SEyP", Fallos 328 (2005) y JA 2005-III-74 a 87, número especial "El caso 'Ángel Estrada'", del 31/08/2005.

(50) Véase BIANCHI, Alberto B., "Reflexiones sobre el caso 'Ángel Estrada' y sus efectos en la jurisdicción arbitral", ED, Supl. de Derecho Administrativo del 18/05/2005, ps. 10/11, con alusión al principio que denomina de limitación material de la competencia.

(51) ABERASTURY, Pedro, "La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos", JA 2005-III-5 y ss., al analizar el voto de la minoría en el caso "Fernández Arias", con fundamento en el ex. art. 67, inc. 11, CN (actualmente art. 75, inc. 12, CN).

(52) Cfr. BOSCH, Jorge T., "Lo contencioso administrativo y la Constitución Nacional", LA LEY, 81-834, secc. Doctrina.

(53) GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Ángel Estrada. La Corte Suprema y el fundamento de la potestad jurisdiccional. Facultades del legislador y de los justiciables", JA 2005-III-41 a 42.

(54) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina", ob. cit., t. III, p. 255, nota 79 y del mismo autor "Acto jurisdiccional y acto judicial", LA LEY, 104-825.

(55) Entre otros: BOSCH, Jorge T., "¿Tribunales judiciales...?", ob. cit., p. 100; GORDILLO, Agustín A., "Introducción al Derecho Administrativo", ob. cit., ps. 132/134.

- (56) Como lo ha señalado LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 57, nota 58.
- (57) LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial...", ob. cit., t. I, ps. 56 y ss. Las críticas que formulamos acerca de las opiniones de este autor no desmerecen la calidad científica de su obra ni la seriedad de los planteamientos doctrinales que despliega con verdadero énfasis, aun cuando muchos de ellos —según nuestra visión— resulten equivocados y, en algunos casos, contrarios al principio de la tutela judicial efectiva.
- (58) Véase: BOSCH, Jorge T., "¿Tribunales judiciales...?", ob. cit., ps. 177 y ss., y "Lo contencioso administrativo y la Constitución Nacional", LA LEY, 81-834, secc. Doctrina.
- (59) BOSCH, Jorge T., "¿Tribunales judiciales...?", ob. cit., especialmente, ps. 21 y ss.
- (60) Cfr. LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial...", ob. cit., t. I, p. 53.
- (61) La concepción de LUQUI sobre el Poder Ejecutivo y la supremacía de poderes trasunta un criterio correcto para definir materialmente las funciones estatales (ejecutiva, normativa y jurisdiccional) pero luego incurre en el equívoco de definir la actividad administrativa según un criterio orgánico. Otros autores consideran que la función administrativa es toda la actividad del Poder Ejecutivo (criterio orgánico) más la actividad de los otros poderes, excluidas las funciones materialmente jurisdiccionales (criterio semi-mixto), tal es la postura que adopta Gordillo, entre otros (Cfr. GORDILLO, Agustín A., "Introducción al Derecho...", ob. cit., p. 97 y ss.).
- (62) Cfr. BOSCH, Jorge T., "Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes", Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1944, ps. 39 y ss.
- (63) Fundamentación que la Corte ha venido afirmando a partir del caso "Fernández Arias" (Fallos 247:646) y reafirmada de modo más terminante en "Ángel Estrada".
- (64) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", LexisNexis, Buenos Aires, 2002, 7ª ed., t. II, p. 86.
- (65) In re "Ángel Estrada", consid. 12.
- (66) BOSCH, Jorge T., "¿Tribunales judiciales...?", ob. cit., ps. 88/120 y 195-196, criterio que la Corte utiliza en el caso "Ángel Estrada", consid. 14. Aunque en distintas ediciones de nuestro Derecho Administrativo criticamos la utilización de dicha terminología, una relectura sobre el pensamiento de BOSCH nos lleva a la conclusión de que existe una identidad sustancial entre su opinión y la nuestra que es, en definitiva, la adoptada por la Corte en el caso "Ángel Estrada". En efecto, cabe notar que el error de BOSCH no estaba en haber utilizado una fórmula (delegación de funciones judiciales) existente en el derecho estadounidense sino en trasladarla, sin más, a nuestro modelo constitucional, donde el sentido del término resulta más estricto y suele referirse a la transferencia a otra persona de facultades que le pertenecen al delegante. Con todo, la doctrina estadounidense ha seguido utilizando la figura de la delegación para referirse a la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos, así como a la creación de tribunales administrativos por el Congreso. En efecto, en los países anglosajones, el término delegación se utiliza (aparte del sentido clásico de origen románico o canónico) como sinónimo de asignación y tal es el sentido que corresponde atribuir al concepto de "poder no delegado" que prescribe el art. 121, CN, dado que no son las Provincias las que delegan los poderes sino la Constitución, como reza el principio constitucional (véase, por ejemplo, SCHWARTZ, Bernard, "Administrative Law", Little, Brown & Co., Boston, 1984, 2ª ed., p. 7). De esta manera, en el derecho constitucional estadounidense, la Constitución "delega" diferentes poderes en las ramas ejecutiva, legislativa y judicial del Gobierno (cfr. Black's Law Dictionary, 6ª ed., West Publishing Co., 1990). En el mismo sentido, la Encyclopaedia Britannica explica que, en el derecho constitucional estadounidense, "delegación de poderes" se refiere a los diferentes poderes atribuidos, respectivamente, a cada una de las ramas del gobierno (cfr. [www.britannica.com/eb/article9061134](http://www.britannica.com/eb/article9061134)). En la doctrina del Derecho Público —no obstante el peso de algunas interpretaciones distintas— se ha interpretado el art. 109, CN, en el sentido de que quien distribuye o delega los poderes es la Constitución y no las Provincias (cfr. AJA ESPIL, Jorge A., "Constitución y poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes", TEA, Buenos Aires, 1987, p. 39, y SAGÜÉS, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", Astrea, Buenos Aires, 1999, 3ª ed. act. y ampl., t. 2, p. 37).
- (67) Ha sido Bidart Campos quien ha sostenido esta interpretación que, en su momento, compartimos (BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", ob. cit., t. I, p. 789, y CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", ob. cit., t. I, Buenos Aires, 1986, p. 95), lo que ha motivado la crítica de Luqui, quien afirma que

