



**XI<sup>o</sup>** ENCUESTRO ÍTALOARGENTINO  
DE PROFESORES DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO  
9 Y 10 DE NOVIEMBRE DE 2023  
En homenaje a la Prof. Inés A. D'ARGENIO



## LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y TÉCNICAS DE CONTROL

Oswaldo Héctor Bezzi

Correo Electrónico: [bezziygoni@fibertel.com.ar](mailto:bezziygoni@fibertel.com.ar) y/o

[osvaldohbezzi@hotmail.com](mailto:osvaldohbezzi@hotmail.com)

- I. Consideraciones Preliminares.
- II. Poder Discrecional y Derecho.
- III. La importancia de los requisitos que concurren en la formación del acto administrativo y del procedimiento administrativo previo. Control judicial.
- IV. La aparición de la técnica de la desviación de poder. Su no consolidación en la jurisprudencia bonaerense desplazada por la coexistencia de otros

vicios. Reflexiones y razones que fundamentan su revitalización.

- V. El aporte de una nueva concepción sobre la motivación del acto administrativo y la aplicación del gran principio de la razonabilidad en el control de la discrecionalidad en la jurisprudencia provincial.
- VI. Conclusión. Una nueva época de la justicia administrativa.

## **I. Consideraciones Preliminares**

Celebro la realización de estas jornadas que nos enlazan con la ciencia del derecho administrativo de Italia y agradezco la invitación por parte del Dr. Carlos A. Botassi, y expreso mi homenaje a la Dra. Inés D'Argenio, quien fuera protagonista de estas jornadas con la enjundia que caracterizaba sus ponencias.

El tema a tratar comprende aspectos de las relaciones entre el poder y la protección o defensa de los derechos de las personas frente a las extralimitaciones de ese poder, asunto

básico en un Estado de Derecho; por ello la discrecionalidad es un tema central del derecho público.

Con carácter previo deseo expresar el aporte a las instituciones del derecho administrativo que le pertenece a la ciencia jurídica administrativa italiana y a la jurisprudencia de su Consejo de Estado; y consideraciones que atañen al nexo entre constitución y derecho administrativo.

El distinto diseño constitucional del poder que a la C. N. argentina corresponde, y las bases constitucionales que de dicha norma fundamental fijan el norte en el campo del derecho administrativo, no ha sido obstáculo para que el aporte de alguna de las instituciones que el derecho administrativo italiano ha desarrollado haya enriquecido nuestro Derecho y de una interpretación conforme a la Constitución; en tal sentido deben medirse sus construcciones sobre el acto administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano en lo concerniente al exceso de poder y el procedimiento administrativo. Ello es así, sin dejar de valorar sus desarrollos en la teoría de la organización y en la vertiente procesalista (v.g. el interés legítimo). Una constelación de autores que han escrito páginas eruditas que contribuyeron al

desarrollo científico de esta ciencia jurídica (Orlando, Santi Romano, Ranelletti, Zanobini, Giannini, entre otros maestros).

Ciertamente, es dable destacar sobre las bases constitucionales del derecho administrativo argentino los agudos estudios de Héctor A. Marial (en un sentido análogo se han expresado ideas por Juan Francisco Linares, Agustín Gordillo y Jorge Tristán Bosch), pero siendo prudentes en abreviar en otras fuentes (en palabras de Marial no introducir o efectuar “un trasplante legal exótico”); entiendo, como se ha valorado por Pedro J. J. Coviello, que el derecho administrativo argentino se ha enriquecido con la diversidad de fuentes. Los aportes de los debates y polémicas en diversos temas que tienen sus raíces en la Constitución Nacional, que han protagonizado Juan Carlos Cassagne con Marial, han promovido el desarrollo de la ciencia del derecho administrativo argentino, en cuya formación desde su propio origen (*“Derecho Administrativo General y Argentino”*, por el Dr. Ramón Ferreira, 1.866 y su Prólogo que fue oportunamente destacado por Juan Carlos Cassagne) ha adaptado en lo pertinente instituciones del derecho administrativo europeo y defendido su compatibilidad con la Constitución Nacional; por

sólo nombrar uno de los grandes maestros que lo han sostenido, menciono a Rafael Bielsa.

