

CONTROLAR LA DISCRECIONALIDAD SANCIONATORIA

Enrique ALONSO REGUEIRA

SUMARIO: 1. Preludio.- 2. Lo discrecional.- 3. El descontrol de origen.- 4. El control de legitimidad.- 5. La presunción de legitimidad.- 6. El control de legalidad.- 7. El control de razonabilidad.- 8. La interdicción de sustitución judicial de la función administrativa.- 9. Del ocaso de la discrecionalidad.- 10. Bibliografía

1. Preludio

La materia sancionatoria es, quizás, el ámbito más identificado con la discrecionalidad administrativa. Esta paradoja hace que el operador jurídico identifique, casi automáticamente, la función sancionatoria con la discrecionalidad, lo cual hace que predetermine su visión del caso. Por eso, intentaremos aquí usar lo sancionatorio como excusa para hablar de la discrecionalidad, de sus límites y de su control ¹.

2. Lo discrecional

Cuando una norma atribuye una potestad o facultad a un órgano, muchas veces lo hace de modo tal que éste pueda conservar algún margen de apreciación respecto del modo u oportunidad en que debe ejercer dicha competencia; el cual le permite adoptar más de un camino u opción igualmente válida.

En estos casos, se entiende que existe una discrecionalidad o un *ejercicio discrecional* por parte del órgano administrativo de las facultades que le fueron conferidas.

Por el contrario, cuando la norma atributiva de la facultad define con exactitud y complitud la decisión que debe ser tomada frente a circunstancias ciertas, su *ejercicio* se denomina “reglado” o “vinculado”.

¹ ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de Convencionalidad de la Actividad Administrativa*. 1ª ed., Lajouane, Buenos Aires, 2017.

De este modo, la discrecionalidad podría definirse como la facultad normativamente conferida que tiene el órgano administrativo para ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinada decisión entre otras igualmente válidas ². En el caso de la actividad reglada, por el contrario, la densidad de las normas atributivas de facultades no da lugar a esa ponderación ³.

2 Cabe destacar que prefiero definir a la discrecionalidad como una facultad y no como una modalidad del ejercicio de la facultad, por entender que es la figura que mejor responde a la referida ponderación creativa de intereses y el consecuente poder de decisión que se otorga al órgano administrativo. Es que, el hecho de que constituya una modalidad en el ejercicio de otras facultades y que, por ende, no pueda ser ejercida en forma autónoma o independiente de otra facultad administrativa, no desvirtúa su naturaleza ni las consecuencias jurídicas que de ella se derivan.

3 SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Depalma LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 133; PAREJO ALFONSO, Luciano, “La vigilancia, la supervisión y el control administrativos. (reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual)”, en AA. VV., ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El Control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial*, 1ª ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2016, p. 91, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-parejo-vigilancia.pdf>; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, 1ª ed., INAP - Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 220 y 221; FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la Administración Pública*, 1ª ed., Alfa, Buenos Aires, 1948, p. 15; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 331; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General*, t. I, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2013, p. X-12; COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 108; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 292 y 293; BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 80 y 81; VINCENTI, Rogelio W., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., p. 316, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-vincenti-reglados.pdf>; CASAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 192; CRAIG, Paul P., *Administrative Law*. 5ª ed., Thomson, Londres, 2003, p. 521 y RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit Administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2004, p. 343.

Las sanciones administrativas se equiparan, con habitualidad, a la discrecionalidad, sin perjuicio de que, como veremos, muchos de sus aspectos puedan estar reglados en el ordenamiento ⁴.

3. El descontrol de origen

Tradicionalmente se admitía la irreversibilidad absoluta del actuar discrecional de la Administración. Por lo general, el dictado de actos en ejercicio de facultades discrecionales se identificaba con cuestiones en las cuales no cabía análisis jurídico alguno, por resultar más propias del ámbito de la política, de lo institucional, lo económico, lo técnico, etc. Como consecuencia de ello, por mucho tiempo se consideró que el mero hecho de que un acto fuera dictado en ejercicio de atribuciones discrecionales resultaba suficiente para excluirlo de la potestad jurisdiccional revisora ⁵.

“Allí donde se daba un acto discrecional -y debemos decir que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad-, allí el juez, sin más, constando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo” ⁶.

Si bien la clasificación entre actos o facultades discrecionales y regladas puede redundar en alguna discutible utilidad didác-

4 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 450 y ss. En el cual se concluye que, en materia de empleo público, la “discrecionalidad no registra la amplitud que se pretende, en especial desde que el legislador y la propia administración, por heterovinculación o autovinculación -respectivamente- completaron las lagunas normativas, estableciendo una clara vinculación entre el ejercicio de las facultades correctivas y la interpretación y alcance de la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público” (p. 464).

5 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, p. X-24.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, ley e inmunidades del poder. Lucha contra las inmunidades del poder*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2011, p. 33, en igual sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano, “La vigilancia, la supervisión...”, cit., p. 61 y CAMPOLIETI, Federico, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en TAWIL Guido S. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 619.

tica, lo cierto es que dicha distinción, en los hechos, no siempre resulta fácilmente visible. Pues, los actos administrativos nunca son enteramente discrecionales y rara vez son íntegramente reglados, sino que participan en forma parcial de uno u otro calificativo ⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación explica que “el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto” ⁸.

En doctrina, es difícil encontrar defensores a ultranza de que el elemento causa sea siempre reglado, aunque sí se ha predicado di-

⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La vigilancia y la supervisión...”, cit., p. 85; FIORINI, Bartolomé A, *La discrecionalidad en la Administración...*, cit., ps. 18 y 41; CAMPOLIETI, Federico, “El control judicial de la discrecionalidad...”, cit., p. 620; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. X-24 y t. V, p. IADA-V-18; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista Ius et veritas*, vol. 21, nro. 43, 2011, p. 264; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2008, p. 62; SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 96; TAWIL, Guido S., *Estudios de derecho administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 4 y 5; y PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, Parte General, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 103

⁸ *Fallos*, 315:1361, considerando 10; luego ratificada, con matices, en *Fallos*, 320:2509, considerando 10 -en el cual se expresó, además, que la discrecionalidad debía someterse al examen de razonabilidad-; *Fallos*, 322:235, considerando 5; *Fallos*, 322:2075, considerando 5 de la Disidencia del Dr. López, Guillermo A. F.; *Fallos*, 325:3435, considerando 6 del Dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, al que se remitió la Corte; *Fallos*, 331:735, considerando 4 del Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, al que se remitió la Corte y *Fallos*, 343:990, voto del Dr. Horacio Rosatti, considerando 9.

Cabe destacar que el 6 de mayo de 2021 la Corte ha introducido entre los elementos reglados del acto administrativo a la motivación, tal como puede verse en el voto mayoritario suscripto por Higton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti en “Roa Restrepo” *Henry c/EN -M Interior OP y V- DNM s/recurso directo DNM*, sentencia del 6/05/2021. Postura sobre la que no se ha pronunciado el voto concurrente de Rosenkrantz, ni el de Rosatti (*Fallos*, 344:1013).

cho carácter de la competencia ⁹, la forma ¹⁰ y la finalidad ¹¹.

A nuestro entender, no resulta conveniente descartar, de antemano, la posibilidad de que los citados elementos del acto puedan ser parcialmente discrecionales, sobre todo, ante la existencia de competencias implícitas o inherentes, formas esenciales cuya reglamentación no resulta tan completa como uno quisiera y la inexistencia de criterios normativos de valoración o calificación de los hechos. Por ello, creemos que sería prudente analizar caso a caso, ya que puede ocurrir que lo no discrecional o reglado no necesariamente responda al elemento esencial del acto administrativo en forma íntegra, sino que se vincule con algún aspecto de éste ¹².

En este contexto, pareciera que el elemento finalidad sí podría ser siempre reglado, ya que, por definición, se encuentra en la norma atributiva de la facultades. Sin embargo, no son pocos los casos en los cuales dichas normas presentan una vaguedad y/o ambigüedad tal, que sólo permite acceder a la finalidad a través de una interpretación discrecional ¹³. Quizás ésa sea la razón por la que la

9 SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 152; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos...*, cit., p. 113; CAMPOLIETI, Federico, *El control judicial de la discrecionalidad...*, cit., p. 625.

10 GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos...*, cit., p. 113. Aunque se ha admitido “la existencia de un margen de discrecionalidad en este elemento cuando la norma establece distintas formas alternativas o no impone la estricta observancia de una forma determinada, en cuyo caso la Administración es libre para determinar aquella que juzgue más conveniente” (CAMPOLIETI, Federico, “El control judicial de la discrecionalidad...”, cit., p. 626).

11 TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 4 y 5; SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 152; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos...*, cit., p. 113; CAMPOLIETI, Federico, “El control judicial de la discrecionalidad...”, cit., p. 627.

12 En similar sentido, SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 96; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Función, límites y control judicial...”, cit., p. 263 y GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. X-25.

13 “La aplicación de la ley no importa solamente lógica sino una cierta dosis de poder discrecional” (LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 87).

ley establece que los casos en los que el acto tiene un vicio en el elemento finalidad son aquellos en los que la autoridad administrativa ha ejercido su competencia en forma irrazonable o ha actuado con desviación de poder. Es decir, supuestos típicamente relacionados con la discrecionalidad administrativa.

4. El control de legitimidad

Así, la evolución del sistema jurídico ¹⁴ ha logrado cambiar el descontrol inicial, reduciendo el ámbito de la discrecionalidad administrativa y amplificando los casos en que la Administración debe sujetarse a la revisión judicial de su actuar.

De este modo, existe cierto consenso en que todo acto administrativo, ya sea dictado en ejercicio de facultades discrecionales o no, se encuentra sujeto a un control de legitimidad. El cual comprende, por un lado, el de legalidad, con relación a sus aspectos reglados o no discrecionales ¹⁵ y, por el otro, un control de conformidad con los principios generales del Derecho, en particular, el de razonabilidad.

Sin embargo, antes de abordar las particularidades de estas cuestiones, ha de recordarse que dichos controles parten de una premisa (que también actúa como principio): la presunción de legitimidad o de constitucionalidad de los actos que dictan los poderes constituidos.

14 “Uno de los progresos más significativos en la incesante búsqueda por aminorar la libertad de quienes expresan la voluntad del Estado, ha sido la fulminación del ‘acto discrecional’ que tan elocuentemente ha pregonado la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera” (SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 336).

15 Me permito precisar, aunque no sea este el lugar para abordar la discusión, que, a mi humilde entender, no todo lo que no es discrecional es reglado, puesto que algunas cuestiones no participan ni de una cosa, ni de la otra (en similar sentido, ver SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 93; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos...*, cit., p. 64; y CORVALÁN, Juan G., “Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa”, RAP, 351:59; en sentido contrario, ver: PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 102).