dicha interpretación es equivocada. En síntesis, sostiene —con cita de Bosch— que "no resulta razonable que se prohíba al Presidente lo que se permite a los subordinados" (LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial...", ob. cit., t. I, ps. 57/58, nota 59). Con el respeto que nuestro colega nos merece, pensamos que una lectura detenida de nuestra obra es suficiente para refutar esta crítica, ya que nunca hemos sostenido que escapen de la interdicción constitucional los órganos dependientes o subordinados al Poder Ejecutivo, opinión que, en definitiva, es también la de Bosch ("Lo contencioso administrativo...", ob. cit., p. 830). Por el contrario, al igual que este último, nuestra opinión siempre ha sido la de aceptar el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos o entes administrativos sólo cuando son independientes del Poder Ejecutivo y existan causales razonables de especialización (por ej., Tribunal Fiscal de la Nación) además de los otros requisitos que se han expuesto. Cabe agregar, por lo demás, que BOSCH acepta, aunque con reservas, que se atribuyan funciones jurisdiccionales a órganos administrativos independientes por parte del Congreso, lo cual confirma la interpretación que hacemos. (68) Cfr. Doctrina de la Corte expuesta a partir del caso "Fernández Arias c. Poggio" (Fallos 247:646) y "Ángel Estrada" (Fallos 328:651) y jurisprudencia posterior de la Corte que más adelante citamos.

(69) En su meduloso estudio Bianchi afirma que la jurisdicción primaria no es una cuestión clara "ni práctica en el derecho norteamericano y requiere ser diferenciada del agotamiento de la instancia administrativa" ("La separación de poderes...", ob. cit., p. 240). Como puede advertirse que ello resultaría imposible en el derecho argentino precisamente por el art. 109 de la CN que Mairal considera "redundante" que inclina el fiel de la balanza del sistema hacia un judicialismo puro.