Por otra parte, es dable considerar la formación del sistema jurídico romano y su expansión en el occidente latino, el que constituye un legado histórico cultural que le ha asignado un papel protagónico a la doctrina científica; y en este orden de ideas, si se procura un examen de macro comparación de sistemas jurídicos resulta inviable efectuar una disección del ordenamiento y de sus “ramas jurídicas” como si el Derecho como producto de la historia, como fenómeno cultural, no se comunicara o proyectara con sus características en la totalidad de ese ordenamiento jurídico. Hace muchos años, Tomás Hutchinson en su estudio “Mitos y Realidades del Derecho Administrativo Argentino”, expresó ideas análogas.

## **II. Poder Discrecional y Derecho**

La relación del poder con la libertad y los derechos de las personas constituye un tema central del derecho público administrativo. El desarrollo de la ciencia del derecho administrativo ha sido, y es fecundo, con la legalización general de ese poder público y su ajuste o sujeción a un ordenamiento

jurídico nacional y supraconstitucional que recepte los principios y valores inherentes al Estado de Derecho. No se pretende sostener que el Derecho comienza con la impugnación (la organización, las funciones, el procedimiento administrativo, las prestaciones de orden social, han sido materias de importantes aportes de la doctrina administrativa); ahora bien, es dable señalar que esa desconfianza hacia el poder ha promovido el desarrollo de esta ciencia, y es esa orientación que enjuicia al poder, fundamental para la vigencia de un Estado de Derecho. La construcción del exceso de poder francés y la italiana, con sus singularidades, por cierto, están inspiradas en cierto modo en la doctrina de Montesquieu *“todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él”*; y representan una construcción emblemática en el mundo de la cultura jurídica del derecho público occidental, del derecho administrativo de matriz europea, especialmente francesa e italiana.

La discrecionalidad administrativa constituye un tema central del Derecho público, y ha adquirido en distintas épocas, formas de manifestación características, llegando incluso a ser considerada la relación entre la actividad discrecional con la ley y el derecho como *“libre de ellos”*. En tal sentido una doctrina

inicial sobre la discrecionalidad sostenía que donde la ley no regulaba, cuando la actividad administrativa no estaba dominada por la norma jurídica, dicha actividad del Estado era análoga a la libre actividad del individuo en la realización de sus fines particulares (Gerhard Anschütz); el surgimiento de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, desarrollada especialmente en el derecho alemán y austríaco –Friedrich Tezner-, se explica en una época en que la discrecionalidad constituía un círculo inexpugnable; es decir, no regía el principio de legalidad. La actividad discrecional de acuerdo con su historia fue considerada como una reserva de administración incontrolable; el poder discrecional se había liberado de la legalidad, del ordenamiento jurídico; y ello en general ha sido común en distintos ordenamientos comparados, con la excepción, del extraordinario aporte que significó en la segunda mitad del Siglo XIX en el ámbito del excés de pouvoir la figura de détournement de pouvoir, y posteriormente en Italia con base en la reforma de 1.889, por el Consejo de Estado italiano en sede jurisdiccional con la figura entre otras irregularidades del acto administrativo, del sveamento. Se ha destacado (especialmente por el jurista español Sebastián Martín Retortillo Baquer) la labor ampliativa

del contenido del exceso de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano que enriqueció la estrecha fórmula legal *“decidir sobre los recursos por razón de incompetencia, por exceso de poder y por violación de la ley contra actos y resoluciones de una autoridad administrativa...”*. Ahora bien, como se ha expresado por Tomás Ramón Fernández, la batalla de la discrecionalidad administrativa, su control es permanente, inconclusa; en esa batalla a la que refiere el maestro español, el derecho administrativo de un Estado de Derecho aporta afinadas técnicas porque, como se ha dicho en el derecho inglés: *“Una persona investida de discrecionalidad debe ejercerla dentro de un campo de razonabilidad. La discreción no empodera a un hombre a hacer lo que guste por el sólo hecho de que así lo desee, debe ejercer su discrecionalidad no para hacer lo que guste sino lo que debe. En otras palabras, debe, mediante el uso de su razón (razonabilidad) cerciorarse y seguir el curso que la razón indica. Él debe actuar razonablemente.”* (Lord Summer, caso “Roberts v. Hopwood”, año 1.925).

