



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera: Abogacía

“LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL”

Tutor: Dr. Raúl René Maiztegui

Alumna: Virginia Cecilia Manduca

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Marzo 2018

RESUMEN

Este trabajo está destinado a describir el funcionamiento de la actividad discrecional en la Administración Pública Nacional.

Comenzaré con una reseña histórica sobre su evolución en distintos países, comparándolo con el Derecho Administrativo Argentino.

Continuaré con el criterio de autores nacionales y extranjeros sobre el concepto de actividad discrecional, comparándolo con la actividad reglada y la discrecionalidad técnica.

Finalmente trataré el tema del control judicial sobre la actividad discrecional, como fue su evolución y su influencia en la actividad administrativa.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

El tema de la discrecionalidad administrativa y su control por el poder judicial continúa siendo una de las cuestiones del derecho público que reviste mayor trascendencia y significación para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos.

Algunos autores han postulado que la discrecionalidad no es una actividad jurídica y, por lo tanto, estaría fuera del control judicial, pero esta tesis sería incompatible con el Estado de Derecho.

En Alemania y España, por ejemplo, existen distintas posturas que sostienen la revisión judicial de la discrecionalidad, y el poder que tiene el juez para sustituir la actividad administrativa si la considera ilegítima o antijurídica.

Otras posiciones doctrinarias afirman que la reducción del concepto responde a la idea de mantener inmunes al control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad del Poder Ejecutivo calificadas como actividad discrecional o privativa.

Entonces, el proceso reduccionista no siempre persigue el mismo objetivo ya que, al poner el acento en el Poder Ejecutivo y Judicial, genera diversas consecuencias. Así, mientras para algunos el control es parte de la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos.

En nuestro país, la mayoría de la doctrina tiende, en principio, a la admisión del control judicial de la actividad discrecional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en algunos casos, ha limitado el control de la discrecionalidad con el argumento de que constituyen juicios de oportunidad reservados a la Administración. Sin embargo, otras veces ha admitido la fiscalización judicial si hubo arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

MARCO TEÓRICO

Algunos de los conceptos que trataré en este trabajo son:

Actividad discrecional: hace referencia a aquello que se hace libremente, a la facultad de gobierno en funciones que no están regladas.

Discrecionalidad técnica: se da cuando la norma atribuye a la Administración potestad para actuar con arreglo a criterios suministrados por saberes especializados, sean ellos derivados de las ciencias puras o aplicadas.

Control judicial de la actividad discrecional: el juez debe controlar la discrecionalidad estatal pero no puede sustituir al Poder Ejecutivo si la solución elegida es razonable, salvo en caso de arbitrariedad.

Orden jurídico: Conjunto sistemático de reglas, principios o directrices a través de los cuales se regula la organización de la sociedad.

Derecho subjetivo: Es un poder reconocido por el ordenamiento jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad, actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad.

INTRODUCCIÓN

El concepto de discrecionalidad ha ido variando a través del tiempo. Originariamente era concebido como una actividad libre e inmune al control judicial, posteriormente se intentó reducir esa discrecionalidad, considerándose que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma, competencia y el fin del acto administrativo, protegiéndose así los derechos subjetivos de los particulares.

Actualmente, en el derecho administrativo, se reconoce sólo la presencia de “actos administrativos” cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En el derecho argentino, en los últimos veinte años, también se ha consolidado la idea de la eliminación del “acto discrecional”, criterio seguido por los modernos códigos procesales administrativos de las provincias argentinas, que consecuentemente ya no hablan de actos discrecionales; sin embargo, establecen, en general, que no son impugnables judicialmente los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. La única excepción es el Código Procesal Contencioso-administrativo de La Pampa, en el cual, por una parte, se habla de la impugnación de cualquier clase de actos emitidos en ejercicio de actividad reglada o discrecional y, por otra, se señala que la acción no procede respecto de “un acto discrecional cuando se cuestione la mera oportunidad o conveniencia con que fue dictado, salvo que al emitírsele se hubiere incurrido en arbitrariedad vulnerando los derechos e intereses legítimos del accionante”, agregando que “el acto discrecional podrá ser impugnado por falsedad o inexactitud de los hechos o circunstancias invocadas para emitirlo”.

La fulminación del acto discrecional en bloque y esta paulatina convivencia de la discrecionalidad dentro del orden jurídico administrativo, han abierto las compuertas de la revisabilidad de la actividad administrativa hacia un nuevo equilibrio entre la inmunidad de la Administración y los intereses tutelados de los administrados, siempre respetando el Estado de Derecho. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha señalado que, “estando instituida la jurisdicción contencioso-administrativa para el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la función administrativa del Estado, resulta procedente el control jurisdiccional, en sus elementos reglados, porque,

como lo destaca Fiorini, el que podría llamarse acto discrecional ‘es un acto jurídico del poder administrador en ejercicio de sus facultades autorizadas’”; y continúa: “si el control contencioso rehúsa controlarlos, expresa en esta forma deficiencias, por sobrestimar una división ficticia que vulnera la unidad del orden estatal”.

CAPÍTULO I

“LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL”

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reseña histórica sobre la actividad discrecional. 3. Vinculación gradual de la Administración al orden jurídico.

1. Introducción.

El derecho administrativo, a lo largo de su historia, ha buscado establecer dentro de la actividad administrativa un equilibrio entre lo discrecional y lo reglado.

El proceso de formación de la actividad discrecional ha tenido que adecuarse, primero, a los postulados del Estado de Derecho y, más tarde, a los nuevos marcos constitucionales que surgieron en Europa al concluir la Segunda Guerra Mundial, en un proceso caracterizado por el auge de los principios generales del derecho. En Argentina también se ha producido una evolución significativa en cuanto a los criterios que rigen la discrecionalidad y el control judicial.

En otros tiempos bastaba decir que todo lo que no estaba previsto por la normatividad era discrecional, mientras que hoy, la discrecionalidad está dentro del orden jurídico. La ley es la que debe decir si el Poder Ejecutivo puede actuar, y a su vez, reconocerle el grado de libertad. Hoy, la fuente de la discrecionalidad es la unidad del orden jurídico conformado por la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho.

2. Reseña histórica de la actividad discrecional.

La idea de lo discrecional fue originariamente desarrollada en el contencioso-administrativo francés y su nacimiento se produjo en el ámbito de la concepción francesa de la separación de poderes, que interpretó rígidamente el esquema divisorio en un doble sentido. Mientras, por una parte, se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración, por la otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa. Así se gestó, en el derecho público, la jurisdicción contencioso-administrativa.

En ese marco, se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia y, más tarde, sobre el fin del acto administrativo (a través del recurso de desviación de poder) dado que con ello se protegían los derechos subjetivos de los particulares. Tales derechos no se consideraban configurados cuando la Administración emitía actos de pura facultad o imperio, dictados para asegurar los intereses colectivos de la agricultura, comercio e industria

(ej.: la policía administrativa) o el funcionamiento de la organización administrativa. Estos actos se consideraban discrecionales y no estaban sujetos a revisión por la jurisdicción administrativa.¹

En efecto, si bien las categorías clásicas de legalidad y oportunidad se corresponden, en teoría, con la competencia reglada y discrecional, no siempre guardan simetría. Ello acontece, en primer lugar, por la sencilla razón de que no hay poderes reglados ni discrecionales puros. A lo sumo existe, como puntualizó Hauriou, un cierto poder discrecional de la Administración que, en mayor o menor medida, se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas o, mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente discrecionales. En segundo lugar, en Francia, el juez administrativo, al crear derecho, amplía la competencia reglada y hasta se ha sostenido que la oportunidad puede constituir un elemento de legalidad.

Como han señalado Vedel y Delvolvé, “desde el punto de vista del Derecho hecho, no hay nunca control de la oportunidad y del poder discrecional; desde el punto de vista del derecho que se hace, el juez se asegura el control de ciertos elementos de oportunidad y de poder discrecional formulando reglas de Derecho que extienden la esfera de la competencia reglada y de la legalidad”.

En definitiva, en el sistema francés, los jueces practican un control mínimo sin sustituir, en principio y como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración. Aquí radica uno de los puntos de mayor fricción doctrinaria que exhibe la teoría de la discrecionalidad.²

La doctrina francesa, juntamente con la jurisprudencia del Consejo de Estado, construyó la noción de discrecionalidad ligada al sentido teleológico del acto administrativo. Se rescatan como caracteres esenciales la apreciación subjetiva de la oportunidad y el elemento “fin” como condicionante teleológico.³

En Italia, el concepto de discrecionalidad se remonta a fines del siglo XIX. En sus orígenes se lo vinculó con las diversas funciones del Estado: la discrecionalidad operaba en el ámbito de la actividad administrativa que escapaba al control de los jueces, en razón de una interpretación estricta y formalista del principio de separación de poderes.