(70) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., 1ª ed., t. II, p. 435.

(71) A propósito de la interpretación del art. 109 de la CN Mairal ha dicho que: "un lector extranjero, de leer lo que dice Cassagne sobre el punto concluiría que no existe, es nuestro derecho, la "jurisdicción administrativa" y afirma que ella existe (en la terminología de nuestra Corte Suprema) agregando que "...la hemos cohonestado con el art. 109 de la CN con el arbitrio de distinguir entre "función judicial" y "función jurisdiccional" ("Control judicial...", ob. cit., ps. 115-116). Este modo de cohonestar (que significa encubrir o paliar) el art. 109 de la CN sobre la base de la distinción entre lo jurisdiccional judicial y lo jurisdiccional administrativo es a nuestro juicio equivocado porque el concepto material-formal de la función judicial es el mismo que el de la función jurisdiccional. Aquí, Mairal parece haber seguido el criterio de Bielsa y de Linares, usando una concepción criticada por Bosch que es el jurista más citado en los "leading case" de la Corte ("Fernández Arias" y "Ángel Estrada"); véase BOSCH, Jorge Tristán, "Tribunales Administrativos...", ob. cit., p. 100, texto y nota 118.

(72) In re "Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986", Fallos 327:4185.

(73) Véase: el enjundioso estudio de COVIELLO, Pedro J. J., "¿Qué es la jurisdicción administrativa primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación por el caso 'Ángel Estrada')", EDA-2005-429.

(74) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial...", ob. cit., 2ª ed., p. 11, texto y nota 39.

(75) In re "Fernández Arias c. Poggio" (Fallos 247: 646).

(76) BOFFI BOGGERO, Luis M. y ABERASTURY, Pedro, en los considerandos 4º y 5º de la disidencia en el caso "Fernández Arias", vid: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Máximos precedentes...", ob. cit., Buenos Aires, 2013, t. I, p. 147.

(77) "Fernández Arias c. Poggio", consid. 6º, "Máximos precedentes...", ob. cit., t. I, ps. 147-148.

(78) "Ángel Estrada", Fallos 328:651, "Máximos precedentes...", t. I, consid. 22 in fine, p. 207.

(79) "Fernández Arias c. Poggio", consid. 6º, "Máximos precedentes...", ob. cit., t. I, consid. 19, p. 145, de este considerando, reiterado en la jurisprudencia posterior de la Corte, se desprende que el control judicial sobre los actos jurisdiccionales de la Administración debe ser amplio y comprensivo de la revisión de las cuestiones de hecho.

(80) Es verdad que, como apunta Tawil, la revisión del alcance de la revisión por grados en el derecho norteamericano fue reconocida con anterioridad por Bosch (cfr. TAWIL, Guido S., "Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 305), pero hay que advertir que el propósito que guiaba a nuestro insigne maestro era la explicación del sistema norteamericano al que, en definitiva, consideró inaplicable en el derecho constitucional y administrativo argentino (BOSCH, Jorge Tristán, "Tribunales judiciales...", ob. cit., p. 104 y ss., especialmente p. 121 y ss.)

(81) Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar, "El caso 'Camuzzi': Discrecionalidad regulatoria, ejercicio de funciones

jurisdiccionales y control judicial en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en "Máximos precedentes...", ob. cit., p. 1137 y TAWIL, Guido S., "Administración y Justicia...", ob. cit., t. II, p. 319 y del mismo autor "El Control de la calificación jurídica de los hechos por parte de los tribunales de justicia", LA LEY, 1992-D, 335.

(82) Al respecto, la posición que asume Mairal es al menos contradictoria, ya que tras afirmar que "en las cuestiones de hecho..." "...la regla puede diferir y bajo ciertas circunstancias, la determinación administrativa adquiere carácter casi definitivo..." ("Control judicial...", ob. cit., p. 719) unas páginas más adelante cita una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Barberis Duarte" del 13/10/2011 citado por la Corte en el caso "Pogonza") de la que se desprende una conclusión contraria a la sustentada con fundamento en el principio de la tutela judicial efectiva.