En el derecho administrativo provincial decimonónico las leyes orgánicas municipales de 1.876 y 1.890 establecían que las resoluciones de la Administración de carácter



“puramente administrativa” eran insusceptibles de apelación o recurso alguno ante cualquier otra autoridad o jurisdicción. Asimismo, la exclusión de la materia discrecional que había consagrado la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1.888 (conocida como “ley de Santamaría de Paredes”) gravitó en la legislación procesal administrativa bonaerense del año 1.905, conocida como “Código Varela”, acotando el “contencioso” a las resoluciones que versen sobre un asunto en que la autoridad haya procedido en ejercicio de facultades reglamentadas (art. 28) y consecuentemente rechazando in limine aquellas demandas que versen sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en el ejercicio de facultades discrecionales (art. 29). Cabe añadir que Luis Vicente Varela entendió que no era necesario incorporar el recurso por exceso de poder por haber considerado que cuando la Administración actuaba fuera de su competencia o con desvío de poder, el afectado tenía derecho a reclamar judicialmente; no obstante ello, la influencia en el texto del código procesal administrativo de 1.905 de la ley española de 1.888, se constituyó en el mayor obstáculo a su razonamiento, en merma del profundo control de los vicios de legalidad que significó en el ámbito del recurso por exceso de

poder, el control del fin o de la finalidad pública como motivo de apertura del recurso. Ello no significa opacar su notable y vasta obra que aportó –y no sólo en el ámbito del derecho público- con ideas progresistas, que incluso lo certifican regulaciones de ese código de 1.905 y que mereciera en un estudio de Tomás Hutchinson un justo reconocimiento.

### **III. La importancia de los requisitos que concurren en la formación del acto administrativo y del procedimiento administrativo previo; control judicial.**

La discrecionalidad ha sido objeto de estudios en la ciencia jurídica administrativa por la doctrina de distintos países; en particular, analizando la estructura de la norma que atribuye o habilita el ejercicio de la potestad discrecional, y también se ha focalizado en algunos de los elementos del acto administrativo. Como se ha ponderado, no hay discrecionalidad en bloque y en tal sentido se ha dicho que respecto de la competencia y la forma no puede hablarse de facultades discrecionales (García Trevijano); se considera en cuanto a los momentos de la discrecionalidad, es decir, cuando se emana el acto (discrecionalidad de actuación) y en el qué, es decir en el contenido, o en el objeto del acto (Balbín),

aludiendo a la llamada discrecionalidad de elección de medios. Como describe Mariano Bacigalupo, si se hace algo, qué se hace en concreto y cómo se hace (el quid y cuomodo).

Los requisitos y elementos del acto administrativo constituyen un aspecto vertebral de la teoría jurídica de dicha figura, así como su relación con los vicios y los tipos de invalidez. El método de descomponer el acto administrativo en nuevas unidades (los elementos) cabe ser considerado una línea de exposición con tradición en la doctrina que desde un punto de vista científico estimo que no sería útil arrumbar pues constituye un valioso legado de la ciencia jurídica administrativa. La construcción en paralelo (Lucifredi) con el acto jurídico civil no significa precisamente desconocer la realidad jurídico administrativa, sus peculiaridades. Como dijo Renato Alessi, no se puede estar de acuerdo con la construcción de *"...la teoría del acto administrativo sobre la pauta del negocio jurídico, o mejor adoptando sobre una especie de Lecho de Procasto (la teoría del negocio) la situación que se presenta en el campo de la actividad administrativa, lo que conduce a resultados nada claros y aceptables"*.