Los órganos del Poder Ejecutivo gozaban de un privilegio que los marginaba de toda intromisión judicial.

Hasta la mitad del siglo XIX, la actividad administrativa no estaba sujeta a control alguno, salvo la vía recursiva en el ámbito interno de la Administración. Es a partir de esta época cuando en Europa comienza a fiscalizarse parte de la discrecionalidad por medio de la desviación de poder, donde la división de poderes comienza a adquirir su verdadero sentido al garantizar la libertad de los particulares y gestar una auténtica distribución de funciones, a partir de la administrativa que deja de pertenecer en exclusividad al órgano ejecutivo y pasa también a ser ejercida por el resto de los poderes del Estado.

Uno de los temas más debatidos en la doctrina italiana es la diferencia entre la “discrecionalidad pura” y la “discrecionalidad técnica”.

La primera es caracterizada como un procedimiento voluntario que tiene por finalidad elegir una solución dentro de una variada gama de posibilidades; mientras que la segunda se da cuando el administrado carece de un derecho subjetivo tutelado jurisdiccionalmente o existe una normativa incompleta.

En la función administrativa la discrecionalidad trasunta un procedimiento preponderantemente volitivo tendiente a adoptar en cada caso la resolución más apropiada según la situación fáctica que se presente.⁴

La doctrina italiana sigue la concepción “subjetiva” y continúa con la postura francesa de la “apreciación de la oportunidad”, completando el concepto con la preferencia otorgada a factores volitivos y críticos: la ponderación de intereses primarios y secundarios, la discrecionalidad como producto de la función administrativa, su esencia libre condicionada normativamente, su naturaleza subjetiva en virtud del procedimiento voluntario, la determinación individual de normas imprecisas, etc.

En Alemania, la doctrina es uniforme al sostener, en la actualidad, que la discrecionalidad no se contrapone al orden jurídico, sino que forma parte de él. Esta concepción surge de una coherente comprensión del Estado de Derecho, ya que es el legislador quien otorga esta facultad a la Administración.⁵

Por un lado, se postuló una concepción amplia, denominada unitaria, que partía de dividir la estructura de la norma en supuestos de hecho normativos y consecuencias jurídicas, mientras que, por otro lado, se sostuvieron tesis más restringidas que circunscribieron ambos aspectos. Pero tampoco faltaron teorías que limitaron la discrecionalidad al ámbito de las consecuencias jurídicas ni otras que la acotaron a la indeterminación de los supuestos de hechos normativos en los que se reconocía un margen de decisión administrativa equiparable a la discrecionalidad, en el que los jueces no podían penetrar.

En ese largo camino que muestra la evolución de la potestad discrecional existe otra tesis germánica, la del “margen de apreciación”, que se diseña para permitir que la Administración pueda arribar a una solución justa dentro del “halo conceptual” del concepto jurídico indeterminado, mediante un proceso de cognición o interpretativo.

En medio de esas corrientes, el principal intento teórico por reducir la discrecionalidad se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada. Esta tesis, que implicó un fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, acogida tempranamente por García de Enterría, tuvo una extraordinaria recepción tanto en España como en Latinoamérica, especialmente en Argentina. Como el propio difusor lo reconoce, la tesis no rechaza la existencia de la potestad discrecional, aunque la reduzca significativamente.⁶

En la doctrina angloamericana, la importancia que el common law asigna a la actividad judicial hace que el estudio de la discrecionalidad se relacione con el alcance del control efectuado por los jueces.

Como versión actualizada del juspositivismo kelseniano ha surgido en la actualidad la tendencia a ubicar a la discrecionalidad y su caracterización respectiva dentro de las normas vagas e imprecisas.

En Estados Unidos la facultad discrecional ha sido definida como “el poder del administrador de seleccionar entre dos o más soluciones legalmente válidas.

En el derecho brasileño, Bandeira de Mello expresa que “la discrecionalidad es un margen de libertad que ejerce el administrador para elegir, según criterios consistentes

de razonabilidad, uno entre al menos dos comportamientos viables, ante cada caso concreto, a fin de cumplir el deber de adoptar la solución más adecuada en satisfacción de la finalidad legal cuando, por fuerza de flexibilidad de expresiones de la ley o de la libertad conferida normativamente, no se pueda traer objetivamente una solución unívoca para la solución ocurrente”.⁷

En España, antes de 1956, la discrecionalidad se configuraba cuando la Administración actuaba libremente sin someterse a ninguna norma jurídica.

La jurisprudencia española de los primeros tiempos adoptó integralmente esta concepción al señalar: “ante la inexistencia de normas que indiquen a la Administración obrar en un determinado sentido y la ausencia de prohibiciones legales que puedan estimarse infringidas con los actos dictados por ella, obligan a atribuir a las decisiones que adopten, fuera de la órbita de tales impedimentos, el carácter de actos discrecionales”.

Esta concepción cambia a partir de 1956 cuando la exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional Contencioso-administrativa señala que la discrecionalidad surge “cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público”.⁸

La valoración o apreciación del interés público pasa a ser la clave de la nueva noción de lo discrecional.

La moderna doctrina española resalta la facultad de opción entre alternativas válidas, la determinación de lo más oportuno, la ponderación de intereses y demás estimaciones eminentemente subjetivas.

En nuestro país, el sustrato histórico referido no fue diferente. Al contrario, la inexistencia de toda regla concreta para individualizar lo discrecional, fue moneda corriente en nuestra realidad administrativa y judicial hasta épocas muy recientes. Los códigos de Córdoba de 1941, La Rioja, Santiago del Estero, Jujuy, Santa Cruz, Chaco, Catamarca y Santa Fe, previeron la duplicidad de pretensión y acción mediante la protección de los intereses legítimos. También en los códigos contencioso-administrativos de Buenos Aires y Salta (en los cuales influyó mucho la legislación española) se excluía del control judicial a los actos administrativos dictados en ejercicio de una actividad discrecional, por no encontrar sustento en ninguna norma, consagrando

la unicidad de pretensión y acción, y tutelando sólo los derechos subjetivos administrativos.

Así se excluía del control judicial el llamado “acto discrecional”, estimándose que se sustentaba en la libertad de la Administración para apreciar, a su modo, lo que es de interés público. El control jurisdiccional era procedente cuando se violaba un derecho subjetivo o un interés legítimo, amparados por una norma administrativa previa, por lo tanto, se consideraba que había discrecionalidad cuando no existía regla preestablecida aplicable al caso.

Fue a fines de la década de los años 70 y comienzos de la de los 80 cuando se cambió esta postura por obra de la jurisprudencia de nuestros tribunales y las nuevas normas de procedimiento y proceso administrativo que a partir de entonces fueron sancionadas.⁹

3. Vinculación gradual de la Administración al orden jurídico.

La evolución de la discrecionalidad hasta llegar a la concepción actual está estrechamente vinculada a la dogmática histórica seguida por el principio de legalidad.

Las tres etapas que caracterizaron la vinculación gradual de la Administración a la juridicidad fueron: a) vinculación negativa de la Administración a la ley; b) vinculación positiva de la Administración a la ley; y c) vinculación positiva de la Administración al orden jurídico, las cuales se corresponden con la evolución seguida por la discrecionalidad hasta ubicarse en la actualidad dentro de la unicidad del ordenamiento.

a) Vinculación negativa de la Administración a la ley

Dice el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”. De los fundamentos de esta concepción nace el germen de derecho administrativo que tiene por objeto conciliar razonablemente los poderes de la Administración y los derechos de los particulares.

Las ideas del absolutismo fueron criticadas severamente por cuanto los intereses de los administrados eran sacrificados por la arbitrariedad del gobierno bajo el pretexto de

defender el interés general. El poder discrecional era concebido, en esencia, como un poder arbitrario.

Para negar este sistema, la Revolución Francesa no sólo pretendió asegurar un orden jurídico objetivo por medio de la ley, sino también la libertad de los ciudadanos, considerados hasta entonces simples súbditos pasivos de un poder ajeno y trascendente.

El principio de libertad es concebido como una garantía jurídica concreta y su ámbito operacional da nacimiento al derecho público subjetivo. Los administrados adquieren, por esta vía, un importante instrumento jurídico para oponerse a todo sacrificio de sus derechos e intereses cuando no fuera exigido por la ley.