5. La presunción de legitimidad

Es quien alega la irrazonabilidad o ilegitimidad del acto quien debe efectuar una demostración concluyente y categórica de dicho punto. Por más amplias que puedan pensarse las facultades que tiene el juez para revisar el actuar administrativo, es necesario recordar que su control parte, por principio, de la presunción de la legitimidad apuntada, la cual exige que sea el administrado quien pruebe de manera indubitable lo contrario. Puesto que, en caso de duda, debe estarse a la validez de la norma impugnada ¹⁶.

Esto explica, en definitiva, la absoluta importancia que tiene este tema en cualquier demanda contra el Estado, ya que “la formulación de meras afirmaciones genéricas que sólo alcancen a reflejar una dogmática discrepancia” con la solución administrativa no suele ser suficiente a los fines de impugnar judicialmente el actuar estatal ¹⁷.

El juez tiene la potestad de revisar ese actuar, pero es el actor quien debe instar esa revisión mediante argumentos concretos y aptos de incidir en la convicción del juzgador. Estos argumentos son, principalmente, los que veremos en los siguientes títulos.

¹⁶ Desde otra perspectiva, también se ha entendido que “[l]a presunción de legalidad de los actos importan la carga de la persona de impugnarlos, pero una vez impugnado, la carga de la prueba constituye otra cuestión que debe regirse por las reglas de distribución generales y no por una presunción que ha agotado previamente sus efectos propios” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed., Civitas-Thomson, Pamplona, ps. 86 y 87). También se ha dicho que “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba, ni libera al administrador de aportar las pruebas que sustenten su acción” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*, t. III, 10ª ed., FDA, Buenos Aires, 2011, p. V-23).

¹⁷ *Fallos*, 335:2418. En el particular caso de las sanciones administrativas, sin embargo, la mentada presunción de legalidad debe conciliarse con el consabido principio de inocencia, al punto que se ha llegado a afirmar que esta garantía importa la supresión misma de la presunción de legalidad y de la ejecutoriedad de los actos y actas administrativos (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed., Thomson-Civitas-La ley, Buenos Aires, 2006, p. 181).

6. El control de legalidad

Como dijimos anteriormente, la Justicia tiene la potestad de revisar los aspectos no discrecionales del acto. Tanto el elemento competencia, como la forma, el procedimiento, la causa, la motivación, la finalidad e, incluso parcialmente el objeto, pueden ser reglados (y, en muchas ocasiones lo son).

Habr , entonces, que analizar caso por caso. Sin embargo, existen cuatro cuestiones que suelen ser no discrecionales y que, por su trascendencia, merecen un análisis pormenorizado.

En primer lugar, el deber de fundamentación que se encuentra comprendido en el elemento motivación. En segundo, el alcance de la revisión judicial de los hechos determinantes de la decisión, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con el elemento causa del acto administrativo. Tercero, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y, finalmente, lo que se dio a conocer como discrecionalidad técnica. Consideramos que estas últimas dos cuestiones también constituyen, aunque desde otra perspectiva, una herramienta para analizar el elemento causa.

6.1. El deber de fundamentación

“Por discrecional que la decisión sea, la Administración debe explicar las razones por las que la adopta”¹⁸.

En todo acto administrativo existe un elemento que tiende a identificarse con lo formal y que no siempre se advierte como de importancia a primera vista, pero que en el caso de un acto administrativo discrecional asume singular relevancia.

Se trata del deber de motivación o fundamentación suficiente¹⁹, previsto por el artículo 7, inciso e) de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos. Sin perjuicio de que “la motivación de los actos estatales se impone necesariamente -aun a falta de norma expresa

18 SÁNCHEZ MOR N, Miguel, “Función, límites y control judicial...”, cit., p. 268.

19 COVIELLO, Pedro J.J., “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., ps. 129 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-coviello-motivacion.pdf>.

que así lo requiera- en sistemas jurídicos tales como el argentino”²⁰.

Sobre el particular se ha entendido que una motivación sucinta²¹ o incluso *in aliunde*²² puede, según el caso, resultar suficiente, siempre y cuando dé “razón al proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”²³.

Sin embargo, no puede soslayarse que “son los actos discrecionales y no los reglados los que requieren de una motivación en mayor medida [...] a mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión”²⁴.

20 TAWIL, Guido S. y MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 98-99.

21 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Función, límites y control judicial...”, cit., p. 269 y TAWIL-MONTI, *La motivación del acto...*, cit., ps. 8 y 61.

22 “La motivación o expresión de la causa se incluye generalmente en los llamados “considerandos” o “vistos y considerandos” que el acto tiene, pero nada impide que el acto se remita a informes o dictámenes previos que enuncian el porqué -de hecho y de derecho- del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, p. X-28, con cita de PTN, Dictámenes, 236: 91; 264: 83, 272: 50; C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 28/4/1998, “Desplats, Armando G. c. Administración Federal de Ingresos Públicos”, C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 11/4/1997, “Edelmann, Wilfredo c. Ministerio de Defensa”; C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, “Aramburu”, 29-IX-94; y *Fallos*, 314:1091). “Desde esa óptica, la Procuración del Tesoro ha señalado que, aun cuando ella no esté contenida en un acto administrativo, se debe considerar que existe motivación suficiente -a pesar del defecto técnico que ello significa- si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad, y no aisladamente, porque son partes integrantes de un procedimiento, y como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí” (TAWIL-MONTI, *La motivación del acto administrativo...*, cit., p. 70).

23 *Ibíd.*, p. 62.

24 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón., *De la arbitrariedad...*, cit., ps. 82 y 85. En similar sentido, ver TAWIL-MONTI, *La motivación del acto administrativo...*, cit., p. 61. Como contracara de esta máxima, también se ha entendido que los actos primordialmente reglados pueden estar motivados en forma mínima, incluso con la sola cita de la norma en que se sustentan (TAWIL-MONTI, *La motivación del acto administrativo...*, op. cit., ps. 64, 78, 79 y 82); “criterio que debe admitirse con algunos reparos, pues la hermenéutica -siempre presente en la

En cuanto a este punto, tomaremos como paradigmático el caso “Silva Tamayo” de 2011. Allí la Corte Suprema argentina enfatizó que, si bien la motivación tiene gran relevancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas (porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión), es especialmente exigible cuando el acto es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquélla el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio ²⁵.

En consecuencia, en ningún caso puede admitirse que el ejercicio discrecional de la función administrativa se encuentre fundado en “fórmulas carentes de contenido”, “expresiones de manifiesta generalidad” o en la mera “mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos”. Por el contrario, debe darse un “estricto” cumplimiento de este deber, en forma “concreta” y de acuerdo con los hechos del caso ²⁶.

La fundamentación debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos, normas y finalidad ²⁷ en los que se basó la autoridad para tomar su decisión a fin de descartar cualquier indicio de

aplicación de la ley- exigirá aun en el campo reglado la motivación adecuada” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado en lo contencioso administrativo*, t. II, 11ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 683).

“La motivación resulta esencial tanto en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales como regladas. En el primer supuesto, porque permite develar si el uso por parte del órgano administrativo de su libertad de apreciación ha resultado correcto o incorrecto [...] En el caso de las potestades regladas porque permite controlar si se ha aplicado correctamente el ordenamiento jurídico y, en caso de haber sido así, si tal aplicación lo ha sido a un caso que reviste las características exigidas por el presupuesto fáctico de la norma” (TAWIL-MONTI, *La motivación del acto administrativo...*, cit., ps. 78 y 79).

25 *Fallos*, 334:1909.

26 En similar sentido: “Respecto a la extensión del motivo, éste ha de ser real, y adaptado a cada caso discutido, no pudiendo limitarse a utilizar frases típicas o fórmulas prefabricadas. En general se admite que la motivación pueda ser breve, pero a condición de que resulte concreta y precisa” (ibídem, ps. 61 y 62).

27 “En el derecho argentino se ha entendido que la motivación del acto administrativo no sólo consiste en la expresión de la causa sino también de su finalidad” (ibídem, p. 1).

arbitrariedad. Por ello, el deber de motivación y el derecho a una resolución fundada constituye una de las garantías comprendidas dentro de lo que se conoce como el *derecho de defensa*, tutelado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

“La motivación por otra parte, es [...] no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos, una garantía elemental del derecho de defensa incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en derecho” (FERNÁNDEZ, T.-R. op. cit., p. 82). Es que: “El derecho de defensa y la tutela judicial efectiva comprenden también el derecho de obtener una decisión fundada”²⁸.

Este elemento debe ser revisado judicialmente sin importar la extensión del margen de discrecionalidad que ostente el acto cuestionado y constituye, precisamente, una de las herramientas más importantes en el control de este tipo de actos, puesto que la ausencia de motivación suficiente o la existencia en ella de un vicio grave determina la nulidad absoluta del acto administrativo, en los términos fijados por el artículo 14, inciso b) de la Ley 19.549.

“Si la motivación constituye un requisito esencial del acto -o parte de uno de ellos- y su carencia conduce a que el acto sea irregular -como lo admiten la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia argentinas-, la falta de motivación no puede ser saneada posteriormente por la Administración en tanto ello sólo resulta posible en los supuestos de actos regulares, mas no en el caso de los irregulares”²⁹.

En sentido contrario, se ha entendido que “la ausencia o insuficiencia de motivación no significa necesariamente que el acto ca-

²⁸ SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 37. En igual sentido, CASARINI, Luis, “La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., p. 121, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-casarini-motivacion.pdf>.

²⁹ TAWIL-MONTI, *La motivación del acto administrativo...*, cit., p. 73, en dónde se agrega: “Similar posición adopta el profesor MAIRAL -al rechazar la motivación *a posteriori*- al señalar ‘que la ley persigue que las potencialidades intelectuales de la Administración se apliquen a la decisión de los problemas, y no a la justificación de las decisiones ya tomadas’”.

rezca de razones, incluso plenamente conformes a Derecho. En consecuencia, es exagerado concluir que una decisión discrecional no motivada es, por esa sola razón, arbitraria. El defecto de motivación (al igual que la motivación formal) no exime, por tanto, al órgano judicial de indagar las razones reales de la decisión y valorarlas hasta donde sea posible en Derecho; pero si es la falta de motivación la que no permite conocer esas razones, el acto debe ser anulado, para que la Administración motive, en su caso, la decisión”³⁰.

6.2. *La verificación de los hechos determinantes*

Este aspecto puede traer alguna complejidad en su análisis. Hemos dicho que la discrecionalidad consiste en la facultad normativamente conferida que tiene el órgano administrativo para ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinada decisión entre otras igualmente válidas. Al efectuar dicha operación, el órgano administrativo toma en cuenta ciertos hechos que entiende como determinantes.