En el derecho administrativo italiano, Giannini aludía a una heterogeneidad cuantitativa y cualitativa de los elementos. A su vez, cada ordenamiento revela sus singularidades respecto del alcance o concepto de determinados elementos. En tal orden de ideas, en la Argentina se ha receptado una concepción sobre la causa que tiene una raíz francesa, cuyo principal representante puede ser considerado Georges Vedel (tesis doctoral de 1.934 "*Essai su la notion de cause en droit administratif francais*"), quien continuó una construcción de Hauriou como se ha destacado en estudios efectuados por Coviello y Guido S. Tawil, sobre la base de una jurisprudencia en materia de empleo público que incorporó en el ámbito del recurso por exceso de poder el examen o verificación de los presupuestos fácticos. Vedel opone a la idea de causa la de fin, y la conceptualiza como los antecedentes de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo; sostenida por Miguel S. Marienhoff en su tratado de derecho administrativo, y receptada en la ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549/72; dicho decreto ley enuncia en sus arts. 7 y 8 con un criterio pedagógico la mentada heterogeneidad a la que refería Massimo Severo Giannini. Sólo destaco que esa concepción sobre la causa,

abandonada en Francia, y opuesta a la de fin, se reafirma con la regulación de la finalidad en el art, 7 inc. f) del citado decreto ley *“Habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder percibir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”*. Ahora bien, en la doctrina europea prevalece la idea de causa entendida como la adecuación de los actos a los fines que se persiguen (Muñoz Machado) o en su época, la apreciación del interés público (Bodda); cierto es que la fiscalización del fin y la motivación entendida como justificación o fundamentación del acto administrativo, constituyen conquistas notables que permiten efectuar una técnica penetrante en el control del exceso, abuso y desviación de poder.

Como se ha sostenido por Inés D’Argenio -en un estudio que enlaza el “elemento mérito” con la legalidad- el control judicial sobre la existencia de los requisitos que concurren en la formación del acto administrativo ha elaborado un sistema de garantías para los derechos de las personas.

Asimismo, cabe poner de relieve la importancia institucional del procedimiento administrativo en nuestro sistema de derecho público. En tal sentido nuestras leyes de procedimiento administrativo constituyen el cauce legal de la función administrativa, principalmente en la producción de actos administrativos; por más completo que resulte ser un código procesal administrativo es fundamental la regulación de un procedimiento previo. La justicia también verifica el cumplimiento del debido proceso, la garantía de defensa en la etapa administrativa. Se trata de una institución que ha sido materia de aportes significativos por la doctrina italiana (v.g. Sandulli, Benvenuti, Giannini). Sólo advierto que la ley de procedimiento administrativo italiana de 1.990 (Ley Nº 241) se aparta de la tradición de raíz austríaca (Merkl) y recepta institutos originales (v.g. Conferencia de Servicios, art. 14; acuerdos con los interesados con el objeto de determinar el contenido discrecional de la resolución final, art. 11).

**IV. La aparición de la técnica de la desviación de poder. Su no consolidación en la jurisprudencia bonaerense desplazada por la coexistencia de otros vicios. Reflexiones y razones que fundamentan su revitalización.**

La técnica de la desviación de poder tiene su ámbito natural en la función administrativa y se focaliza predominantemente en el campo de los actos administrativos. Como es sabido, el Consejo de Estado francés consagró al comienzo de la segunda parte del Siglo XIX la técnica de la desviación de poder (arrêt Vernes, de fecha 19 de mayo de 1.858 –uso de los poderes de policía para favorecer los intereses económicos municipales y no para la defensa de la seguridad pública-) uno de los precedentes que perfilaron la noción, y por su parte M. Aucoc introdujo en la primera edición de las *“Conferencias sobre Derecho Administrativo”* de 1.869 la gráfica expresión de détournement de pouvoir (Sánchez Isac); con esta técnica penetrante de control se fiscaliza con el fundamento de que las potestades administrativas son fiduciarias, funcionales, si la autoridad se ha apartado del fin específico fijado por la norma persiguiendo otros. Con posterioridad, sobre la base de las leyes de 1.889 en Italia, creada la IV Sección del Consejo de Estado cuyo presidente fuera Silvio Spaventa, se avanza en un control incisivo -como refiere Guglielmo Roehrssen- en lo concerniente al exceso de poder, elaborándose por la doctrina y