La transformación del absolutismo en Estado de policía, y finalmente en Estado de Derecho, cambió la posición jurídica de la persona en su relación con la Administración. Los súbditos se convirtieron en ciudadanos y, como tales, en sujetos de derechos que no tenían anteriormente.

Sin embargo, en la etapa primigenia imperaba el sentido negativo del principio de legalidad bajo el dogma de que “la Administración puede hacer todo aquello que la ley no prohíbe”. Conforme a este principio la Administración disponía de un gran marco de libertad para obrar; este “espacio libre” quedaba sujeto sólo a la valoración de los funcionarios y no se sometía a ningún orden jurídico, salvo que implícita o expresamente contrariara la primacía de la ley.

b) Vinculación positiva de la Administración a la ley

El principio por el cual “la Administración puede hacer todo aquello que la ley no prohíbe”, no tardó en ser criticado. Winkler sostuvo que el accionar administrativo fuera del orden legal no armoniza con el Estado de Derecho. Interpretando las constituciones austríaca y alemana, propició la vinculación positiva de la Administración a la ley, en el sentido de que la totalidad de la actividad administrativa debe estar sometida a una norma legal previa.

El fundador de esta nueva teoría fue Kelsen, quien no admite aplicación del derecho que sea realización de una atribución normativa precedente. Afirma que toda concreción de normas generales, todo tránsito de un grado superior a uno inferior del orden

jurídico, implica llenar un ámbito vacío, respetando los límites establecidos por las normas de grado superior.

Como la concreción de las disposiciones inferiores nunca puede ser completamente prevista por la norma superior, existe un espacio creativo que, conforme a la postura kelseniana, puede integrar el administrador y también el juez. Considera que ambas funciones no están determinadas completamente por la legislación, por lo que existe un margen más o menos amplio de apreciación, pero esta libertad no es absoluta, sino que siempre presupone una norma previa.

El administrativista Merkl, inspirado en las ideas precedentes, bosquejó un nuevo sistema de legalidad en la Administración: toda actividad que pretenda presentarse como administrativa sin estar legitimada por un orden normativo previo que determine la conducta debida, no podrá ser considerada como función estatal.

En Francia, según Carré de Malberg, la ley no era límite de la actividad administrativa sino condición de ella.

En Italia, Zanobini interpretaba que, “mientras el individuo puede hacer todo lo que no le esté expresamente prohibido, la Administración puede hacer solamente lo que la ley expresamente le consiente hacer”.

Esta concepción rígida del principio de legalidad implicaba, por ejemplo, que cada elemento del acto administrativo fuera prenormado en forma expresa. Es decir, que el procedimiento de conformación de la voluntad fuera exhaustivamente previsto así como las atribuciones de la Administración y los efectos jurídicos de cada actividad estatal.

La autonomía de la voluntad propia del derecho privado, y su gran libertad de acción, se contraponía frecuentemente con el excesivo formalismo legal de la actividad administrativa.

Para resolver la problemática derivada de la rigidez del principio de legalidad entendido como la férrea sujeción de la Administración a la ley y, en consecuencia, mera ejecutante de ésta, se brindaron dos soluciones: la primera resuelve la cuestión desde una perspectiva jurídica: el principio de legalidad en sentido estricto sufre una profunda mutación. Comienza a ser utilizado el principio de “juridicidad” que sujeta la

actividad administrativa no sólo a la norma jurídica objetiva (Constitución, leyes, reglamentos), sino también a los principios generales del derecho.

La segunda fue práctica, porque aun antes de adoptarse esta postura jurídica amplia se aplicaron dos “válvulas de escape” que morigeraron la legalidad estricta: la discrecionalidad administrativa y, para casos excepcionales, los decretos de necesidad y urgencia.

c) Vinculación positiva de la Administración al orden jurídico

La superación del criterio legalista estricto es llevada a cabo por una nueva doctrina que otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales, junto con la ley, pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Así, queda atrás la vieja concepción que considera la función administrativa como simple ejecución de la ley. Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automáticamente el contenido de la norma. La Administración, en algunos supuestos, podrá ligarse más a la ley pero en otros puede actuar con mayor amplitud, siempre que respete los límites de la juridicidad.

Este principio de legalidad ha sido adoptado en el sistema constitucional comparado y en las recientes constituciones provinciales argentinas.

Con la nueva formulación del principio de legalidad, la actividad administrativa no sólo se limita a ejecutar la ley, sino que tiene un poder normativo propio, en virtud de la actividad reglamentaria, reconocido por la Constitución. Asimismo, con la sujeción ampliada al derecho, los principios generales, figuren o no en la Constitución, conforman igualmente el contexto jurídico aplicable a la realidad administrativa (juridicidad o legalidad en sentido amplio).

Consecuentemente, la actividad administrativa puede relacionarse directamente con la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho. Pero esta vinculación puede ser más o menos intensa puesto que el mismo orden jurídico es quien determina en qué materias la vinculación a la norma es total y en qué materias es parcial.

En la experiencia contemporánea el principio de juridicidad debe asumir, entonces, un contenido diverso. En algunos supuestos aparece condicionado de manera absoluta por el precepto normativo concreto que establece expresamente la conducta administrativa debida. En otros casos, el orden jurídico no determina un condicionamiento explícito, sino que sólo actúa como límite de la actividad discrecional estatal.

En otros tiempos, bastaba decir que todo lo que no estaba previsto por la normatividad era discrecional. Hoy la situación es más compleja, por cuanto la discrecionalidad no está “fuera” sino “dentro” del orden jurídico.

Incluso, el análisis de la pirámide constitucional adquiere un renovado interés para justificar cómo, atento al actual sometimiento de la Administración al orden jurídico, la discrecionalidad no sólo fluye de una norma autorizativa expresa, sino también de la misma unicidad de la juridicidad, por medio de sus principios.

Los estadios referidos se relacionan, respectivamente, con lo que Sesín denomina: a) discrecionalidad fuera del contexto jurídico; b) discrecionalidad autorizada expresamente sólo por ley; y c) discrecionalidad dentro del orden jurídico.

a) Discrecionalidad fuera del contexto jurídico

Teniendo presente que originariamente la Administración podía hacer todo aquello que la ley no prohibía, estaba sumamente arraigada la convicción de que la discrecionalidad se caracterizaba por la ausencia de norma que estableciera la conducta administrativa debida. Lo discrecional, por tanto, operaba en los espacios libres fuera del contexto jurídico reglado y, consecuentemente, no se subordinaba a la ley, reglamento ni dispositivo administrativo alguno.

De allí que algunos autores de la época decían que lo discrecional configuraba una muestra de la “supervivencia del absolutismo”, porque el principio general en la praxis administrativa era la libertad, mientras que lo reglado constituía la excepción.

Téngase presente que bastaba que el acto tuviera un pequeño porcentaje de discrecionalidad para que se lo calificara como “acto discrecional” y se lo excluyera del control judicial, aun cuando lo que se atacara fuera algún elemento reglado, como la

competencia, la forma o el procedimiento. Esto pone en evidencia la discrecionalidad casi absoluta existente en favor de la Administración.

b) Discrecionalidad autorizada expresamente sólo por ley

El exagerado formalismo legalista que concibió la vinculación positiva de la Administración sólo a la ley, en el entendimiento de que los organismos públicos nada pueden hacer si no tienen un sustento normativo del Parlamento, determinó la suerte de la discrecionalidad: dentro de este sistema ella debe derivar necesariamente de una ley expresa.

Los fines, las modalidades y las condiciones que se debe cumplimentar y observar para ejercer esa porción libre devienen del precepto legal estricto, donde el accionar administrativo se limita a la ejecución automática de la ley.

En esta materia la discrecionalidad es reducida y debe estar autorizada previamente por norma legal correspondiente.

De este modo se reconocen los espacios libres de la discrecionalidad, pero siempre dentro del extenso mundo del derecho.

c) Discrecionalidad dentro del orden jurídico

Según López Rodó, la discrecionalidad “antes se movía al margen de la ley. Ahora es una libre apreciación de la ley, y por lo mismo, se apoya siempre en una ley. No se encuentra al margen de la ley, sino dentro de ella. Pero esta ley no esclaviza a la Administración, no desciende al detalle, como la de los revolucionarios franceses, sino que deja la apreciación de estos detalles a los órganos administrativos”.