Ahora bien, es importante dejar aclarado que, al fiscalizar el ejercicio del poder discrecional, los jueces pueden revisar plenamente la materialidad y exactitud de los hechos, así como del derecho. Incluso, la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa se concreta sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente y susceptibles, por consiguiente, de pleno control judicial.

Esto implica que, si los hechos no existen, son falsos o distintos a los tomados en consideración por el órgano administrativo, el acto será inevitablemente inválido. No cabe, en este aspecto, elección discrecional alguna. El mundo de los hechos no puede “ser” y “no ser” al mismo tiempo³¹. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”³². Por ello, en este terreno, el control judicial es pleno, sin que ello importe menoscabo alguno a

30 SÁNCHEZ MORÓN, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., p. 269.

31 En igual sentido, TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 200 y ss.

32 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, ley e inmunidades ...*, cit., p. 40. En igual sentido, ver SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo...*, cit., p. 230; TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 200 y ss.; TAWIL-MONTI, *La motivación del acto administrativo...*, cit., p. 92; SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., ps. 305 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho*

la discrecionalidad de la Administración ³³.

Es decir que el juzgador debe efectuar el control de legalidad del acto discrecional, pero a su vez debe desentrañar los motivos y los extremos fácticos de origen, valorando objetivamente los antecedentes que se encuentran en la causa y que fueron la motivación de su dictado, para dar por sentado que la decisión administrativa resulta o no conforme a derecho. La causa constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo previstos por la Ley de Procedimientos Administrativos, por lo que todo lo relativo a su existencia o exactitud constituye un elemento no discrecional que cae bajo la revisión plena de los jueces.

Sin embargo, cabe que pongamos de resalto dos reparos sobre el tema, ya que lo mencionado anteriormente no significa que toda cuestión relacionada con lo fáctico sea siempre plenamente justificable.

a. En primer término, existen cuestiones que escapan a la verificación o comprobación de la existencia o corrección de meras circunstancias fácticas. Ello ocurre cuando la decisión administrativa no se sustenta en los meros hechos, sino en la valoración que el órgano administrativo haya efectuado de ellos ³⁴.

Administrativo..., cit., t. I, p. X-16 y MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 650 y ss.

33 “La verificación de la exactitud de los hechos invocados por el administrador como origen o ‘causa’ de su acto constituye un capítulo esencial del control judicial de la Administración, tanto del ejercicio de facultades regladas -para establecer si efectivamente se ha configurado el presupuesto de hecho que conforme a la norma aplicable, debía dar lugar a la emisión del acto con objeto predeterminado por parte de ésta- como, especialmente, de facultades discrecionales, como un aspecto fundamental del control de razonabilidad y del cumplimiento de la finalidad del acto administrativo. Se trata de lo que ha dado en llamarse, particularmente por la doctrina española, ‘el control de los hechos determinantes’” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t.I, p. x-16).

34 “En cuanto al control de los hechos determinantes, la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado desde la verificación de la existencia y exactitud de los hechos (*accertamento*, en expresión italiana) en que se funda el ejercicio de la potestad hacia el control de su valoración o ponderación por la Administración (*apprezzamento*). Pero, mientras que la mera existencia y realidad de los hechos determinantes es un elemento reglado, que ‘escapa a toda

En este sentido, cabe recordar que el Consejo de Estado Francés reconoció primero la posibilidad de revisar la calificación jurídica de los hechos en el *arrêt Gomel*, de 1914 y, recién con posterioridad a esa decisión, admitió la revisión de su existencia, el *arrêt Camino*, de 1916³⁵.

Sin embargo, la mentada apreciación de los hechos determinantes puede consituir una actividad reglada o discrecional, según el caso³⁶.

Si no existiera norma alguna que limite, incida o predetermine el criterio de valoración, puede pensarse que la norma atributiva de facultades dejó librado tal criterio a la discrecionalidad del órgano

discrecionalidad', su ponderación o valoración implica, la mayoría de las veces, la utilización de criterios técnicos o políticos, no susceptibles de ser sustituidos por razonamientos puramente jurídicos. Por eso, la jurisprudencia de todos los países suele ser muy cauta al ejercer este tipo de control" (SÁNCHEZ MORÓN, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., p. 265).

35 FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, "Sobre los límites constitucionales del poder discrecional", RAP, 187,145.

36 En cuanto a este punto, el Consejo de Estado francés distingue entre "existencia", "calificación jurídica" y "apreciación" de los hechos determinantes. Si bien, como hemos explicado, acepta la revisión judicial de las primeras dos categorías, "se niega a entrar en lo que llama 'apreciación de los hechos', por considerar que eso supondría una auténtica sustitución del criterio de la Administración por el criterio del Tribunal, y, por consecuencia, una violación de la legítima potestad discrecional de aquélla (...) Teóricamente, la distinción es muy sencilla: en la calificación jurídica de los hechos nos encontramos ante un fenómeno o elemento jurídico, y por eso pueden intervenir los Tribunales; mientras que la 'apreciación de los hechos' se sitúa en el terreno de la oportunidad -no de legalidad-, en el que no pueden entrar los Tribunales". Sin embargo, "no todos los ejemplos jurisprudenciales en que se ha respetado el criterio administrativo de apreciación de los hechos son tan claros. La realidad es que la línea fronteriza marcada por el Conseil d'Etat dista mucho de ser convincente" (NIETO, Alejandro "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 44, Madrid, 1964, pág. 152). De esto modo, si quisiéramos apropiarnos de la terminología francesa, podríamos afirmar que cuando la valoración de los hechos no se encontraba predeterminada por criterios normativos la autoridad administrativa efectúa una "apreciación" que no puede ser sustituida por la judicatura (aunque sí revisada en la medida que resulta irrazonable o arbitraria). Sin embargo, cuando dicha valoración tiene elementos reglados, nos encontramos ante una "calificación jurídica" plenamente revisable en sede judicial.

emisor del acto. Por lo que, en tanto éste no se contraponga con otra norma aplicable, el juez no podría descalificarlo mediante el control de legalidad de los aspectos reglados.

Distinto sería el caso de que la norma hubiera dispuesto previamente los alcances de tal criterio de valoración, puesto que entonces sí nos encontraríamos ante un aspecto reglado, cuya inobservancia sería inválida ³⁷.

b. En segundo lugar, cabe destacar que también puede existir otro orden de cuestiones (en las que por lo general intervienen políticas legislativas de estrategia y diseño procesal e, incluso, la propia voluntad del impugnante) que imponga, como principio, la imposibilidad de comprobar judicialmente los hechos del caso.

Esto sucede cuando la persona elige un proceso abreviado o de mayor celeridad, como puede ser el amparo o algunos recursos directos, cuyo ámbito de cognición se encuentra limitado, no ya por cuestiones relacionadas con la discrecionalidad del acto impugnado o por el principio de división de poderes, sino por el diseño legal del juicio o proceso que se lleva a cabo.

6.3. Los conceptos jurídicos indeterminados

Esta teoría ³⁸, por su parte, permite identificar los casos en que se

³⁷ A fin de dar luz sobre este punto, puede verse un ejemplo en ALONSO REGUEIRA, “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes. La discrecionalidad y ‘Los Espejitos de Colores’”, en AA. VV., ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 1ª ed., Buenos Aires, 2013, ps. 383 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-5-alonso-espejitos.pdf>.

³⁸ Si bien no ha tenido una aplicación jurisprudencial que pueda calificarse de profusa en nuestro país, sí ha sido objeto de jugosos estudios doctrinarios que demuestran su valor: GRECCO, Carlos M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en GRECCO, Carlos M. y MUÑOZ, Guillermo A., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; GARCÍA PULLÉS, *Tratado...*, cit., p. 686; CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial...*, cit., p. 185; SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., ps. 190 y ss.; HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo...*, cit., p. 315 y GALLEGOS FEDRIANI, *Recursos directos...*, cit., p. 95. De igual modo, en el plano internacional, cfr. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Civitas,

utilizan ciertos conceptos jurídicos (como ser “interés público”, “utilidad pública”, “buen padre de familia”, “buena fe”, “precio más conveniente”, etc.) que se caracterizan por ostentar cierta ambigüedad o vaguedad.

Si bien éstos resultan potencialmente generadores de discrecionalidad administrativa, lo cierto es que, en ocasiones, pueden importar un aspecto reglado del acto. Es decir que puede ser que, sin perjuicio de la vaguedad potencial del término, éste dé lugar a un solo camino jurídicamente válido a la luz del resto del ordenamiento jurídico y, especialmente, de los hechos del caso concreto.

De tal modo se ha advertido que, dado un caso concreto, no puede admitirse que una decisión pueda responder al interés público y que a la vez no lo haga. En igual sentido, determinado bien o emprendimiento no puede ser considerado que sea y que no sea de utilidad pública. Una conducta cierta de un empleado público no puede ser de buena fe y, a la vez, no serlo. El precio de una oferta no puede calificarse como el más conveniente para una determinada contratación administrativa y admitirse, paralelamente, que haya otro igual o más conveniente que éste.

Todos estos conceptos (sean de experiencia o de valor) revisten el carácter de jurídicos y pueden encontrarse en la norma atributiva de la facultad como indeterminados. Sin embargo, su significación puede reducirse en el proceso aplicativo de la norma, de modo que pueda arribarse a una “única solución justa”, a través de una apreciación disyuntiva.

Madrid, 1976; PAREJO ALFONSO, Luciano, “La intensidad del control judicial de la administración pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad”, RDA, 15/16, ps. 90 y ss. y “El control, en especial judicial, de los poderes públicos”, en ABBONA, Angelina [et al.], *150 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-2013: ciclo de conferencias internacionales sobre la “evolución del derecho administrativo”*, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 2014, ps. 172 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, ley e inmunidades ...*, cit., ps. 42 y ss. y *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6^o ed., Civitas-Thomson, Navarra, 2009, ps. 147 y ss.; PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo...*, cit., ps. 103 y ss.; AARNIO, AULIS, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, DOXA, 8 (1990), ps. 24 y ss., y BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., ps. 81 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-bacigalupo-potestades-administrativas.pdf>.

Los conceptos jurídicos indeterminados podrían diferenciarse de la discrecionalidad en que, si bien no se encuentran enteramente definidos en la norma, son precisables en cada caso concreto mediante dicha operación interpretativa. Frente a un concepto jurídico indeterminado puede existir una sola alternativa válida, en cambio, frente a la discrecionalidad existen, al menos, dos.

Suele considerarse que en tales supuestos no estamos en presencia de actividad discrecional, y que la labor de la judicatura está destinada a comprobar si la valoración efectuada por el poder administrador se corresponde con lo establecido por la norma y advertir, de ese modo, si la Administración se ha equivocado en la aplicación del concepto al caso concreto.