jurisprudencia figuras que revelan síntomas de un desviado uso de la potestad para alcanzar otros fines que los queridos por la ley, tergiversación de los hechos, tratamiento discriminatorio o manifiesta falta de lógica, manifiesta injusticia, contradicción con actos administrativos precedentes, entre otras irregularidades.

Como ha dicho Garrido Falla, se ha considerado con evidente exageración que con la técnica de la desviación de poder, la potestad discrecional se convierte en un recuerdo histórico (con cita de Alibert). Por cierto, la desviación de poder ha sido y es una creación significativa, una forma de enjuiciar el poder, de lucha contra las inmunidades del poder en palabras del maestro García de Enterría. En la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires hasta gran parte del Siglo XX resulta una aporía registrar casos que reconocen dicha técnica invalidando actos administrativos por desviación de poder. Evidentemente, que un “*contencioso*” en materia reglada se convirtió en un obstáculo para el control de la discrecionalidad administrativa; es que como sostiene la jurista española Chinchilla Marín, la discrecionalidad administrativa resulta ser el terreno más propicio para la desviación de poder; Como dice Tomás Hutchinson “*En la actuación discrecional de la*



*Administración se da en mayor grado la oportunidad de dictar actos con fines encubiertos...”.*

Ahora bien, con la regulación de los requisitos que concurren en la formación del acto administrativo en las leyes de procedimiento comienza un cambio.

Entendemos que la coexistencia de otros vicios que afectan a los requisitos del acto administrativo no deben desplazar la aplicación de esta técnica. Existen fundadas razones para revitalizarla, pues la misma vincula a la Administración a un comportamiento honesto; en palabras del maestro Marienhoff ajustar su conducta a rectos procederes. El descubrimiento de la desviación de poder, en particular cuando organismos se apropian de una suerte de monopolio en la aplicación del interés público, siguiendo en rigor un interés orgánico y apartándose del gran principio de la razonabilidad, y consecuentemente de los específicos fines que justifican la actuación de la administración pública, la aplicación de la técnica de la desviación de poder puede justificar un reproche disciplinario. Ello no significa que las reglas morales estén por encima de las reglas jurídicas (Hauriou y Welter), sino una valoración teleológica del obrar administrativo. Estamos ante un vicio de estricta legalidad pero

que se nutre de una concepción ética de la actuación del poder público en el ejercicio de la función administrativa. La esencia ética de todo acto administrativo se sostiene en la doctrina por Marienhoff, Rodolfo Barra y Estela Sacristán. Esta postura no significa enrolarse primordialmente en una concepción subjetiva. Hace muchas décadas Sebastián Martín Retortillo Baquer apreciaba que la desviación de poder podía tener una relación con la responsabilidad disciplinaria. Acontece en la realidad administrativa que los funcionarios de carrera de formación técnica son desplazados en gran medida por los de la política. Prevalece el interés orgánico burocrático, autoritario, que se respalda con una maraña de regulaciones que ellos mismos crean. Como dice Agustín Gordillo «*“La tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes”*», y paralelamente, crecen normas irrazonables, excesivas; con ello se desnaturalizan las grandes instituciones del derecho administrativo. Por otra parte, como dijo Vedel, el agente público *“...no tiene a su cargo el interés público en su totalidad y no debe confundir las diversas categorías de interés público”*.