La autonomía de la voluntad, que caracteriza al derecho privado con el límite de lo que está prohibido por la ley, en general no rige en el derecho administrativo, por cuanto los órganos públicos deben ejercer la atribución-deber que, expresa o implícitamente, le confiere el orden jurídico. El derecho es entonces quien, directa o indirectamente, mediata o inmediateamente, atribuye a la Administración una libertad de decisión entre varias opciones posibles.

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, en la causa “Serpe”, afirma que...”la tarea discrecional no está desvinculada de la reglada sino comprendida, como todo accionar estatal, por la plenitud hermenéutica del orden jurídico; de allí, y tal como

lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la discrecionalidad del obrar de los órganos administrativos no implica que ellos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico”.

En síntesis, la unicidad del ordenamiento jurídico presupone que la totalidad de éste regula la conducta administrativa debida: la discrecionalidad, en consecuencia, queda atrapada implícita o explícitamente en este sistema y, según la materia en que interfiera, puede ser general y amplia o bien restringida. El orden jurídico es, entonces, a veces condición, predeterminación y detalle; otras veces, sólo límite.

La sujeción de la actividad administrativa al orden jurídico no significa que la Administración actúe rigurosamente presionada por la normativa jurídica. La satisfacción del interés público como deber de la Administración requiere de instrumentos idóneos y flexibles.

El principio de juridicidad, en el marco del actual Estado de Derecho, concibe que la misma ley pueda ser fuente autoritativa de una facultad discrecional. Esto constituye una necesidad objetiva que bien conoce el legislador y que obligadamente debe delegar al administrador para que complete el contenido de la legislación.

Otras veces, el propio orden jurídico, explícita o implícitamente, otorga cierta capacidad de iniciativa para que la Administración discrecionalmente satisfaga el interés público concretizado. Siempre que se adecue a los lineamientos orientativos, los límites y la finalidad de la norma o del principio que lo autorice.¹⁰

La determinación casuística y concreta de la finalidad establecida por el orden jurídico, por la cual la Administración opta entre varias soluciones posibles la que, a su criterio, mejor satisfaga al interés público, constituye la sustancia de la discrecionalidad.

En el siguiente capítulo trataré el concepto de discrecionalidad según la visión de distintos autores, y como fue evolucionando hasta llegar a lo que actualmente se entiende por actividad discrecional.

CAPÍTULO II

“CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL”

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de Actividad discrecional según distintos autores. 3. Diferencia entre actividad discrecional y actividad reglada. 4. Tipos de discrecionalidad. 5. La discrecionalidad técnica.

1. Introducción

El concepto de discrecionalidad ha sido concebido, según distintos autores, de diferentes maneras.

En sentido estricto, “discrecionalidad” deriva del latín discernere, que significa “distinguir”, “separar mentalmente”. De ahí proviene cerno y certus, que implican la actividad de quien selecciona conociendo, es decir, de quien sabe lo que elige. Por ello, en sentido jurídico-sustantivo se la ha considerado como una libertad de acción o elección de conductas posibles dentro de un orden jurídico dado. La criticada expresión “poder discrecional” alude a una libertad “libre”, esto es, desprovista de límites, a diferencia de la noción actual, que la considera como derivación ineludible del Estado de Derecho y de su estructura jurídica.

En realidad, es la interpretación de los juristas la que establece el verdadero significado y alcance de lo discrecional más allá de su estricta significación etimológica.

En el derecho actual todo estudio de la discrecionalidad ha de partir de la función administrativa. Donde ella existe, cualquiera que fuere el ámbito, público o privado, en que actúe, hay un margen variable de libertad que particulariza el fenómeno discrecional.

La Administración, además de ejecutar la ley, se encarga de complementar la función legislativa, por ello, la discrecionalidad se acrecienta para conseguir lo que mejor satisfaga al interés público. Consecuentemente, no se trata de que el principio de juridicidad desconozca la discrecionalidad sino que debe ser ubicada dentro del contexto de derecho, respetando siempre los lineamientos y límites correspondientes.

2. Definición de actividad discrecional según distintos autores.

En el derecho administrativo clásico, la potestad discrecional se concebía como opuesta a la potestad reglada, como si se tratara de formas puras de la actividad de la Administración.

La existencia típica de la discrecionalidad está definida por la conexión potestativa entre el supuesto y la consecuencia, y habilita la opción de actuar o no, pudiendo, incluso, significar la posibilidad de escoger diversas alternativas de acción.

Michoud concibe la potestad discrecional como “aquel supuesto en el que una autoridad administrativa actúa libremente sin que la conducta que deba adoptar le venga predeterminada por la norma. Por el contrario, cuando la actividad de la Administración se encontraba predeterminada por la norma se consideraba que actuaba en ejercicio de una potestad reglada, pero mientras se admitía su control jurisdiccional, las potestades discrecionales se hallaban inmunes a dicha fiscalización por el Consejo de Estado”.

En cambio, para un sector de la doctrina española la clave que explica el fenómeno discrecional se encuentra en la apreciación del interés público y no en la libertad de elección del órgano administrativo que sólo puede emitir la solución justa. Esta teoría desemboca en la eliminación de lo que constituye el núcleo de lo discrecional. De acuerdo con la formulación principista del derecho constitucional español, los poderes discrecionales de la Administración no se hallan fuera de la ley ni del derecho ni tampoco están exentos del control judicial.¹¹

Juan Carlos Cassagne describe a la discrecionalidad como “supra concepto”. En el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que le permite a la Administración elegir “entre actuar y no actuar” (discrecionalidad de actuación) mientras que, en otros supuestos, se configura una libertad de opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido no puede suponerse que la facultad de elección se otorga siempre al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento a la elección (es decir a la discreción) del mismo, ya que hay numerosos ejemplos en los que la facultad de elegir se encuentra limitada a escoger una solución entre dos o más que se encuentran regladas. Es decir que puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que haya margen de apreciación, porque el legislador ya lo acotó con una decisión predeterminada.

La elección, aunque se apoye en elementos técnicos o de valoración política, el núcleo de la discrecionalidad está en el modo o manera de elegir y siempre será jurídico, en el sentido de que no puede ser irrazonable o arbitrario.¹²

Según Gordillo, “las facultades serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”.¹³

Para Balbín, la discrecionalidad es “la potestad del Poder Ejecutivo de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es, entonces, jurídicamente plausible e igualmente razonable. Así, el Ejecutivo puede optar por cualquiera de ellas, según su propio arbitrio o criterio. Este criterio es jurídico en tanto esté incorporado en el orden jurídico. De todos modos, el criterio discrecional está contenido en el ordenamiento, pero no existen reglas específicas predeterminadas que guíen su ejercicio y, por tanto, es libre”.¹⁴

Comadira considera que, originariamente, la discrecionalidad aparece ligada con la idea de la vinculación negativa de la Administración con la ley, de modo que su significación resultaba de la ausencia de ésta. Discrecionalidad era, pues, actuación libre de la Administración”.

Hoy es un valor incorporado al Estado de Derecho, la consideración de la discrecionalidad como un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo, en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a límites jurídicos impuestos por el ordenamiento.

Ciertamente, la atribución administrativa de elegir entre actuar o no frente al supuesto de hecho y, en su caso, de hacerlo en los diversos sentidos autorizados por la norma, no excluye las situaciones en las que ésta, lisa y llanamente, confiere al exclusivo juicio subjetivo del administrador esas posibilidades de elección.¹⁵

Ballbé afirma que “la discrecionalidad no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la Administración, sino en la atribución por el derecho de una libertad de apreciación”.

Según Pedro Guillermo Altamira, la discrecionalidad “es la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites”.

Julio Altamira Gigena dice que la discrecionalidad “supone la libertad de actuación cuando el ordenamiento jurídico autoriza dicha libertad”.

Sarría expresa que la discrecionalidad es “la libre iniciativa en la acción de oficio del gobierno”. Análoga posición sustenta Argañaraz al describir el accionar discrecional “como una actividad libre, por no haber normas que la traben o la restrinjan...”.

Dromi manifiesta que la “discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción y del contenido a dar a la acción misma. La discrecionalidad es la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad, dentro de los fines de la ley”.

Ildarraz y Zarza Mensaque afirman que “el margen de libertad de acción configura el postulado de la discrecionalidad, ya que la Administración, en razón del desarrollo de sus cometidos esenciales, tiene determinadas potestades propias y exclusivas en cuanto a la determinación de la oportunidad y conveniencia necesarias para el cumplimiento de su actividad. Esa libertad sólo puede ser restringida cuando la ley lo permita”.

Entiende Fiorini que la discrecionalidad “es la libertad del órgano para actuar como administrador en la ejecución de la ley; libertad limitada y encapsulada dentro de la gestión administrativa en el cumplimiento de la ley”.