Por ello, se ha sostenido que difieren en cuanto a su naturaleza. “Según esta tesis, la discrecionalidad consiste en un verdadero margen de volición, mientras que el margen de apreciación sería un mero margen de cognición”³⁹.

Sin embargo, coincidimos en que tal postulado “no resulta convincente”. Pues, “en la zona de incertidumbre los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen al aplicador ningún parámetro o criterio que le permita discernir cuál sea la subsunción procedente del caso concreto. Por lo tanto, en esta zona del concepto la decisión sobre la aplicación que proceda del mismo la acaba adoptando el propio aplicador con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto y, por ende, conforme a criterios extrajurídicos. En consecuencia, se trata -al igual que sucede cuando se ejerce una potestad discrecional- de una decisión volitiva que en modo alguno emana de un juicio meramente cognitivo. Además, resulta notoria la similitud que existe entre la ‘amplia extensión’ que se predica del margen de apreciación y la del margen de decisión que ofrecen las genuinas potestades discrecionales, así como la proximidad de los cánones del control jurisdiccional de ambos márgenes. En ambos casos el control posible es un típico control negativo, de intensidad muy parecida, y basado en cánones muy similares”⁴⁰.

39 BACIGALUPO SAGGESE, “Las potestades administrativas y la vinculación...”, cit., p. 98.

40 ibídem, p. 99, con cita de BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 203. En similar sentido, CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial...*, cit., p. 192.

6.4. La discrecionalidad técnica ⁴¹

Si bien no efectuaremos aquí un análisis de la profundidad que el tema merece, podemos adelantar que no compartimos la doctrina tradicional que indica que “[l]a discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita sino de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite tácitamente a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables”. Por lo que “[l]a oponibilidad debe agotar la hermenéutica interpretativa acompañada con la profunda verificación de los hechos para separar lo que corresponde a lo ‘técnico-reglado’ y a lo ‘discrecional’ relacionado con la técnica. En definitiva, se tratará siempre de actividad reglada o discrecional, pues aun cuando se interrelacione con lo técnico no pierden su identidad” ⁴².

Si bien no compartimos esta postura, cabe de todos modos recordar que ella lleva a la conclusión de que, “lo técnico -en el sentido expresado- forma parte del orden jurídico y, por tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, estoy en desacuerdo con posturas jurisprudenciales que sustentan que frente a cuestiones técnicas complejas lo resuelto por los órganos técnicos de la Administración

41 Noción que ha sido calificada como un falso concepto o “un auténtico oxímoron, que proclama en el sustantivo inicial una libertad de decisión que el adjetivo que lo acompaña niega, porque un técnico, sea cual sea su especialidad, es, en cuanto tal, esclavo de la técnica que maneja, que puede, ciertamente, no ser unívoca, pero que en absoluto le otorga la libertad de apartarse de ella porque, si llegara a hacerlo, dejaría de ser un técnico y se convertiría pura y simplemente en un político” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “La discrecionalidad técnica: Un viejo fantasma que se desvanece”, en ALONSO REGUEIRA, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., p. 169, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-fernandez-tecnica.pdf>, con cita de RIVERO, Enrique y Ricardo “¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. [coord.], *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012, ps. 2063 y ss.).

42 SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., ps. 44 y 173.

es irrevisable por los jueces”⁴³. En todo caso, tal discrecionalidad técnica sólo “comporta una presunción *iuris tantum* de acierto de sus decisiones”, la cual puede “ser desvirtuada por una prueba en contrario lo suficientemente concluyente para evidenciar el error patente de la decisión”⁴⁴.

“En realidad, los aspectos técnicos involucrados en una determinada decisión administrativa forman parte de los antecedentes del acto y, por lo tanto, no escapan al control del tribunal judicial por

43 *Ibíd*em, p. 44.

44 Es interesante el tratamiento que le ha otorgado el Tribunal Supremo español a la cuestión. En primera medida, distingue entre el “núcleo material” no susceptible de revisión y los “aledaños” del juicio técnico que efectúa la autoridad administrativa, que serían aquellas “actividades preparatorias e instrumentales”.

“Sobre esta base teórica -expresada o no en la sentencias-, los tribunales han anulado el resultado de determinados procedimientos de selección porque [la autoridad] de selección introdujo exigencias o méritos valorables no contemplados en las bases de la convocatoria, porque las preguntas formuladas a los aspirantes en pruebas de tipo test no eran suficientemente claras o exactas, o bien porque las respuestas tachadas de incorrectas en ese mismo tipo de pruebas eran en realidad correctas, cuando se ha producido un error aritmético de puntuación fácilmente detectable, o cuando es posible constatar una desigualdad en los méritos que se valoran a unos u otros candidatos o no se justifica la diferente puntuación otorgada a dos o más de ellos que realizan ejercicios sustancialmente iguales”.

El Tribunal Supremo “dio un paso más afirmando la necesidad de que [las autoridades] de selección motiven el juicio técnico en que fundan sus decisiones”, pues “no sólo es jurídicamente inaceptable y, por tanto, causa de nulidad que no se lleguen a exteriorizar las razones del juicio técnico, sino que también cabe controlar por [las autoridades] judiciales si la motivación es suficiente o adecuada, o sea, que explique con claridad dichas razones” (SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, “Sobre la Discrecionalidad Técnica y la Sana Crítica”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 197, mayo-agosto (2015), Madrid, p. 211 y ss., <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.197.06>).

Por lo demás, también es oportuno recordar que, de los distintos sentidos que pueden otorgarse a la expresión error “patente” o “manifiesto”, resulta más adecuada aquel que remite a un error detectado “con tal rotundidad que no admite discusión” (IGARTUA SALAVERRIA, Juan, “Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, inmediatez, sana crítica”, Madrid, *Revista de Administración Pública*, 2017, 204, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.01>), pág. 19 y ss.).

ser ajenos a la esfera de la discrecionalidad propiamente dicha”⁴⁵.

También, se ha entendido que constituye “en lo esencial, y pese a su tradicional denominación (equívoca y por ello controvertida), una manifestación del margen de apreciación. Concretamente, del margen de apreciación que provocan en su zona de incertidumbre aquellos conceptos jurídicos indeterminados que remiten a reglas, criterios o parámetros propios de conocimientos especializados, ajenos tanto al saber jurídico como a la experiencia común del hombre medio”⁴⁶.

“Los juicios técnicos, tanto cuando se formulan en el marco de un procedimiento administrativo por un órgano, más o menos especializado, de la propia Administración como cuando se producen en el curso de un proceso por un perito judicial o por una academia o institución cultural o científica, plantean siempre el mismo pro-

45 CAMPOLIETI, *El control judicial de la discrecionalidad...*, cit., p. 630.

46 BACIGALUPO SAGGESE, “Las potestades...”, cit., p. 99. Es, bajo esta tesitura, que se ha observado que “[p]ocas decisiones resultan tan ilustrativas de un enfoque errado en esta materia como el pronunciamiento recaído en la conocida causa ‘López de Reyes’, en la que el Alto Tribunal aceptó la validez de un control judicial limitado exclusivamente a las cuestiones jurídicas en virtud de la especial deferencia de la que resultaba acreedora la Administración frente a la ‘creciente complejidad’ de sus funciones. Este pronunciamiento -digno de ser recordado más por la disidencia de Boffi Boggero que por los argumentos vertidos por quienes concurrieron a formar la opinión mayoritaria- demuestra la facilidad con que se ha llegado a confundir en ocasiones la exigencia de conocimientos técnicos que faciliten la apreciación de los hechos con la atribución implícita de potestades discrecionales” (TAWIL, *Estudios...*, cit., p. 208).

En similar sentido, se ha entendido que “la discrecionalidad que las normas jurídicas otorgan al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, p. X-19). Pero, a los fines de declarar la ilegalidad de la medida, “no basta con la existencia de opiniones técnicas discordantes, sino que se requiere que todas las opiniones técnicas allegadas al expediente (con la posible excepción de las emanadas de la Administración) sean unánimes en el juicio técnico disvalioso de la decisión administrativa”. De modo que el juez no puede tenerse como “incapaz de entender en cuestiones de índole técnica, sino que allí donde no existen otras razones que exijan un control judicial pleno, la deferencia el Poder Judicial hacia tales conclusiones no hace sino respetar un razonable principio de división de tareas entre los distintos poderes del Estado” (MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública...*, cit., p. 649 y 681).

blema. Un tribunal no está en condiciones de afirmar o negar la corrección de las valoraciones realizadas por los expertos, no tanto o no sólo porque carece de los conocimientos necesarios para ello, sino también y sobre todo porque no puede hablar otro lenguaje que el del Derecho ni utilizar otros instrumentos que los de naturaleza estrictamente jurídica. Ello no significa, como es obvio, que esas valoraciones le vinculen y que no pueda apartarse de ellas a la hora de resolver. Las leyes procesales le autorizan a valorarlas, ‘según las reglas de la sana crítica’, valoración que esas mismas leyes le obligan a incorporar a la motivación de la sentencia’⁴⁷.

7. El control de razonabilidad

El juez, ante un acto que cumple tanto con la norma en que se sustenta la facultad del órgano que lo dictó como con el resto de las normas del ordenamiento jurídico, nunca podrá imponer su criterio, por más que considere que es mucho mejor, más conveniente u oportuno. Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿qué puede examinar, entonces, de estos aspectos que no se encuentran reglados por las normas, sino librados a la discrecionalidad del administrador?

Lo que debe hacer es verificar que el acto o actuar administrativo se ajuste a los “principios generales del Derecho”⁴⁸. La definición y alcance de estos principios es diversa según la concepción iusnatu-

47 FERNÁNDEZ, T.-R., “La discrecionalidad técnica...”, cit., p. 173. Concordamos con el autor en cuanto a que “de la mal llamada discrecionalidad técnica ya sólo queda el nombre, el rótulo, la mera denominación, que el legislador [español] cometió la imprudencia de utilizar cuando estaba a punto de quedarse sin contenido y que la jurisprudencia [...] sigue usando por pura inercia” (ps. 183 y 184).

48 REQUENA LÓPEZ, Tomás, “Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa”, en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, p. 93; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, ps. VI-31 y ss., ps. X-26, X-29 y ss. y t.VII, *Primeros Manuales*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2014, ps. VII-1 y VII-2; LINARES, *Razonabilidad de las leyes...*, cit., ps. 138 y 139; PAREJO ALFONSO, “La intensidad...”, cit., p. 66; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, ley e inmunidades del poder ...*, cit., p. 50; SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, cit., p. 350; PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 427; SESÍN, Domingo J., *Adminis-*

ralista o positivista. Sin embargo, más allá de esta diferencia (que hace al debate propio de la Filosofía del Derecho), ellos tienen una importancia relevante, ya que no sólo tienen una función al momento de resolver las cuestiones que no tienen solución expresa en la ley, sino que, por ser los fundamentos del Derecho, permiten la formulación, integración e interpretación de las normas jurídicas⁴⁹.