Asimismo, la declinación de esta técnica se ha debido –y ello en distintos países- a dificultades probatorias para

descubrir el vicio (Chinchilla Marín ha destacado consideraciones de Benvenuti y Carnelutti, respecto de las figuras sintomáticas del exceso di potere que revelan un vicio oculto). Insisto que por más eficaz que resulte el control de legalidad de los presupuestos fácticos y jurídicos que justifican el dictado del acto y sobre la motivación, si hay rastros en el expediente que revelan también la desviación de poder (caso “Ambros” CNACAF, Sala 4ª, 31-8-1994), la declaración de invalidez debe comprender dicho motivo. Hay hipótesis de desviación muy grave. Como sostienen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández *«No es, pues, exacto afirmar, como solía hacer la jurisprudencia, que sólo es posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurre ningún otro vicio de legalidad...»*.

Por último, recuerdo y destaco sobre esta técnica de control de la discrecionalidad, el proyecto del diputado nacional Carlos Moret (h) del año 1.934 y el que presentó el Dr. Ángel H. Baulina al Congreso de la Nación en el año 1.947, que han sido considerados en la obra de Jorge Tristán Bosch; y toda la obra del Dr. Rafael Bielsa, especialmente la legislación que preparó para la provincia de Santa Fe.

## **V. El aporte de una nueva concepción sobre la motivación del acto administrativo y la aplicación del gran principio de la razonabilidad en el control de la discrecionalidad en la jurisprudencia provincial.**

En la doctrina clásica del derecho administrativo predominó una concepción que concibe a la motivación como un requisito formal, comprendido entre los elementos formales de los actos administrativos (Forsthoff, Alessi, Marienhoff). Una nueva dogmática sobre la motivación ha superado a aquella que la vinculaba a la forma. Como se ha ponderado por Manuel Atienza, la palabra motivación es *“desafortunadamente ambigua”* y sostiene que motivar una decisión no significa señalar los motivos sino justificarla. Hace muchos años que Agustín Gordillo con cita del jurista uruguayo Alberto Ramón Real, expresó que hablar de motivación es débil *“Hay que decir fundamentación”*. Se alude así a un concepto que se le asigna, como expresa Marcos Fernando Pablo, su *“... esencial característica de discurso justificativo de una decisión...”*, y se advierte por Tomás Ramón Fernández que la motivación no cabe entenderla en un sentido rutinario formal sino como justificación *«“En un Estado de Derecho sólo lo fundamentado y justificado en derecho es razonable y sólo lo*

*razonable es jurídicamente admisible”»*. Por ello la motivación resulta fundamental para demarcar o deslindar lo legítimamente discrecional de lo arbitrario, es decir si se oculta un móvil o intención caprichosa (Igartua Salaverría).

La fundamentación fáctica y jurídica, es decir las razones que han determinado el dictado del acto administrativo, erige a la motivación en un principio fundamental del derecho público de un Estado de Derecho. La jurisprudencia de la SCBA, ha elaborado una doctrina sobre dicha figura asignando a la misma una noción sustantiva como razón justificadora de una decisión, que su hilo argumental ponderando el contenido del acto resulte ser suficiente (puede considerarse a la causa “Zarlenga” un punto de partida en esta concepción). Su exigencia se extiende aun tratándose de actos que no revisten en nuestro ordenamiento jurídico en un sentido estricto la condición jurídica de actos administrativos (v.gr. auto de imputación en el procedimiento disciplinario –causa B-63.770-; dictamen jurídico); a los actos de los órganos colegiados, y situaciones de empleo sin estabilidad (causa “Ubertalli”); y dicha exigencia de motivación suficiente se fiscaliza en el apartamiento de los dictámenes y en la doctrina del precedente administrativo (v.gr. y entre muchas, “Otero c/

IOMA”; causa B-63.367; causa B-57.387; “Nazar Anchorena”). En este orden de ideas, puntualmente con relación al apartamiento del precedente, Carlos M. Lamoglia ha sostenido que en pos del interés público la opción que la administración pública elija debe brindar adecuada justificación evitando decisiones arbitrarias o que traduzcan una desviación de poder. Es decir, la autoridad debe justificar el cambio de conducta con la finalidad de proscribir de esta manera la arbitrariedad y la falta de coherencia en el comportamiento administrativo; un abuso de discrecionalidad que se expresa o representa por un repentino e injustificado cambio, o cuando la nueva interpretación descuida la legítima confianza. Por ello, en el territorio de una decisión discrecional bien se ha dicho que la interdicción de la arbitrariedad y la obligatoriedad de motivar son el anverso y reverso de la misma medalla (J. Igartua Salaverría).