Según Mairal, la facultad discrecional “se encontrará allí donde la Administración cuenta con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho que la norma prevé o, en fin, a la determinación tanto de los motivos como del objeto del acto”.

En ejercicio de la actividad discrecional, sostiene Marienhoff: “la Administración actúa con mayor libertad. Se trata de una predeterminación genérica de la conducta administrativa. La Administración no está constreñida por la norma a adoptar determinada decisión: en presencia de determinados hechos o situaciones, queda facultada para apreciarlos o valorarlos, y resolver luego si, de acuerdo con tales hechos o situaciones, ‘se cumple o no la finalidad perseguida por la norma...’ ya que, como dice Luqui, la discrecionalidad no debe ser expresión del fin particular del agente, sino del interés público tutelado”.

Para Díez, “la actividad discrecional no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que regulen su actividad, sino de exigencias mutables en el espacio y en el tiempo”.

Pertile considera que “la discrecionalidad es la modalidad de la actividad administrativa pública que expresa el juicio prudente de la autoridad en el ejercicio de la competencia a ella otorgada, con el fin de elegir dentro de ciertos límites y entre distintas alternativas legales, la más justa, oportuna y conveniente, para satisfacer cualquier necesidad relacionada con el interés público”.

Tawil advierte que “la potestad administrativa resulta en consecuencia discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no establece cuándo, cómo y en qué sentido debe ejercitarse”.

Sotelo de Andreau dice que “la discrecionalidad no implica de ninguna manera la libertad amplia frente a la norma, es en realidad la posibilidad de valoración de las circunstancias particulares en cada caso concreto, otorgándose un margen de posibilidades en la aplicación a las autoridades de la Administración en el marco de sus políticas de progreso”.¹⁶

Sesín considera que se puede definir la discrecionalidad como “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico, expresa o implícitamente, confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”.

Poco importa que quién ejerza la actividad sea un órgano público o privado. Lo relevante es la naturaleza de la función administrativa, que habilita el uso de una modalidad discrecional.

La “apreciación subjetiva” que incumbe a la Administración realizar ponderando el “interés público”, la “libertad de elección” y la “sujeción al orden jurídico”, constituyen los tres presupuestos esenciales que inexorablemente debe tener toda actividad discrecional. Ella no se concibe sin la presencia de estos elementos.

A su vez, la apreciación subjetiva puede consistir, alternativa o conjuntamente, en una ponderación de intereses, valoración del mérito, oportunidad, conveniencia,

utilidad, celeridad, interés público, juicio eminentemente subjetivo por imperio de la norma, etc. No constituyen per se presupuestos fijos o inamovibles, sino que son elementos contingentes y variables que en un momento dado pueden caracterizar lo discrecional.

3. Diferencia entre actividad discrecional y actividad reglada

La primera distinción entre actividad discrecional o reglada tiene íntima relación con que se haya lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que debe hacer el órgano en un caso concreto. En cambio, las facultades serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. En un caso es la ley (en sentido lato: Constitución, Tratados Internacionales que poseen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, ley, reglamentos), y en otros, es el órgano actuante el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse.

En el caso de la actividad reglada, la ley sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador debe obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Consecuentemente su conducta está predeterminada por una regla de derecho; no tiene libertad de elegir entre más de una decisión, su actitud sólo puede ser una, aunque sea inconveniente.

En cambio, en la actividad discrecional, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, de las circunstancias ante las cuales dictará el acto o del acto que dictará ante una circunstancia. Es una correspondencia entre el objeto del acto y las circunstancias de hecho exteriores a él.

En muchas situaciones la ley no reglamenta la forma en que la administración puede actuar frente a los particulares, sino las condiciones bajo las cuales los particulares no pueden ser molestados por la administración, debiendo la misma respetar esas reglas establecidas; su situación no es libre, su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho (ej.: si la ley autoriza a la administración a realizar una obra pública y no establece la forma concreta en que debe llevarla a cabo, no por ello tiene la administración discrecionalidad total, puesto que el derecho individual de propiedad si está reglado en el Código Civil, cuando la administración en su actividad daña un inmueble de un particular, comete un hecho antijurídico y el particular tiene derecho a invocar las consecuencias jurídicas pertinentes).¹⁷

En los orígenes del derecho administrativo, la falta de regulación normativa hacía que algunos actos de la administración fueren casi totalmente discrecionales; hoy en día todo acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional. En realidad, no es el acto mismo lo que puede calificarse de discrecional o reglado, sino la atribución que al efecto se ha ejercido. Sólo con referencia a aspectos concretos de sus actos, puede hablarse de “regulación” o “discrecionalidad”, según se presente el caso.

No existen potestades íntegramente libres porque, como mínimo, el aspecto puntual sobre que puede o no hacer el Poder Ejecutivo debe estar reglado por el legislador. Si el órgano competente sólo regló algunos de esos aspectos, entonces las potestades son en parte discrecionales y el acto dictado en su consecuencia también reviste, al menos parcialmente, este carácter. Por ejemplo: si el Legislador establece que el Ejecutivo debe cancelar ciertas obligaciones en el término de un año, pero no dice cómo hacerlo; éste puede cancelarlas con dinero en efectivo o títulos públicos. En este contexto, el Legislador no reguló cómo el Ejecutivo debe ejercer sus potestades. Por tanto, el acto es en este aspecto discrecional, pues el Poder Ejecutivo puede válidamente ejercer sus facultades de cierto modo u otro, siempre en el marco del ordenamiento jurídico.

Puede ocurrir también que el órgano regule todos los aspectos del caso y, sin embargo, el acto sea igualmente discrecional porque el grado de densidad o desarrollo de las reglas es mínimo. En efecto, si el legislador dice que el Ejecutivo debe cancelar las obligaciones con títulos públicos, pero no aclara con qué serie, el acto que dicte el Ejecutivo es parcialmente discrecional (en tanto éste puede optar entre una serie u otra con el objeto de cancelar sus deudas y cumplir así el mandato legislativo).

En definitiva, los actos son casi siempre en parte reglados y discrecionales.

El criterio de potestades regladas o discrecionales según el desarrollo de las reglas

La distinción entre potestades regladas y discrecionales no es la existencia o no de reglas sino el contenido de éstas.

Las reglas específicas describen poderes reglados y las reglas generales e inespecíficas se corresponden con poderes discrecionales ya que permiten al Poder Ejecutivo optar entre dos o más soluciones jurídicamente posibles.

Es una cuestión de grados, es decir, cuánto de libertades o arbitrio dejó el orden jurídico librado al Poder Ejecutivo que es quien debe aplicar las reglas y resolver el caso concreto.

Cabe distinguir entre distintas situaciones, según las reglas preexistentes y su densidad:

- a) la existencia de una regla clara y detallada sobre el ejercicio del Ejecutivo, en cuyo caso la potestad es claramente reglada;
- b) la inexistencia de reglas específicas, de modo que esa potestad es discrecional;
- c) la existencia de una regla imprecisa o incompleta, en cuyo caso el poder estatal es parcialmente discrecional.

Los elementos del acto administrativo

La competencia, entre los otros elementos del acto, al igual que respecto de cualquier decisión estatal, es siempre reglada.

Pero, ciertos elementos del acto son habitualmente discrecionales porque, en caso contrario, el acto estatal siempre sería reglado. En principio, los elementos procedimiento y finalidad son reglados, y los otros (en particular el objeto) a veces sí y en otros casos no.

En síntesis, los actos son en parte reglados y discrecionales, al igual que sus elementos.¹⁸

4. Tipos de discrecionalidad.

Según Dworkin hay una discrecionalidad débil y otra fuerte. La primera se refiere a los supuestos en que las normas no permiten una aplicación mecánica, sino que exigen una operación de discernimiento, como ocurre con el dictado de una orden para demoler un edificio que amenaza ruina. En dicho ejemplo y en otros similares, la discrecionalidad instrumental está limitada por estándares que le son impuestos al órgano administrativo a diferencia de la llamada discrecionalidad fuerte, en la que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra, ya que la misma “no equivale a una libertad sin límites” y que, en cualquier caso, ella debe desenvolverse respetando “ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia”.