En última instancia, y más allá del progreso en la verificación de los aspectos reglados del acto administrativo, la discrecionalidad, en tanto elección u opción, no es absolutamente libre, ya que se encuentra limitada negativamente por los principios generales del Derecho.

Negativamente porque, como hemos adelantado, salvo situaciones particulares no es posible (ni en rigor deseable) derivar de los principios generales del Derecho una vinculación positiva para la Administración y habilitante, por tanto, de una única solución válida. Ahora bien, lo dicho no obsta para que, de violarse los límites jurídicos de la discrecionalidad, el acto resulte inválido y así sea declarado por el juez en caso de que sea llamado a pronunciarse sobre la cuestión.

Entre los principios generales del Derecho que limitan el actuar administrativo, el principio de razonabilidad es el de mayor utilidad y desarrollo, razón por la que hemos considerado que corresponde analizarlo en profundidad.

7.1. *El marco normativo que sustenta su aplicación*

Este examen no se encuentra regulado en todo su espectro en una norma determinada, sin embargo, existe cierto consenso respecto de su alcance y sobre su mecánica⁵⁰.

tración Pública. Actividad reglada..., cit., ps. 340 y ss.; TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 16 y 17 y GARCÍA PULLÉS, *Tratado...*, cit., p. 688.

49 ALONSO REGUEIRA, Enrique y Luis E. CASARINI, “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas”, LL, Año LXXVI, N° 231, 7-12-2012, p. 1.

50 Existe una trama, “construida en el mundo y, sobre todo, en los Tribunales Administrativos muy acumuladamente, de principios jurídicos que limitan la actividad administrativa, sea reglada o discrecional, sin necesidad de que haya norma y sin discusión alguna respecto a si hay, o no, norma” (GORDILLO, AGUSTÍN, “Los valores en el Derecho Administrativo Global”, en ALONSO RE-

En la Argentina, su fundamento constitucional reside en el artículo 28 de la Constitución Nacional, el cual (siempre es bueno recordarlo)⁵¹ es anterior a las enmiendas que receptaron la noción norteamericana de debido proceso sustantivo y, por supuesto, muy anterior a la interdicción de arbitrariedad plasmada en la relativamente reciente Constitución española. Es a través de esta norma que el Constituyente impuso a los órganos constituidos el deber de no alterar los derechos que la Constitución garantiza.

Este mandato debe interpretarse en forma armónica con lo normado por su artículo 33, en cuanto prescribe que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. También con lo previsto por el artículo 14, en tanto establece que dichos derechos no son absolutos sino que serán gozados por los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, y por el artículo 99, inciso 2, en la medida en que atribuye al Presidente la potestad de efectuar las reglamentaciones necesarias para la ejecución de dichas leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

En lo atinente a los actos administrativos, en lo que hace al examen de razonabilidad de los actos administrativos, la propia Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos ha establecido que ha de “cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor” y que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad” (artículo 7, inciso f de la Ley cit.).

7. 2. La mecánica del principio

De conformidad con los lineamientos expuestos, resulta claro que no hay actividad de la Administración ajena al control judicial de legalidad y/o razonabilidad. Es decir, aun tratándose de una mani-

GUEIRA (dir.), *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., ps. 695-700, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-gordillo-valores.pdf>.

51 Pues, “el sistema jurídico de cada país es fruto de una realidad histórica, social y económica propia e irrepetible” (CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, “El Principio revisor en versión norteamericana”, LL 2000-F, 620).

festación de potestades discrecionales, éstas en ningún caso pueden resultar contrarias al Derecho.

El ejercicio del poder estatal debe ser racional y justo, y la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye justificativo de una conducta arbitraria⁵², pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a dichos actos.

Dentro de esa órbita se ha dicho que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente; todo lo cual puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común.

Ahora bien, al momento de argumentar determinada pretensión impugnatoria de un acto (sea particular o general), no resulta conveniente limitarse a manifestar que ésta resulta arbitraria o injusta y que por tal motivo es irrazonable e inválida. Es necesario concretizar el argumento a fin de fortalecerlo. Para ello resulta imprescindible entender tanto el marco teórico como la mecánica del examen

52 Irrazonabilidad y arbitrariedad son conceptos que, si bien se encuentran lejos de ser idénticos, habitualmente se los utiliza en forma indistinta. En este sentido, vale aclarar que, si bien todo lo irrazonable es arbitrario, también entra dentro de esta última noción, el acto o decisión adoptada sin fundamentación o motivación. Es más, esta última acepción ha sido tomada por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ como el eje de su teoría del control del poder discrecional (*Sobre los límites...*, cit., p. 146).

En similar línea argumentativa, cabe destacar lo explicado en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, In Dret, Barcelona, 1/2015, en el sentido de que ya “no recae sobre el recurrente la carga de argumentación y prueba de la arbitrariedad de la decisión, sino que es la Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente. Si no consta expresamente que, a lo largo del procedimiento, la decisión administrativa se ha ido concretando conforme a razones y criterios convincentes, esta simple circunstancia es suficiente para que la decisión se declare inválida y se devuelva a la Administración. Obviamente, además, no es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso una motivación con la que no se trabajó en el expediente, ni -mucho menos- corresponde al órgano judicial reconstruir la decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento”.

de razonabilidad ⁵³.

(i) La búsqueda de la finalidad

En primer lugar, es necesario identificar la finalidad a la que debe dirigirse dicho acto. Es decir, la que resulta de la norma atributiva de la facultad discrecional. Este paso inicial es, quizás, el más difícil del mecanismo, puesto que, en ocasiones, la finalidad no surge de manera expresa y manifiesta de la norma atributiva, por lo que ella debe ser “razonablemente” interpretada. Además, también puede ocurrir que, como hemos visto, las facultades discrecionales ejercidas en el acto que se esté revisando no sean el resultado de una norma precisa, sino de un conjunto de ellas que inciden de distinto modo en el caso, por lo que la interpretación de cuál es la finalidad prevalente puede resultar más compleja aun ⁵⁴. Máxime si se advierte que en un determinado mandato pueden coexistir distintas finalidades que incidan de modo diverso en el actuar administrativo.

Por ello, el intérprete debe afrontar este estudio con la mayor intensidad y cautela posible, ya que la identificación de una u otra finalidad puede conducirnos a soluciones diametralmente opuestas ⁵⁵.

(ii) Razonabilidad por adecuación o desviación de poder

Una vez identificada, debe valorarse si el objeto del acto persigue efectivamente dicha finalidad. En tal caso, será razonable y, por ende, válido. A este primer examen se lo denomina *de adecuación*. No requiere que el acto *cumpla* con dicha finalidad, sólo que *tienda* a ella. Ello es suficiente para poder afirmar que el acto resulta razonable, en tanto tiene una relación de adecuación con su finalidad.

⁵³ MARCER, Ernesto A., *Demandas contra el Estado. Razonabilidad de las condiciones especiales de admisibilidad*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, ps. 127 y ss.

⁵⁴ “Todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica [...] No obstante, tratándose de una regulación limitada -pudiendo en muchos casos existir más de una posibilidad de cumplimiento de la finalidad establecida por la norma- el fin opera más bien como uno de los límites elásticos de la discrecionalidad administrativa, a los que habremos de referirnos posteriormente (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I p. X-17).

⁵⁵ Sobre este punto, ver ALONSO REGUEIRA, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit.

Como puede verse, en estos casos, nos encontraremos ante el vicio conocido como *desviación de poder* ⁵⁶ (expresamente establecido en la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos) ⁵⁷.

56 “Aun cuando sin esa denominación, el concepto del *détournement de pouvoir* fue utilizado por el más alto tribunal administrativo francés ya en el *arrêt Vernes*, del 19 de mayo de 1858, al anular una decisión del alcalde de Truoville que -en uso de las facultades policiales que le confería el art. 95 de la ley del 5/4/1848- prohibía a los bañistas vestirse y desnudarse en lugar distinto a los establecimientos municipales toda vez que se había comprobado que la citada disposición no tenía por objeto resguardar la seguridad o moralidad públicas, sino favorecer los intereses económicos municipales. Esbozada tímidamente aún en algunas ocasiones anteriores, la consolidación definitiva de la desviación de poder como técnica de fiscalización jurisdiccional de la legitimidad del obrar administrativo se produjo, en Francia, en la última mitad del siglo XIX. Notable resultó, en este aspecto, su recepción durante el Segundo Imperio -especialmente a partir de la intervención de Laferreire como *maitre des requetes* en el año 1870-, momento a partir del cual la desviación de poder se transformó -junto con la incompetencia, el vicio de forma y la violación a la ley- en una de las *formes de ouvertures* o motivos de impugnación clásicos del recurso por exceso de poder. Con ciertas variantes, esta construcción fue adoptada en Italia bajo la denominación de *sviamento di potere*” (TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 6 y 7).

Para profundizar sobre esta cuestión, puede recurrirse a SÁNCHEZ MORÓN, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., p. 265; SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., ps. 44, 86, 173, 259 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, p. X-29; TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 6 y ss.; CAMPOLIETI, *El control judicial de la discrecionalidad...*, cit., p. 630; MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública...*, cit., ps. 649 y 681; BÉJAR RIVERA, Luis J., *La finalidad del acto administrativo. Estudio sobre la oportunidad y la desviación de poder del acto administrativo en el procedimiento contencioso administrativo mexicano*, RAP, Buenos Aires, 2010, ps. 163 y ss. y LÓPEZ MENDOZA, JOSÉ A., “Desviación de Poder”, en ALONSO REGUEIRA, *Estudios...*, cit., ps. 299 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf>.

57 En sentido contrario, se ha dicho que: “Asimilada frecuentemente a la arbitrariedad, debe diferenciarse a la desviación de poder de la irrazonabilidad del acto, considerado por la Ley de Procedimientos Administrativos -siguiendo en ello a LINARES- como vicio que hace a la finalidad del acto. En efecto, debe advertirse -como bien lo señala GORDILLO- que tanto en el supuesto de la irrazonabilidad o desproporcionalidad, el funcionario actúa siguiendo a la finalidad prevista por la norma -aun cuando a través de un obrar viciado, por excederse en los medios empleados para alcanzar tal finalidad-, en el supuesto de la desviación de poder, el agente persigue una finalidad distinta

“La desviación de poder o *détournement de pouvoir* se configura, así, cuando un agente administrativo realiza un acto de su competencia, respetando en la mayor parte de las ocasiones las formas legales para ello, pero utilizando su poder con motivos o fines distintos de aquéllos en vista de los cuales la autoridad le fuera conferida. Implica, pues, un abuso de mandato -destacado ya por LAFERREIRE- o de derecho por parte del agente que puede darse no sólo en el dictado de actos administrativos, sino también en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Se trata, siempre, de una actuación inspirada por consideraciones ajenas al interés del servicio, sea teniendo en mira el interés egoísta o personal de quien dicta el acto o un interés público distinto al perseguido en ocasión de otorgarse la potestad, toda vez que en esas situaciones, el acto deja de satisfacer -no obstante su apariencia legal- la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva. Deviene, pues, como señalaba SARRÍA, en la violación de la ley en su espíritu, aun cuando no siempre en su texto”⁵⁸.