(83) Vid: "Ángel Estrada", "Máximos precedentes...", ob. cit., t. I, consids. 15 y 16, ps. 208-209.

(84) Ampliar en nuestro "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., 13ª ed., t. I, p. 206 y ss.

(85) Vid: BALBÍN, Carlos F., "Proceso Contencioso Administrativo Federal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 68 y ss.; describe la jurisprudencia oscilante de la Cámara de los Contencioso-Administrativo Federal, en la que se advierten distintos supuestos de revisión difíciles de encuadrar en una teoría orgánica como la de la Corte Suprema.

(86) PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa", Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo-I, ps. 257 al 294.

(87) En el plano del proceso contencioso administrativo la regla del agotamiento aparece extremadamente vinculada al establecimiento de plazos de caducidad para habilitar la instancia judicial. Mientras la jurisprudencia sigue manteniendo la constitucionalidad de la regla, un sector de la doctrina ha cuestionado su constitucionalidad, véase: BIANCHI, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", LA LEY, 1995-A, 397; ABERASTURY, Pedro, "El plazo de caducidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.) Tratado de Derecho Procesal Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 678; SORIA, Daniel F., "El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Reda nros. 24/26, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 54, nota 31 y nuestro "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., 13ª ed., t. II, p. 714, por aplicación del principio de la tutela judicial efectiva que consagran los arts. 8º y 25º de la CADH, cuya jerarquía no puede discutirse (art. 75 inc. 22 CN). El desarrollo que efectúa Mairal, al separar la regla del agotamiento de los plazos de caducidad, aun en la línea garantística que promovimos con un trabajo de 1974, unos de los primeros que objetaron los plazos de caducidad, como recuerda Aberastury (ob. cit., ps. 669-670), no llega a pronunciarse en forma terminante acerca de la inconstitucionalidad de la regla del agotamiento ni de los plazos de caducidad, al menos con carácter general ("Control judicial...", ob. cit., p. 378 y ss.). Nuestra opinión, al respecto se basó en la adoptada en la doctrina uruguaya expuesta por DURÁN MARTÍNEZ, Augusto en "Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo", La Ley, Montevideo, 2012, ps. 827-830.

(88) Vid AGUILAR VALDEZ, Oscar y STUPENENGO, Juan Antonio, "Impugnación judicial de actos administrativos", en CICERO, Nidia Karina (dir.), Derecho Administrativo. Procedimientos Administrativos, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 409-410, nota 129), hacen referencia a nuestra doctrina contraria a la aplicación de plazos de caducidad en los supuestos en que el acto adoleciera de nulidad absoluta: CASSAGNE, Juan Carlos, "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional", ED-45-829 y, "De nuevo sobre los plazos de caducidad para demandar judicialmente la nulidad de los actos y reglamentos administrativos", JA-2009-III, señalando que dicha doctrina no ha sido seguida por la jurisprudencia.

(89) Sobre los efectos "erga omnes" de la anulación de reglamentos, la posición que asume Mairal nos parece restrictiva y algo confusa ("Control judicial...", ob. cit., p. 1021 y ss.), a diferencia de la correcta y clara interpretación que hace Bianchi sobre la jurisprudencia de la Corte (BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", t. I, p. 381 y ss.).

(90) Véase: LAPLACETTE, Carlos José, "Acciones declarativas de inconstitucionalidad", La Ley, Buenos Aires, 2020, especialmente p. 109 y ss.

(91) Sobre el tema de las cuestiones no justiciables, recomendamos leer el excelente trabajo de: LAPLACETTE,

Carlos José, "Cuestiones políticas no justiciables. Propuestas teóricas para una mejor comprensión". Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que tiene como antecedente otro del mismo autor titulado "La Corte Suprema y las cuestiones políticas no justiciables", RDA, Abeledo-Perrot, julio-agosto 2020, ps. 165-192 ss.

(92) ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984, p. 11.

(93) Vid nuestro trabajo "Las fuentes de la Constitución...", ob. cit., LA LEY, 2007-E, 993.