Y con relación a designaciones efectuadas en el ejercicio de facultades discrecionales, con carácter transitorio o precario, la C.S.J.N. en la causa “Scarpa”, con dictamen de la Procuradora Fiscal –Dra. Laura Monti- sostuvo que la remoción del cargo no eximía de cumplir con la motivación, recaudo cuya observancia es mayor tratándose de facultades discrecionales.

Asimismo, cabe señalar el significativo aporte en el control de la discrecionalidad a través de los principios generales del derecho; principios que convergen en las grandes instituciones, y que en palabras de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández son los que sostienen y animan un ordenamiento. La jurisprudencia de SCBA les asigna un papel relevante, destacándose el gran principio de la razonabilidad, de especial aplicación en el ámbito de la potestad sancionadora disciplinaria (art. 103, 2da. parte del Decreto Ley 7.647/70). Se ha ponderado por Julio Rodolfo Comadira que el exceso de punición se genera no sólo por una ruptura del equilibrio que debe existir entre la causa y el objeto del acto, sino por la ausencia de una proporcionalidad entre el objeto y la finalidad (art. 7 inc. f, 1er. párrafo in fine de la ley LNPA). En la doctrina comparada se habla de una prohibición o interdicción de la excesividad expresiva del principio de proporcionalidad que conecta con la idea de «moderación» y de «medida justa» (Karl Larenz). La doctrina del derecho administrativo argentino ha efectuado importantes aportes sobre la razonabilidad y su subprincipio de proporcionalidad (v.gr. la obra de J. F. Linares, y los estudios de Coviello y Rodolfo C. Barra). En el campo del derecho constitucional Germán J.

Bidart Campos ha dicho que el principio de legalidad debe integrarse con el de razonabilidad; no todo lo legal es constitucional; por ello los actos estatales deben tener un contenido justo, valioso, ponderando las circunstancias del caso de acuerdo con un criterio o estándar jurídico. El art. 28 de la C.N., inspirado en el art. 20 del Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, establece, en palabras de Juan Francisco Linares “...una limitación al arbitrio legislativo administrativo y judicial, de fuerza extraordinaria”, garantía del debido proceso sustantivo. Como en el ordenamiento jurídico español acontece con la interdicción de la arbitrariedad la razonabilidad trasciende “...un precepto concreto y organiza y da sentido a muchos” (García de Enterría, art. 9.3 C.E.); como dijo Gordillo es el punto de partida del orden jurídico.

Aplicando el principio de razonabilidad y su subprincipio de proporcionalidad, se inspira la pauta o balance, coste-ventajas o beneficio, técnica que, como sostiene María Angélica Gelli, resulta ser especialmente adecuado en materia ambiental, con cita del caso “Salas, Dino” 2.009. En este orden de consideraciones, el trazado de una obra pública, una carretera que por razones de costos pueda afectar un parque público, resulta evidente el vicio de irrazonabilidad, y no una



cuestión de mérito que el juez no controla. En tal sentido, en el mundo jurídico de la cultura anglosajona Bernard Schartz señaló que la revisión de la discrecionalidad es una materia esencial en un sistema que pretende ser gobernado por el Rule of Law, y entre los diversos casos que cita, se destaca “Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe”, 401 U.S. 402; en dicho caso el tribunal norteamericano declaró nula la decisión del Secretario de Transporte en la determinación de la traza de una carretera que pretendía fuera emplazada a través del parque Overton, dado que si bien legalmente se había atribuido dicho poder a la discrecionalidad del funcionario, éste no había logrado satisfacer la demostración de una justificación a dicha traza “...que las rutas alternativas presentan problemas únicos”. En tal orden de ideas Weil pondera que si la elección del trazado de una autopista es poco razonable no sería una mera cuestión de oportunidad que escapa al control judicial y de acuerdo como se ha pronunciado por el Consejo de Estado francés; por ello, como ha expresado Juan Carlos Cassagne, la oportunidad debe guardar coherencia con la legalidad y la razonabilidad. De acuerdo con las ideas de Carlos F. Balbín “...la discrecionalidad y la oportunidad son dos conceptos fuertemente entrelazados y casi imposibles de