Siguiendo la línea de Dworkin, Cassagne clasifica la discrecionalidad en tres tipos o especies: a) discrecionalidad fuerte o típica (el margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados); b) discrecionalidad débil o atípica (la discrecionalidad se encuentra limitada por un concepto indeterminado que si bien, en principio, solo admite una solución justa puede aparejar un cierto margen de valoración en algunos supuestos para optar entre varias soluciones igualmente justas); y c) discrecionalidad atenuada (el margen de actuación está limitado a supuestos predeterminados por el ordenamiento).¹⁹

5. La discrecionalidad técnica

Cuando la norma atribuye a la Administración potestad para actuar con arreglo a criterios suministrados por saberes especializados (sean derivados de las ciencias puras o aplicadas), es lo que se conoce como discrecionalidad técnica.

En su momento, Marienhoff señaló la inexistencia de la denominada discrecionalidad técnica, pues, a su juicio, en tanto un acto deba basarse en informes científicos o técnicos incontrovertibles, él es, respecto de su contenido, reglado y no discrecional, porque las conclusiones de ese informe o dictamen configuran los hechos a considerar para la emisión del acto.

Sin embargo, salvo los casos de conclusiones científicas o técnicas unívocas, y excluyentes de toda controversia, lo cierto es que, incluso en esos ámbitos de

conocimientos especializados, no es descartable la existencia de varias soluciones, de entre las cuales la Administración debe elegir una con criterio no técnico.

Por otra parte, la sujeción del accionar administrativo a un supuesto de hecho técnico unívoco tampoco determina un contenido reglado, porque la norma puede atribuir discrecionalidad de elección respecto del objeto del acto, configurándose así la llamada “discrecionalidad subsiguiente a la verificación de datos técnicos”. Por eso, la necesidad de acudir a la ciencia o a la técnica para la emisión de un acto administrativo no excluye, necesariamente, la discrecionalidad.

Así, la denominada discrecionalidad técnica será una especie de la discrecionalidad en general cuando el accionar administrativo, cumpliendo con arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca en éstos más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegible.²⁰

La discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica cuando éstas sean claras y uniformes.

En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas (por lo general indiscutibles e indiscutidas) y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica lo que la administración ha hecho o pretende hacer es indubitadamente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda y los mismos técnicos no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.

De todos modos, no hay en absoluto una completa discrecionalidad en materia técnica; Alessi afirma que, si la discrecionalidad “es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público, a los fines de valorar la oportunidad de la acción o del contenido a dar a la acción misma... es errado hablar de una discrecionalidad meramente técnica ya que los dos términos discrecionalidad y técnica son esencialmente inconciliables:... cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas”; en ese sentido similar

señala Díez que “la discrecionalidad no existe en el aspecto técnico (que es preciso), sino en el administrativo, ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es natural, los vicios de la operación influyen en la legitimidad del acto administrativo”.²¹

Los conceptos técnicos han sido considerados como aquellos que las ciencias o las técnicas definen de un modo unívoco y, por tanto, existe una única solución posible ante el caso concreto. En general, se cree que el ámbito de discrecionalidad estatal está dado únicamente por la elección de un criterio técnico por sobre otros para aplicarlo luego a las actividades estatales, pero una vez elegido el método científico específico, la posibilidad de optar por una u otra solución, generalmente desaparece. A veces el conocimiento científico ofrece un solo método o, en el marco del método aceptado, un único resultado, pero en otros casos no es así. Por eso, la discrecionalidad técnica sólo debe excluirse del concepto de discrecionalidad estatal cuando el conocimiento científico ofrece el procedimiento, método y resultado único, de modo tal que, en verdad, no se trata de un criterio libre sino reglado por el ámbito científico. Por el contrario, en aquellos casos en que la ciencia propone dos o más técnicas, procedimientos o soluciones igualmente válidas o plausibles, e incluso soluciones dudosas, estamos ante un caso discrecional.²²

Aun cuando la noción está discutida, puede afirmarse que, en general, se acepta que aquella se configura cuando la norma atribuye a la Administración potestad para actuar con arreglo a criterios suministrados por saberes especializados, sean ellos derivados de las ciencias puras o aplicadas.

En este caso, puede existir actividad administrativa fundada en razones científicas o técnicas, que generarán o no discrecionalidad, según su grado de univocidad y/o de su vinculación con un objeto reglado, o no.

Sandulli sostiene que “la discrecionalidad técnica significa valoración de hechos previstos por la norma como presupuestos del obrar estatal, sujetos a conocimientos técnicos. Estos últimos abarcan múltiples materias: medicina, economía, estética, agricultura, etc.”. Para esta teoría, el juicio respecto de la peligrosidad epidémica de una enfermedad, el valor artístico de una escultura o la fertilidad de un terreno, son fieles ejemplos de discrecionalidad técnica.

El autor destaca la presencia de la discrecionalidad técnica cuando es posible la valoración de hechos susceptibles de varios juicios técnicos o científicos; al contrario, si el presupuesto fáctico admite una solución tecnológica unívoca, niega la existencia de esta modalidad.

Para Daniele, la existencia de discrecionalidad técnica supone la realización de un juicio de valor exclusivamente a cargo de la Administración. Ello implica la presencia de dos condiciones esenciales: la valoración técnica por un lado y, por el otro, la norma autoritativa que dispone la competencia reservada a la Administración para efectuar el juicio correspondiente.

Para Sandull y Daniele la discrecionalidad técnica implica un “poder de valoración” asignado a la sola competencia de la Administración.

A raíz de lo descrito en este capítulo, podemos concluir diciendo que, la potestad discrecional es una actividad dónde el órgano administrativo, respetando siempre el interés público, puede elegir, entre varias opciones igualmente válidas, la que mejor se adecue para solucionar un caso concreto, sin embargo, a continuación veremos en qué situaciones los jueces pueden controlar esa actividad, y si ese control es total o sólo parcial.

CAPÍTULO III

“EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL”

Sumario: 1. Introducción. 2. Control jurisdiccional sobre la discrecionalidad. 3. Límites a la actividad discrecional. 4. El rol de los diversos operadores del derecho. Abogados de la Administración y del administrado.

1. Introducción

En el contexto jurídico-cultural e histórico en que se perfila el panorama de la discrecionalidad, cabe precisar que la función de la Administración no se limita a la aplicación automática de las leyes que dicta el Legislativo. La finalidad esencial de la Administración es la de satisfacer las necesidades públicas de las personas que habitan en el territorio del Estado y aún, de sus nacionales fuera de él.

Pero, para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos que entraña la división de poderes, debe haber un poder (en sentido orgánico) que controle el ejercicio de la actividad administrativa, ya sea que se exprese a través de una declaración de cognición o volitiva, de opinión o juicio.

En nuestro sistema constitucional, la función de juzgar a la Administración, que compete a los jueces, es plena, en el sentido de que no puede haber actos de la Administración que escapen a su control, aún los de naturaleza política. De lo contrario, la balanza de poderes se inclinaría a favor del Poder Ejecutivo al ejercer una porción del poder con franquía absoluta, exenta de control judicial.

Sin embargo, hay autores que sostienen el control jurisdiccional total de la actividad administrativa y otros, en cambio, que se inclinan por el control judicial solo sobre algunos aspectos de la misma.

2. Control jurisdiccional sobre la discrecionalidad.

Para un importante sector de la doctrina española, encabezado por Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, a partir de la Constitución de 1978, que introdujo los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y de la tutela judicial efectiva, no cabe la posibilidad de que exista actividad administrativa que sea inmune al control judicial.

En ese marco constitucional, con la idea de reducir el ámbito de la discrecionalidad, dicha doctrina acudió a la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados. Se trata de una categoría similar a la concebida por Linares en 1958, calificada como arbitrio extraordinario, que se configura cuando la norma adopta fórmulas elásticas (ej.:

utilidad pública, salud pública, etc.) las cuales derivan de atribuciones conferidas por la ley que integran estándares jurídicos de gran latitud (considerándose susceptible de control judicial, particularmente del control de razonabilidad).

Mientras García de Enterría y Fernández sostienen que no hay aspectos de las decisiones administrativas exentos del control judicial, con la posibilidad, inclusive, de su sustitución por los jueces, otros juristas afirman que existen determinadas zonas inmunes a dicho control y rechazan la posibilidad de que el juez pueda sustituir la actividad de la Administración.

Según Parejo, la interdicción de la arbitrariedad y el principio de la tutela judicial efectiva sólo habilitan a un control de legalidad, sosteniendo que se trata de un control jurídico que, cuando es ejercido, no autoriza al juez a generar reglas jurídicas (ni siquiera en el caso concreto), pues el juez “no desempeña función alguna en la creación de normas jurídicas”. Parejo rechaza el control de razonabilidad por considerar que carece de entidad objetiva, particularmente cuando se postula su conversión en fuente positiva, concluyendo que no puede aceptarse que la distinción entre legitimidad y oportunidad plantee un falso dilema que conduzca a la necesidad de que el juez sustituya la decisión administrativa.