(94) Más compatible con el principio de la tutela judicial efectiva, para la habilitación de la instancia es el sistema contencioso administrativo francés dado que allí el recurso jerárquico o gracioso, es optativo y solo rige el requisito de la decisión previa en el contencioso de plena jurisdicción pues el recurso por exceso de poder se interpone directamente contra el acto lesivo. A partir de la decisión previa, esto es, cuando el administrado ha decidido demandar a la administración hay un plazo genérico de dos meses para promover la acción (con algunas excepciones), véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Droit Administratif", LGDJ, París, 2013, 13ª ed., ps. 640-641. En este sentido, era más garantístico el régimen argentino que existía con anterioridad a la sanción de la LNPA de 1972, ya que no establecía plazos de caducidad para demandar al Estado y solo exigía la reclamación administrativa previa. El sistema de la LNPA, al introducir los plazos de caducidad en la vía impugnatoria ha provocado graves errores y confusiones al atribuirle al plazo de caducidad similares efectos que la prescripción, lo que resulta inconcebible en las pretensiones tendientes a que se declare la nulidad absoluta de un acto, cuya acción es imprescriptible (cfr. CCCN, art. 387).

(95) Como suelen hacer distinguidos constitucionalistas (NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho constitucional", Astrea, Buenos Aires, 2021, 6ª reimpression, p. 162 y ss., tendencia elogiable aun cuando no compartimos su positivismo incluyente de raíz kantiana.

(96) La tesis contraria, parafraseando a Mairal, implica tirar por la borda casi 70 años de jurisprudencia constitucional (a partir del caso "Fernández Arias").

(97) Véase, por ejemplo: los casos "Gandera Diego Javier" del 5 de noviembre de 2020 (CSJ 1438/2017/RH1) y "Pogonza Jonathan Jesús, del 2 de septiembre de 2021 (CNT 14064/2018/1/RH1). En este último fallo, la Corte señaló en el consid. 6º in fine, lo siguiente: "En el caso "Ángel Estrada" (Fallos 328:651), en el que la empresa actora reclamaba a una distribuidora de energía eléctrica el pago de una indemnización por el corte de suministro, la Corte explicitó que, sin embargo, la existencia de un control judicial suficiente no basta por sí sola para validar la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos administrativos. Frente a las reglas que dimanaban de lo dispuesto en los arts. 18, 109 y 116 de la CN, que en principio impiden que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, la Corte estimó que la atribución de tales funciones debía apreciarse con carácter estricto". "En esa línea, afirmó que la decisión administrativa que dirime un conflicto entre particulares no solo debe estar sujeta a un control judicial amplio y suficiente en los términos fijados en el precedente "Fernández Arias", sino que también es preciso que los organismos de la administración dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley, que su independencia e imparcialidad estén aseguradas, y que sea razonable el objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos y restringir, así, la jurisdicción que la CN atribuye a la justicia (considerando 12; ver, además, lo resuelto en "Litoral Gas", Fallos 321:776; y CSJ 18/2014 (50-Y)/CS1 "YPF SA c. res. 575/12 - ENARGAS (expte. 19009/12) y otro s/ recurso directo a cámara", sentencia del 29 de septiembre de 2015)".

(98) Aspecto advertido con claridad por un sector de la doctrina: ABERASTURY, Pedro, "Limitaciones a los tribunales de la Administración", en "Máximos precedentes...", ob. cit., t.I, pag. 214, resalta la diferencia que existe con la jurisprudencia anterior sentada en "López de Reyes" (Fallos 244:548), destacando que en este caso la Corte ejerció un "control sobre el derecho pero no sobre los hechos".

(99) GUIBOURG, Ricardo A., "Pensar en las normas", Eudeba, Buenos Aires, 2016, p. 17.

(100) LUQUI, Roberto Enrique, "Revisión judicial...", ob. cit., t. I, p. 156.

(101) LUQUI, Roberto Enrique, "Socialización de la justicia", LA LEY, 2011-F, 1290.

(102) Vid: El comentario de la obra de BIANCHI, Alberto B., publicado en LA LEY, 2022-A, 655.