*escindir en términos lógicos y prácticos*". Como dice Tomás Ramón Fernández, no es que el juez elija donde va a pasar la carretera, sino que el nombre del Derecho se pronuncia por donde no puede pasar. Y ello es así, porque el poder discrecional no se ha ejercido con fundamentos razonables, porque la solución elegida por la Administración no guarda una razonable proporción valorando los intereses relevantes. En materia que convergen pluralidad de intereses resulta fundamental prevenir el conflicto judicial en sede administrativa; así ocurrió en la provincia de Buenos Aires con parte del trazado de la RP 6 (Tte. Gral. J. D. Perón), cuyo diseño recorría un camino lindero al Parque Pereyra Iraola. La vista del Fiscal de Estado ponderando los intereses públicos relevantes se opuso a dicho trazado; previamente se celebró una audiencia pública cuyo debate fue fundamental para prevenir un conflicto judicial.

La SCBA efectúa también la verificación de los hechos, de los presupuestos fácticos y su encuadre normativo, mediante el control sobre la causa del acto administrativo; p. ej. entre muchas causas, el caso "Guardiola, L.M. c. Pcia. de Bs. As., D.C.A", se fija esta línea de doctrina con relación a una invocada supresión del cargo y limitación de funciones y

traslado [*«... la causa resulta siempre un elemento reglado del acto y por lo tanto fiscalizable por los tribunales»*] y [*«...cuando los hechos y el derecho como antecedentes no existen, ello es causal de nulidad absoluta e insanable del mismo»*].

Las consideraciones precedentemente expuestas procuran destacar el significativo aporte en el control de la legalidad de los criterios de la discrecionalidad a través de los principios generales del derecho, y en la verificación del ajuste al ordenamiento jurídico de los requisitos y elementos que concurren en la formación del acto.

## **VI. Conclusión. Una nueva época de la justicia administrativa.**

Como se dijo en el precedente inglés que hemos citado en lo pertinente *“Una persona investida de discrecionalidad debe ejercerla dentro de un campo de razonabilidad. La discreción no empodera a un hombre a hacer lo que guste por el sólo hecho de que así lo desee, debe ejercer su discrecionalidad no para hacer lo que guste sino lo que debe. En otras palabras, debe, mediante el uso de su razón (razonabilidad) cerciorarse y seguir el curso que la razón indica.*

*Él debe actuar razonablemente*” (Caso “Roberts v. Hopwood”, año 1.925).

Las diversas técnicas que se aplican para verificar si el poder discrecional se ha ejercido sin abuso, con criterios fundados en la razón, considerando las cuestiones relevantes, constituyen un acervo jurídico valioso de un derecho administrativo de un Estado de Derecho.

Hoy, con las bases constitucionales (arts. 15 y 166 5º párrafo C.P.), el Código Procesal Administrativo vigente, y el fuero contencioso administrativo, hay un campo extraordinariamente fértil en el territorio de las nulidades y vicios del acto administrativo mediante la aplicación de esas incisivas técnicas de control de la discrecionalidad; técnicas que posibilitan depurar las infracciones al ordenamiento jurídico de modo más intenso. El control sobre las extralimitaciones del poder constituye una de las funciones más importantes del derecho administrativo; y en tal orden de conceptos, es dable recordar y destacar que el recurso por exceso de poder en Italia se nutrió de esas ideas que Silvio Spaventa sostuvo en el discurso de Bérgamo (La Justicia en la Administración).