Sánchez Morón también participa de la idea de que los jueces deben limitarse a ejercer un control jurídico no debiendo interferir en los aspectos técnicos o políticos de la decisión administrativa y que las técnicas de control (ej.: razonabilidad y conceptos jurídicos indeterminados) no pueden disfrazar la apropiación del ámbito de lo discrecional por los jueces, atribuido a la Administración por la ley. En cuanto al alcance del control judicial, pone el acento en los límites sustantivos y en los de carácter competencial, organizativo y procedimental, admitiendo que el juez pueda controlar la valoración de los hechos que efectúe la Administración cuando compruebe un error manifiesto cometido por esta última, así como que los principios generales del derecho puedan acotar la discrecionalidad administrativa “en la determinación de la medida aplicable (o consecuencia jurídica) si la Administración puede optar entre varias”.

La tesis opuesta ha sido sostenida por Tomás R. Fernández, quien afirma la plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa, reconociendo la posibilidad, incluso, que el juez la sustituya en caso de ser necesario para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas.

Encuentra fundamento dogmático constitucional en tres principios básicos de la Constitución Española: a) el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho; b) la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos; c) el principio de la tutela judicial efectiva.

Se trata de una necesaria inversión del planteamiento tradicional que se impone por los textos constitucionales, vigentes en España, que resultan aplicables al juzgamiento de la discrecionalidad que “si, en principio, fue la exención, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y el Derecho”, sobre todo, habida cuenta que los textos citados no acuden al principio de separación de poderes para fundar ámbito alguno de lo discrecional que sea inmune al control de los jueces.²³

En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto en lo que concierne al objeto, pues la ley ha entendido dejar libertad al administrador para apreciar la oportunidad de la medida; en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.

El juez controla, en sentido amplio, la legitimidad del acto administrativo en cualquiera de sus aspectos, sea como ejercicio de facultad reglada o como ejercicio de facultad discrecional; pero no podrá, sin embargo, anular un acto por considerarlo meramente inoportuno o inconveniente; sólo cuando lo estime ilegítimo podrá hacerlo. La administración, en cambio, puede revocar sus propios actos tanto si los considera ilegítimos como si los reputa meramente inconvenientes; a ella no la limita el mismo principio que rige la revisión judicial. De allí que existan dos clases de revocación por la administración: por ilegitimidad y por inoportunidad, mientras que la anulación judicial lo es sólo por razones de ilegitimidad. A su vez, la revocación en sede administrativa presenta un caso de excepción, en que sólo procede por razones de legitimidad: es el caso del control por el Poder Ejecutivo de los actos de las entidades autárquicas. A su vez, dentro del control general sobre las entidades descentralizadas, cabe distinguir el supuesto de que ellas tengan por función regular o controlar una actividad privada (ej.: las autoridades regulatorias independientes).

En la jurisprudencia de la Corte Suprema se suele poner énfasis expositivo en el control de la arbitrariedad como límite a la discrecionalidad y a la regulación normativa, sin perjuicio del control de cumplimiento de las partes regladas de todo acto, y del control de la arbitrariedad y demás vicios que también pueden afectar a las normas generales, tanto administrativas como legislativas. Lo mismo ocurre con el resto de los tribunales del país, aunque suelen enfatizar también los demás límites a la discrecionalidad.²⁴

Nuestra constitución garantiza en su artículo 18 el acceso a la justicia de todos los habitantes al igual que los Tratados incorporados con nivel constitucional (art. 75 inc. 22). A su vez, en nuestro ordenamiento jurídico también existe el principio *in dubio pro actione*. Por tanto, en caso de indeterminaciones del modelo (vaguedades, ambigüedades, lagunas y contradicciones) debemos estar por la interpretación que resulte más favorable al acceso rápido y sencillo ante el juez.

Por otro lado, el art. 116 dice que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas”, sin exclusiones.

La zona de discrecionalidad estatal está dentro del marco jurídico y, por tanto, del control judicial con el límite de que el juez no puede sustituir al Poder Ejecutivo cuando éste elige una de las soluciones normativamente posibles en términos justificados y razonables, según su propio criterio de oportunidad y mérito. Así, la decisión del Poder Ejecutivo es válida e irremplazable, salvo casos de violación de los principios generales o de cualquier regla complementaria del ordenamiento jurídico, en cuyo supuesto el juez debe declarar la nulidad de las decisiones estatales.

El juez debe controlar: si el legislador previó el ejercicio de la potestad bajo estudio; si es o no discrecional y que aspectos comprende (su alcance o radio); cuáles son los mandatos a aplicar (por ejemplo, los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad); las cuestiones de hecho, particularmente su existencia y su valoración en términos jurídicos; luego de circunscripto el ámbito de discrecionalidad (elección entre dos o más soluciones posibles) y sus límites, debe analizarse si su ejercicio cumplió con las reglas antes detalladas. Es decir, el Poder Ejecutivo debe explicitar las razones de su decisión y su relación con el interés público comprometido. Por su parte, el juez debe decir si ello cumple o no con los principios y reglas del ordenamiento; por último, el

juez debe declarar su validez, aunque no comparta el criterio de oportunidad o mérito seguido por el Poder Ejecutivo.

El juez debe controlar la discrecionalidad estatal y, en caso de arbitrariedad, debe anular el acto cuando no esté motivado o cuando, a pesar de estar motivado, sea arbitrario o irrazonable. Es decir, el juez debe analizar si el acto, según el ordenamiento jurídico, es en verdad discrecional; si los hechos son ciertos (materialidad de los hechos); si el operador omitió analizar otros hechos claramente relevantes en el marco del caso; si se justificó debidamente la decisión; y, finalmente, el cumplimiento del ordenamiento jurídico, en particular, el carácter razonable de las decisiones estatales.

El juez puede anular y dictar el acto respectivo siempre que fuese reglado pues, en tal caso, debe limitarse a aplicar la ley. Por el contrario, si el acto es discrecional, el juez debe anularlo, pero no puede sustituirlo por otro, salvo cuando se tratase simplemente de la modificación de ciertos aspectos (conversión de los actos).

A su vez, en el campo de los derechos sociales el juez no sólo debe anular las conductas estatales, sino básicamente exigir prestaciones positivas al Estado ante las omisiones de éste. ¿Puede el juez aquí definir las políticas a seguir o sólo debe limitarse a exigir al Poder Ejecutivo (o, en su caso, al legislador) que desarrolle las políticas pertinentes? Pues bien, es común que cuando el juez resuelve sobre omisiones estatales (trátase de incumplimiento de sus deberes o de cumplimiento defectuosos de éstos) en pos del reconocimiento cierto de los derechos sociales defina, a su vez, los lineamientos básicos de las políticas públicas a seguir, salvo que el poder político ya hubiese delineado esas políticas de modo satisfactorio.

El problema nace entonces cuando el Estado no planificó políticas públicas, o lo hizo de modo defectuoso, y consecuentemente incumplió el deber de reconocer derechos sociales y nuevos derechos. Si bien el juez puede limitarse simplemente a condenar y no decir más, ese mandato por sí solo en el contexto de estos derechos (que exigen prestaciones positivas y muchas veces complejas) supone introducirse, en mayor o menor medida, en el terreno propio de la planificación de las políticas públicas, entre otras razones, por su impacto sobre el presupuesto estatal y los recursos públicos. Cabe en un análisis más profundo reflexionar hasta donde debe avanzar el juez (es decir, el contenido y alcance de las condenas: mandatos de hacer, qué hacer y cómo hacerlo), más allá de que en el plano práctico es difícil discernir entre esos campos.

Existen en este terreno casos paradigmáticos resueltos por la Corte, entre ellos: “Verbitsky” (2005) sobre la reparación de las cárceles en la Provincia de Buenos Aires; “Mendoza” (2006) sobre la contaminación y recuperación del Riachuelo; y “Badaro” (2006) sobre el reajuste de los haberes jubilatorios.