En nuestra opinión, resulta más conveniente controlar la discrecionalidad administrativa mediante el principio de razonabilidad, por un lado, porque es un criterio más completo y, por el otro, porque “el carácter clandestino con que se manifiesta este vicio [...]

a la tenida en mira por el legislador. Bajo esa óptica, la desproporcionalidad o arbitrariedad -en un sentido técnico- aparece vinculada más con el objeto del acto que con su finalidad [...] La desviación de poder implica, pues, una malversación de sus potestades por parte de la Administración. Esta se puede manifestar de tres formas distintas. En primer lugar, mediante la denominada ‘desviación de poder máxima’, supuesto que implica la utilización de las potestades administrativas para alcanzar fines contrarios al interés público o distintos de él. Segundo, por intermedio de la llamada desviación de poder mínima, la que se produce cuando si bien se ejercitan las potestades administrativas para alcanzar una finalidad de interés público, no es la específicamente asignada por el ordenamiento jurídico para el acto impugnado. Por último, a través de la denominada desviación de poder formal o impropia, que acontece en aquellos supuestos en que si bien se utiliza un procedimiento externamente legal, éste es distinto del que la ley prevé para el acto dictado” (TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 10 y 11).

⁵⁸ TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 9 y 10. En similar sentido, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, ps. X-29-30.

torna prácticamente imposible la plena prueba de su existencia”⁵⁹.

En similar sentido, se ha reconocido que “no es frecuente encontrar la invocación del desvío de poder, pues se considera que los vicios formales son más prácticos y de más fácil apreciación para los operadores jurídicos”⁶⁰. Esto, sin perjuicio de reconocer que constituye una herramienta que ha tenido un importantísimo reconocimiento por parte de la jurisprudencia argentina y que su utilización, en forma independiente del examen de razonabilidad, es también de gran valor para el control de la actividad administrativa⁶¹.

(III) *Razonabilidad por proporcionalidad*

Ahora bien, a esta altura de la explicación debe aclararse que el intérprete puede efectuar el análisis de razonabilidad con distintos grados de intensidad dependiendo de las circunstancias del caso y de la naturaleza de los derechos involucrados. El examen de adecuación resulta ser el más tenue de los criterios que, potencialmente, comprende el principio de razonabilidad.

59 TAWIL, *Estudios...*, cit., ps. 16-17, en donde se explica que “algunas de las nuevas técnicas de fiscalización ensayadas resultan particularmente aptas para superar el mayor obstáculo con el que se ha enfrentado la desviación de poder: su acreditación. Tradicionalmente difícil -a punto de haber sido considerado éste el ‘gran problema práctico’ de la desviación de poder-, a diferencia de lo que ocurre cuando el vicio se produce en los elementos del acto tales como la forma, donde la violación al ordenamiento jurídico se manifiesta en forma más clara”.

“La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió; pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través p. ej. de su motivación, que adolece de este vicio: Más normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, ps. X-29-30).

60 BÉJAR RIVERA, *La finalidad del acto administrativo...*, cit., p. 164. En igual sentido, TAWIL, *Estudios...*, cit., p. 13.

61 A modo de ejemplo, pueden citarse algunos de los precedentes en los que la Corte Suprema ha empleado la mentada herramienta: *Fallos*, 334:398; 333:335; 333:311; 329:3235; 329:2162; 318:2311; 308:1260; 307:178; 307:1926; 307:1907; 307:1189; 305:445; 288:287.

Un segundo criterio, que implica un examen más agudo del acto discrecional, constituye el examen de proporcionalidad. Para “aprobar” este test, no alcanza con que el acto administrativo tienda a la finalidad perseguida, sino que se requiere que lo haga en forma proporcional. Es decir que la finalidad no puede justificar actos que, si bien se adecuan a ella, contienen una decisión que resulta, en términos absolutos, excesivamente lesiva de los derechos de la persona.

Cabe destacar también que, si bien se ha identificado la utilización de uno u otro criterio de razonabilidad con los casos en que se invoca una lesión al derecho de propiedad y los que ventilan otros derechos constitucionales, lo cierto es que la frontera que ha delimitado las circunstancias que han llevado al Poder Judicial a recurrir a uno u otro criterio muchas veces aparece desdibujada. Por lo que, en este sentido, resulta más conveniente efectuar un análisis casuístico y evitar, de ser posible, conformarse con la utilización de reglas generales que, si bien tienen un gran beneficio didáctico, pueden representar un riesgo innecesario en los estrados judiciales.

En caso de duda, sin embargo, debe recordarse (aunque no siempre se lo haga) que la propia Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos exige que se emplee el criterio de proporcionalidad sobre todos los actos administrativos, independientemente de la materia sobre la que verse su objeto. Pues, en todos los casos: “[l]as medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad” (artículo 7, inciso f, *in fine*).

(iv) Razonabilidad por necesidad

La adecuación y la proporcionalidad fueron, tradicionalmente, los dos únicos criterios aceptados como integrantes del juicio de razonabilidad. Sin embargo, la Corte Suprema argentina ha aceptado un tercer criterio para situaciones muy puntuales. En el caso “Asociación de Magistrados y Funcionarios”⁶² ha reseñado esta postura, presente en su jurisprudencia de los últimos años⁶³. Comienza por explicar que la intensidad con la que es ejercido el examen de razonabilidad se encuentra atada a las circunstancias del caso y a la naturaleza de los derechos involucrados. Desde esta perspectiva,

62 *Fallos*, 335:2418.

63 *Fallos*, 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; 330:1114; 330:3853; 336:131; 336:1774; CSJN, 20/8/2014, “Z., J.J. c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”, Causa Z. 9. XLVIII. RHE y *Fallos*, 343:1447.

sostiene que el examen de validez de los actos del Estado debe ser más agudo cuando éstos establecen una distinción sustentada en lo que se denomina como “categorías sospechosas”, es decir, “en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En tales casos, no sólo debe valorarse judicialmente que el acto en cuestión sea adecuado y proporcional respecto de la finalidad perseguida por la o las normas atributivas de la facultad, sino que, además, debe ser verificable que “se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”. Como puede verse, este nuevo criterio se identifica a lo que se conoce como subprincipio de necesidad, dentro del esquema tripartito del juicio de proporcionalidad empleado tanto por Alemania y España como por las Cortes Europeas e Interamericanas de Derechos Humanos ⁶⁴.

64 Sobre esta visión que en nuestra opinión no resulta aplicable en forma automática al Derecho argentino, ver ALEXY, Robert, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, 02/6/03, ps. 131-40; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, 3-9-00, p. 297 y *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cap. III, § 8, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 111-5; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; SANDULLI, Aldo, *La Proporcionalità dell’azione amministrativa*, 1ª ed., CEDAM, Padova, 1998, en particular, cap. III, Sezione Terza, § 4, ps. 371 y 2; BEILFUSS GONZÁLEZ, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Navarra*, Thomson-Aranzadi, 2003, ps. 53 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en el derecho público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, ps. 448-518; ALVES DA FROTA, Hidemberg, *O Princípio tridimensional da proporcionalidade no direito administrativo: um estudo à luz da principiologia do direito constitucional e administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*, Editora GZ, Rio de Janeiro, 2009; BENVINDO ZAIDEN, Juliano, *On the limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Springer, Berlin Heidelberg, 2010, ps. 83 y ss.

También, CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2009; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1ª ed., Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004; GRECCO, Carlos Manuel y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, “El principio de Proporcionalidad en

En adición a este “escrutinio estricto” por el que debe guiarse el juicio de razonabilidad, la Corte ha estimado, además, que dichos actos deben presumirse ilegítimos e inconstitucionales, lo cual provoca una inversión de la carga de la prueba. No será entonces la persona que considera afectados sus derechos quien deba probar la ilegitimidad que alega, sino el propio Estado quien deba acreditar que la norma que ha dictado cumple con el criterio de razonabilidad enunciado, en tanto el trato desigual responde a fines sustanciales y no meramente convenientes.

Hemos dicho, al analizar el criterio de proporcionalidad, que la irrazonabilidad se verificaba cuando podíamos decir que el acto era excesivo en sí mismo, en términos absolutos. Entendemos que el nuevo criterio de necesidad también evalúa que la norma no resulte excesiva, aunque no ya en forma absoluta sino relativa. Es decir, tomando como punto de comparación otras hipotéticas medidas igualmente posibles, justas y razonables, en términos de adecuación y proporcionalidad.

Este criterio podría entenderse, a primera vista, como cercano a los de oportunidad, mérito o conveniencia, que, en palabras de la Corte Suprema, “no son susceptibles de revisión judicial”⁶⁵.

la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares)”, en Documentación Administrativa, Nos. 267-268, *El derecho administrativo en Argentina: Situación y tendencias actuales (I)*, Madrid, Septiembre 2003 - Abril 2004; y ALONSO REGUEIRA, Enrique, “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?”, ED, 2008, 647 y “Artículo 30. Alcance de las Restricciones”, en AA. VV., ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, 1ª ed., LL, Buenos Aires, 2012, ps. 535-539, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/030-alonso-regueira-restricciones-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

65 Las decisiones “adoptadas sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial, y sólo corresponde a los jueces controlar la legitimidad del obrar de las autoridades administrativas, sin estar facultados para sustituirse a ellos en la valoración de circunstancias ajenas al campo de lo jurídico” (*Fallos*, 338:1583). “La potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos solo comprende, como principio, el control de su legitimidad —que incluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes—, pero no el

De este modo, cabe preguntarse si este último escrutinio de necesidad que la Corte ha establecido para los casos en que las normas efectúen una distinción sustentada en *categorías sospechosas* consiste, efectivamente, en lo que tradicionalmente se ha entendido como examen de razonabilidad o si en realidad constituye una valoración de mera conveniencia o eficacia. Pues, si fuera este último el caso, la cuestión no podría someterse a la revisión jurisdiccional so pena de violentar el principio de división de poderes.

Si bien el problema es harto complejo, consideramos que puede encontrarse una respuesta a este novedoso interrogante si se recuerda que el objeto de este examen resulta sustancialmente ajeno a la conveniencia o a la medición de eficacia de la medida que se haya estipulado. Por el contrario, su validez depende, únicamente, del nivel de intrusión sobre el derecho del particular.

Es decir, que la existencia de una medida alternativa claramente más eficaz o conveniente que la cuestionada carece de toda relevancia a los fines de evaluar la validez de la norma que se someta a este escrutinio estricto o de necesidad. El único criterio para evaluar su irrazonabilidad será, siempre, el hecho de ser más o menos intrusiva que la medida alternativa y, nunca, el grado de adecuación, eficacia, oportunidad, mérito o conveniencia en relación con el fin que exija la norma atributiva de las facultades que se hayan ejercido ⁶⁶.

De este modo, cuando pueda determinarse cuál de las dos medidas resulta menos lesiva a los derechos de las personas afectadas (circunstancia que no resulta posible en todos los casos ⁶⁷), la elec-

de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas por éstos adoptadas” (CSJN, “Hoyos Darío” 2015, Causa H. 147. XLVIII). En similar sentido: *Fallos*, 335:770; 334:1216; 334:799; 328:2712; 326:2004; 328:91; 325:28; 323:2659; 321:1252; 321:663; 320:2851; 320:976; 319:3241; 316:188; 315:1361; 314:1202; 312:435; 311:2128; 311:1206; 308:2246; 308:1486; 308:434; 306:1792.

⁶⁶ ALONSO REGUEIRA, *El examen de necesidad...*, cit. En sentido contrario, CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad...*, cit., p. 90.

⁶⁷ “Pues, sólo puede ejercerse una preferencia respecto de medidas al menos tan eficaces [o adecuadas] como la cuestionada. Es decir que existen dos pasos necesarios en la aplicación del subprincipio. En un primer momento, debe determinarse la existencia de otras medidas posibles que no tengan un menor grado de adecuación para la obtención del fin perseguido. Una vez encontradas, se procede a un segundo paso, analizar si ella resulta la menos intrusiva para los derechos del particular y únicamente si ello se constatare, se la considerará

ción de una u otra pertenece al campo de la razonabilidad y, por ende, su validez o invalidez resultará plenamente justiciable.

En otras palabras, cuando el criterio adoptado por la Administración se sustenta en la distinción de una categoría sospechosa, el juez puede analizar si tal decisión era la que restringía en menor medida los derechos de la persona afectada. En caso contrario, debe declarar la invalidez del criterio. No porque sea más o menos conveniente, ello nunca podría analizarlo la Justicia, sino porque importa una intromisión excesiva a la esfera de derechos constitucionalmente protegidos. El hecho de que ese exceso sea en términos relativos (tomando en consideración otras posibles medidas) no cambia la naturaleza del examen que debe, según la jurisprudencia comentada, efectuar el juez.

Por último, a fin de despejar cualquier duda que pueda plantearse en este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema argentina ha manifestado expresamente que este escrutinio estricto debe considerarse como una vertiente del juicio de razonabilidad, completamente ajeno al de conveniencia. Ya que dichos juicios se distancian por “un paso, un grande y delicado paso, que no puede ser saltado sin quebrantar el régimen de división de poderes en que se asienta el diseño institucional de esta República”⁶⁸.

8. La interdicción de sustitución judicial de la función administrativa

Como hemos explicado, el control que puede efectuar el juez respecto del nudo decisonal que caracteriza a los actos administrativos discrecionales ha de ser siempre ejercido en forma negativa.

Esto quiere decir que el juez sólo podría declarar la invalidez del acto. Nunca efectuar nuevamente el proceso decisonal llevado a cabo por la Administración y adoptar una nueva decisión. Su ju-

constitucionalmente válida. Sin embargo, no cabe el juicio de mínima intrusión si no existieren medidas alternativas con tales características”. A lo que debe anudarse que este criterio “puede no resultar aplicable en los casos de constelaciones complejas, ya sea que se encuentren en juego más de dos principios, o más de dos personas” (ALONSO REGUEIRA, *El examen de necesidad...*, cit., con cita de ALEXY, ROBERT, *Teoría...*, cit., p. 113 y *On the Structure...*, cit., p. 298).

jurisdicción se limita a analizar la legalidad y razonabilidad del acto, siendo el órgano administrativo el único facultado para ejercer las atribuciones discrecionales necesarias para adoptar una determinada decisión sobre la cuestión. Por ende, en caso de que el juez avanzara más allá de los límites de su jurisdicción y sustituyera al órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones, se estaría quebrantando el principio de división de poderes, que constituye uno de los pilares sobre los cuales se asienta el diseño constitucional de la República.

Un claro ejemplo de esto puede observarse en el precedente “Buttice, Eduardo” de la Corte Suprema, en el cual se reconoció que la decisión discrecional de anular un concurso para acceder a un cargo docente resultaba manifiestamente arbitraria, razón por la que confirmó su anulación. Sin embargo, se entendió que la sentencia del Tribunal de la anterior instancia de adjudicar dicho cargo al Sr. Buttice por ser él quien se encontraba segundo en el orden de mérito constituyó un exceso de jurisdicción.

En tal sentido, se explicó que “el Poder Judicial, al comprobar la existencia de un vicio en un acto que fue dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes. Pero al resolver del modo cuestionado, se había obligado a la Universidad [demandada] a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de los jueces, violando así el principio de división de poderes del Estado”⁶⁹.

9. Del ocaso de la discrecionalidad

“Es posible y deseable que con el correr del tiempo la distinción [entre facultades regladas y discrecionales] pierda importancia, en la medida que la asuman en mayor medida principios tales como el de la razonabilidad”⁷⁰.

Hemos visto que todos los actos administrativos, incluso en sus aspectos discrecionales, son justiciables y pasibles de control de legalidad y razonabilidad, entre otros principios generales del Derecho.

69 *Fallos*, 329:5368. En similar sentido, ver *Fallos*, 343:990.

70 GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, p. X-11

Esta afirmación no siempre es analizada en todo su alcance pero significa que ya no corresponde declarar la inadmisibilidad de una pretensión dirigida al control de lo discrecional, ni como *prius* ni como *posterius*. Ni al momento de analizar la procedencia formal del proceso, ni al momento de resolver el fondo de la cuestión. El juez debe valorar si el acto administrativo se ajusta al orden jurídico y, en caso afirmativo, declarar su validez y rechazar la pretensión ⁷¹.

Es probable que esta conclusión no signifique la muerte jurídica de la discrecionalidad ⁷², sin embargo, tiene una entidad que no puede dejar de ser tenida en cuenta por el intérprete ⁷³. Pues, finalmen-

71 SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., p. 41. Puntualmente, allí se expresa que “jamás puede haber inadmisibilidad de lo discrecional o lo político, como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso, desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad o la actividad política ejercida es producto del orden jurídico. Con tal estrategia se cumplimenta el derecho a la tutela judicial efectiva [...] Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opínable momento o núcleo interno de lo discrecional implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona de reserva de la administración, ultrajando la división de poderes”. De tal modo: “La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones” (Ibíd., p. 106).

En similar sentido: “El criterio es simple y por demás claro, todos los actos estatales deben sujetarse al control de los jueces y éstos pueden invalidar o no el acto estatal, según su conformidad con el modelo jurídico” (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. 72). “El juez no puede excluir el análisis de la causa *a priori*, excepto que deba rechazarla *in limine* por alguna causa objetiva prevista; debe analizar en profundidad la causa y resolver en el fondo -excepto que haya alguna defensa previa del demandado que sea procedente- para decidir, mediante un juicio de valor en el cual controla la adecuación o no de la conducta administrativa a la juridicidad. Lo discrecional queda libre de censura (siempre que no contradiga la juridicidad) no de control judicial” (HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo...*, cit., p. 340).

72 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Discrecionalidad: Muerte y Resurrección”, en ALONSO REGUEIRA, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., ps. 47 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-alonso-resurreccion.pdf>.

73 “Se presenta así como un carácter rituario y adjetivo, no sustancial, la expresión control de la discrecionalidad administrativa: -No aporta ningún instrumento nuevo en el control de la actividad administrativa, consistente en el examen de legalidad de aquélla. -No presenta en ese examen, en consecuen-

te, la discrecionalidad ha perdido ese “atributo” o “funcionalidad” original orientada a definir qué puede controlar el juez.

Personalmente, tampoco creemos que tenga una mayor utilidad al momento de explicar cómo ha de encausarse su control judicial. En las aulas se enseña que primero se debe valorar la legalidad de las cuestiones regladas y luego la legitimidad o razonabilidad de las discrecionales, de modo que, frente a la discrecionalidad, debe prestarse especial atención a la valoración de los hechos determinantes y a que se haya cumplido con el deber de motivación y/o con el principio de razonabilidad ⁷⁴.

Esta tesis, sin embargo, pareciera olvidar que también deben analizarse tales cuestiones respecto de los aspectos reglados del acto. El acto administrativo que se sustenta en hechos falsos, que se encuentra motivado en forma insuficiente o resulta irrazonable, será siempre inválido, sin importar los aspectos discrecionales o reglados que tenga ⁷⁵.

Desde un punto de vista desfibrilador, podría argumentarse que, si la discrecionalidad administrativa ya no incide en el *qué* se controla ni en el *cómo*, sí lo hace en el *cuánto*, de modo de permitir que el juez anule el acto pero nunca que sustituya a la Administración

cia, diferencia alguna sustancial respecto al que se realiza sobre la calificado como actividad reglada” (REQUENA LÓPEZ, Tomás, *Ideas en torno a una expresión falaz...*, cit., p. 93).

74 Tan afincada está esta tesis, que la propia estructura del presente trabajo responde a ella.

75 En este sentido, se ha dicho que: “Estos límites negativos que vinculan la actividad administrativa no son, por lo tanto, específicos de la discrecionalidad, sino de toda la gestión administrativa; trátase de la que actúe en forma reglamentaria como de la que actúe libremente” (FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la Administración...*, cit., p. 91). “En realidad, debiera hablarse de control de la legalidad (o juridicidad) de la actividad de la Administración, sin más. [...] Por tanto, en ningún caso el objeto del control puede ser la actividad discrecional de la Administración en cuanto tal; puede consistir y de ordinario consiste en la comprobación de que éste respeta los límites a que está sujeta. Y considerando que juegan de modo sustancialmente idéntico para la actividad reglada, aquel examen no debe condicionarse previamente por la idea de la discrecionalidad, sino que ha de efectuarse sin distinciones respecto de la reglada. Debe hablarse de control, fiscalización, enjuiciamiento, del proceder administrativo, sin más aditamentos” (REQUENA LÓPEZ, Tomás, *Ideas en torno a una expresión falaz...*, cit., ps. 95 y 92).

en sus facultades propias o discrecionales ⁷⁶.

Sin embargo, no debe soslayarse que las cuestiones relacionadas con el alcance del control y la prohibición de sustitución constituyen, hoy, temas polémicos, en los que pareciera haber menos acuerdos que desacuerdos.

“Resulta extraño que mientras en el proceso judicial se efectúan numerosos esfuerzos tendientes a precisar lo reglado y lo discrecional para marcar en cada caso la intensidad del control, en el ámbito doctrinal, al dársele mayor importancia a la disputa por la extensión de una u otra, o de predominio de una sobre otra, se descuida un tema de tanta trascendencia como es la determinación de sus zonas limítrofes; tal delimitación dista de ser bizantinismo teórico: permitiría establecer con certeza hasta dónde puede llegar el juez en su contenido jurisdiccional” ⁷⁷.

⁷⁶ En cuanto a este punto, ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El control judicial...*, cit., ps. 388 y 389; PAREJO ALFONSO, *La intensidad...*, cit., p. 87; SESÍN, *Administración Pública. Actividad reglada...*, cit., ps. 69, 114, 190, 215 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, *Recursos directos...*, cit., ps 87 y ss.; GARCÍA PULLÉS, cit., p. 690 y ss. y MAIRAL, cit., p. 652.

⁷⁷ SESÍN, cit., p. 174; también cfr. PAREJO ALFONSO, *La intensidad...*, cit., p. 64; GORDILLO, T. 1, cit., p. VI-40 y ss.; CASSAGNE, cit., ps. 175 y 215; HUTCHINSON, cit., p. 285; GARCÍA PULLÉS, *Tratado...*, cit., p. 677 y GUSMÁN, Alfredo Silverio, “De nuevo sobre la discrecionalidad administrativa y su revisión judicial”, ED, 2007, p. 495.

Como testimonio de los mencionados desacuerdos, pueden señalarse las siguientes afirmaciones: (i) “el juez, al amparo de la tradición de reducción de la discrecionalidad, recaba para sí la definición de la frontera entre la legalidad y la oportunidad. Las consecuencias posibles saltan a la vista: al poder administrativo para decidir desde criterios de oportunidad se suma el poder del juez para hacer lo propio. Y el resultado no es otro que la inexistencia de certeza y objetividad ni siquiera en el control judicial, pues la intensidad de éste no depende ya de la definición objetiva de dicho control, sino de la apreciación que el juez tenga de su papel en cada caso [...] Pero, además, se olvida también que, en la Constitución, el principio de interdicción de la arbitrariedad está referido, tanto por su ubicación sistemática (título preliminar), como por su misma formulación, a todos los poderes públicos sin distinción y, por tanto, desde luego para el administrativo, pero también para el judicial. Consecuentemente, por sí mismo y directamente no constituye un argumento válido para determinar el control de este último sobre el ejecutivo-administrativo” (PAREJO ALFONSO, *La intensidad...*, cit., ps. 62 y 66); (ii) “En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba” (FERNÁNDEZ, T.-R., *De la arbitrariedad...*, cit., p. 102); (iii) “Lo

Es más, sobre este punto, quisiera dejar planteada una duda que aún no puedo responder. ¿La prohibición que recae sobre la actividad jurisdiccional de sustitución de las facultades propias de la Administración nace, técnicamente, como consecuencia del instituto de la discrecionalidad o, en realidad, lo excede y es independiente de éste?

Pongamos un ejemplo que, por grosero, puede ser ilustrativo. Si una mujer se casara (civilmente, ante funcionario público) con un niño de 8 años, el juez podría declarar la nulidad del matrimonio, pero no podría decretar en su sentencia que la mujer se case con el hermano mayor del niño. Es más, si ninguna persona legitimada (ni siquiera el ministerio público) planteara la cuestión en sede judicial, el juez tampoco podría decretar dicha nulidad. En ninguno de los casos la limitación del juez se fundamentaría en la prohibición de sustituir las facultades propias de la Administración, sino en que el juez no tendría la facultad para tomar dicha decisión.

Entonces, quizás, podría cambiarse el prisma, analizar estas cuestiones desde otro punto de vista y, probablemente, arribar a resultados similares, pero con independencia de la teoría de la discrecionalidad.

La revisión judicial del actuar administrativo no encuentra su límite en las facultades propias o discrecionales de los otros poderes constituidos, sino en los límites intrínsecos de la jurisdicción que,

que en ningún caso debe hacerse, es partir apriorísticamente de la solución que puede parecer más lógica o más razonable, o de la reclamada por los recurrentes para reducir a la nada la discrecionalidad en los casos en que verdaderamente ésta existe” (SÁNCHEZ MORÓN, *El Control de la Actividad Estatal...*, cit., p. 269). Por último, también se ha dicho que “el derecho a una buena administración (y la obligación jurídica derivada del mismo para la Administración) provoca que el núcleo metajurídico de la discrecionalidad deje de ser ‘indiferente’ para el Derecho, en el sentido que éste no sólo limita y encuadra su ejercicio mediante los elementos reglados y los principios generales del Derecho, sino que, además, ofrece principios que orientan en positivo su desarrollo (los ya vistos) y mecanismos (señaladamente el procedimiento administrativo y la motivación, aunque no únicamente) que permiten articular tales principios de buena administración por la Administración y su posterior control judicial no sólo en garantía de los derechos e intereses de los interesados, sino también, y a la vez, en defensa de la buena administración” (PONCE SOLÉ, Juli, “¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno?”, *Revista de Administración Pública*, N° 173, mayo/agosto de 2007, ps. 244 y 245).

como cualquier otra facultad, también es concedida y limitada normativamente ⁷⁸.

Por último, existe otro motivo que parecería abonar esta postura. Sostener que la interdicción de sustitución no es una consecuencia de los límites de la jurisdicción, sino que deriva de la existencia de discrecionalidad, implica postular que el único motivo por el que el juez no puede pronunciarse sobre la cuestión de que se trate es porque dicha cuestión fue otorgada por el Congreso para su decisión exclusiva al poder administrador.

Sin embargo, esta formulación soslaya que, en sistemas como el nuestro, cualquier juez puede, incluso de oficio, controlar también la constitucionalidad y razonabilidad de la dicha ley, como norma atributiva de facultades. Control que ha efectuado la Corte Suprema argentina, por ejemplo, en el caso “Uriarte”, en el que declaró la inconstitucionalidad de una ley por otorgar una facultad discrecional con amplitud irrazonable ⁷⁹.

⁷⁸ “Porque siempre que se aborda la función del control judicial del poder se suele hacer desde la perspectiva del sometimiento del Estado al derecho, contraponiendo así juez y Estado y olvidando, por tanto, que el juez es también un poder público del Estado, es Estado” (PAREJO ALFONSO, *La intensidad...*, cit., p. 60). Es que: “El conocimiento judicial determinado por el objeto del proceso no es, sin embargo, el control (en sentido estricto) de la ‘actuación’ anterior ‘impugnable’, sino el o las pretensiones deducidas [...] en relación con o a propósito de dicha actuación” (PAREJO ALFONSO, *La vigilancia...*, cit., p. 217).

⁷⁹ “Que de acuerdo con los principios constitucionales y convencionales enunciados, el derecho de toda persona a ser juzgada por un juez independiente exige que el régimen de subrogación no deje librada la elección al arbitrio de la autoridad de turno” (*Fallos*, 338:1216). En similar sentido, se ha observado que “Si la norma otorga una habilitación genérica, sin límites precisos y para supuestos de hecho también generales, se vulnerarla el principio de legalidad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, dado que la competencia administrativa quedaría regida por el principio de vinculación negativa de la Administración al ordenamiento jurídico” (CAMPOLIETI, *El control judicial de la discrecionalidad...*, cit., p. 622).

Este nuevo paso, como en un eterno retorno, hace replantearse las palabras de WADE en cuanto a que solía pensarse como una doctrina constitucional clásica que las facultades ampliamente discrecionales eran incompatibles con el Estado de Derecho. Pero este dogma no puede ser tomado en serio hoy y nunca conuvo tanto de verdad. Lo que el Estado de Derecho exige no es que la facultad ampliamente discrecional sea eliminada, sin que la ley sea capaz de controlar su ejercicio (“*It used to be thought to be classical constitutional doctrine that*

10. Bibliografía

ALEXY, Robert, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, 02/6/03.

ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El Control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial*, 1ª ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2016.

ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de Convencionalidad de la Actividad Administrativa*. 1ª ed., Lajouane, Buenos Aires, 2017.

ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 1ª ed., Buenos Aires, 2013.

ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en el derecho público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

ALVES DA FROTA, Hidemberg, *O Princípio tridimensional da proporcionalidade no direito administrativo: um estudo à luz da principiologia do direito constitucional e administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*, Editora GZ, Rio de Janeiro, 2009.

BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid 1997.

BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*. t. I, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011.

BEILFUSS GONZÁLEZ, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Navarra*, Thomson-Aranzadi, 2003.

BÉJAR RIVERA, Luis J., *La finalidad del acto administrativo*. Es-

wide discretionary power was incompatible with the rule of law. But this dogma cannot be taken seriously today, and indeed it never contained much truth. What the rule of law demand is not that wide discretionary power should be eliminated, but that the law should be able to control its exercise”, WADE, H. W. R., *Administrative law*, Oxford, 1986, p. 347, citado por CASARINI, Luis, “Discrecionalidad administrativa, control judicial y Estado de Derecho [A propósito de un interesante fallo de la Corte Suprema]”, ED, 2004, 296).

tudio sobre la oportunidad y la desviación de poder del acto administrativo en el procedimiento contencioso administrativo mexicano, RAP, Buenos Aires, 2010.

BENVINDO ZAIDEN, Juliano, *On the limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Springer, Berlin Heidelberg, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, “El Principio revisor en versión norteamericana”, LL 2000-F, 620.

CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1ª ed., Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2009.

COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*. t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.

CORVALÁN, Juan G., “Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa”, RAP.

CRAIG, Paul P., *Administrative Law*. 5ª ed., Thomson, Londres, 2003.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed., Civitas-Thomson, Pamplona.

FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la Administración Pública*, 1ª ed, Alfa, Buenos Aires, 1948.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, ley e inmunidades del poder. Lucha contra las inmunidades del poder*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Civitas-Thomson, Navarra, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. [coord.], *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed., Thomson-Civitas-La ley, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado en lo contencioso administrativo*, t. II, 11ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

GORDILLO, Agustín, *Primeros Manuales*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2014.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General*, t. I, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2013.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*, t. III, 10ª ed., FDA, Buenos Aires, 2011.

GRECCO, Carlos M. y MUÑOZ, Guillermo A., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan, “Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, inmediatez, sana crítica”, Madrid, *Revista de Administración Pública*, 2017, 204, 11-39, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.01>.

MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1984.

MARCEJ, Ernesto A., *Demandas contra el Estado. Razonabilidad de las condiciones especiales de admisibilidad*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

NIETO, Alejandro “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 44, Madrid, 1964, págs. 147 y ss.

LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, Parte General, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995.

RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit Administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2004.

SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1976.