En el caso “*VERBITSKY, Horacio s/ Habeas Corpus*” (sobre la reparación de las cárceles en la Provincia de Buenos Aires, 2005), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso acción de habeas corpus, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Aclaró que no se pretendía que el órgano jurisdiccional llevase a cabo un análisis acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de los cursos de acción que el Poder Ejecutivo provincial llevara adelante en la materia, pero sí que se sometiera al control de legitimidad legal y constitucional. En cuanto a la competencia del Tribunal de Casación para conocer de la acción, destacó que la propia jurisprudencia del tribunal - que citó- posibilitaba la deducción directa del habeas corpus en casación mediando manifiesta importancia o gravedad institucional en la cuestión que se somete a su decisión. Expresó que ante la inobjetable gravedad de la situación denunciada, era imperioso que el Tribunal de Casación se avocara originariamente a su tratamiento y resolviera la problemática de la totalidad de las personas privadas de su libertad en las comisarías de la provincia de Buenos Aires, dado que, si bien numerosos tribunales locales habían ordenado reiteradamente en los últimos años la clausura de comisarías y centros de detención, las resoluciones parciales así producidas sólo habían generado el movimiento de internos de un lugar a otro, aliviando la situación de unos, pero agravando la de otros, sin que, en definitiva, se dispusiese una solución eficaz al problema del alojamiento.

Esta Corte ha expresado su preocupación por la dolorosa realidad que afecta a las personas privadas de su libertad. Así, ha establecido la necesidad de dar a las personas detenidas adecuada atención médica y odontológica, controles regulares, el otorgamiento de medicamentos esenciales y condiciones dignas de habitabilidad. Por

ello, requirió al Poder Ejecutivo Nacional la implementación de medidas concretas para dar solución a los problemas económicos, administrativos y asistenciales que padecen las cárceles argentinas (Fallos: 310:2412; 311:313; acordada 90/92; Fallos: 315:2202; 316:155).

Caso “MENDOZA, Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios” (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

La causa se inició en julio de 2004, cuando un grupo de vecinos, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza y otras 16 personas, presentaron una demanda reclamando la recomposición del medio ambiente y la creación de un fondo para financiar el saneamiento de la cuenca, responsabilizando de daños y perjuicios a los siguientes actores:

- El Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Cuarenta y cuatro empresas aledañas por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

Dirigen su pretensión conjuntamente contra todos estos codemandados, por no haber cumplido con las disposiciones ambientales vigentes, dado que desviaron fondos específicos -un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo, a través del Decreto N° 145/98, para el "Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo"-, hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática ambiental denunciada y por no ejercer sus facultades de control e implementar políticas preventivas idóneas al respecto.

Según se desprende de los términos de la demanda -a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con el Artículo 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, los actores pretenden un resarcimiento a raíz de los daños y perjuicios sufridos, responsabilizando tanto al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante el incumplimiento de su deber de preservación

y protección ambientales, al considerar que éstos contribuyeron, ya sea con su acción u omisión, a la contaminación industrial de la Cuenca Matanza – Riachuelo.

El resarcimiento que se pretende busca reparar la incapacidad sobreviniente que se alega, los gastos por tratamientos médicos, gastos por nueva radicación en los supuestos que específicamente indican, daño moral, daño psíquico sufrido por madres y padres y sus hijos, el daño futuro -comprensivo de los gastos que habrá que realizar, según sostienen, para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo-, y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan según los casos. El total del reclamo asciende a la fecha de interposición de la demanda a la suma de 5.161.500 pesos. Otras de las pretensiones que se plasman en la demanda son el interés de que se resarza el daño infringido al medio ambiente y la recomposición de éste. Al efecto se expone que, según su postura, el Artículo 27 de la Ley N° 25.675 diferencia el daño ambiental per se del daño a los individuos a través del ambiente; y que, en consecuencia, el juez debe meritar los daños perpetrados y adoptar las medidas, que también solicitan, teniendo en cuenta si el daño ambiental ocasionado es irreversible o no.

En cuanto a los bienes dañados en forma irreversible, requieren que se fije una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado, a través de una compensación que deberá establecer el Tribunal dada la laguna legislativa existente al respecto, y que no tendrá un beneficiario en particular sino la comunidad vecinal toda. Los interesados piden a la Corte que, una vez constituido el fondo, su administración no quede a cargo de los estados demandados, ya que, según manifiestan, han sido ellos los que han omitido proteger el bien colectivo y de esa manera han contribuido a la afectación por la que reclaman. Que se trata, pues, cualquiera fuese el fundamento de la responsabilidad estatal que se invoque, de un daño que se atribuye a la inactividad u omisión del Estado provincial cuando pesa sobre éste la obligación de actuar en ejercicio imperativo del poder de policía entendido -en el contexto que aquí está en estudio- como una "potestad pública" propia del estado de derecho tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares atribuido a la afectación por la que reclaman.

En el fallo “*BADARO, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios*”, un jubilado que percibía un haber superior a \$1000 interpuso una demanda a fin de obtener un

aumento que le permitiera vivir adecuada y dignamente. La Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la sentencia de primera instancia respecto de la nueva determinación del haber inicial y su ajuste hasta el 31 de marzo de 1991. El actor y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) interpusieron recursos ordinarios de apelación.

La Corte consideró que la ausencia de aumentos en los haberes previsionales de \$1000 o superiores no era compatible con un sistema válido de movilidad porque la garantía prevista en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional tiene como finalidad acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decae su valor con relación a los salarios de actividad. Asimismo, sostuvo que la política de otorgar incrementos sólo a los haberes previsionales más bajos traía como consecuencia poner en igualdad de condiciones a los que efectuaron aportes diferentes, quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo.

Afirmó que si bien el art. 14 bis garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada al poder legislativo la determinación del método, tal reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral. Manteniendo el precedente “Sánchez, María del Carmen”, sostuvo que debía rechazarse toda interpretación restrictiva de la garantía de movilidad, como aquella que la considere compatible con disposiciones que establecen la inmovilidad absoluta de los beneficios por un término incierto.

Finalmente, consideró que a pesar de que la omisión de disponer un ajuste por movilidad había violado la garantía de movilidad, no le correspondía al Poder Judicial fijar la movilidad porque la trascendencia de la resolución y las condiciones económicas imperantes requería de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general. Por este motivo, dispuso comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas que garanticen la movilidad de los haberes.

Que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar

acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (Fallos: 308:1848).

La Corte ordenó al Congreso y al Poder Ejecutivo que garanticen la movilidad de los haberes previsionales de los jubilados y pensionados establecida en la Constitución, al considerar que la recuperación de los salarios de los trabajadores sólo había tenido un correlato parcial en el caso de las jubilaciones más bajas.

El escenario es aún más complejo porque el juez, al introducirse en el terreno de los derechos sociales y nuevos derechos, lo hace por el camino de los procesos colectivos e incide fuertemente en las políticas públicas (planificación y ejecución). Evidentemente, no es igual la decisión judicial que condena al Estado a proveer agua potable a un individuo o garantizar una vacante en un establecimiento educativo público que, en su caso, obligarlo a proveer ese servicio (y garantizar así el derecho básico de acceso al agua potable) a todo un colectivo (sectores más débiles) o construir un establecimiento educativo.

Este sendero es criticado porque el juez, además de no tener legitimidad popular, decide sobre un objeto parcial (el interés de un cierto sector) y desconoce el interés de otros (incluso, quizás, de individuos o grupos más vulnerables).

Los jueces aceptan el control sobre la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en términos de legitimidad (es decir legalidad sobre los elementos reglados y razonabilidad respecto de los elementos discrecionales). Así, la Corte sostuvo que “la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede dejar de lado el control judicial suficiente de los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional al que obliga el principio de la separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria.

Sin embargo, no es posible inferir un criterio unívoco en este aspecto por dos razones. Por un lado, la Corte solo resuelve casos singulares y, por el otro, el campo de la discrecionalidad excede con creces los supuestos sobre el traslado de los agentes públicos y la distribución de la pauta publicitaria oficial.

De todos modos, si bien los jueces reconocen el control judicial sobre el contenido razonable de las potestades discrecionales; sin embargo, no siempre exigen que el Estado motive debidamente los actos dictados en ejercicio de sus potestades discrecionales, de modo que, habitualmente, el juez sólo controla las decisiones estatales manifiestamente arbitrarias y, a su vez, cuando surge de modo palmario del propio acto estatal.

Los aspectos plausibles de control, en el marco de las decisiones estatales discrecionales, son los siguientes:

- a) los elementos reglados básicos (el órgano competente y los procedimientos esenciales, en especial, el ejercicio del derecho de defensa);
- b) los antecedentes fácticos (descripción y materialidad);
- c) el trabajo de interpretación (la interpretación de los hechos y de las reglas jurídicas y la subsunción de los hechos en los supuestos de hecho); y
- d) la discrecionalidad (la motivación del acto estatal; es decir, las razones y su relación con el objeto y el fin del acto, así como el cumplimiento de los principios generales del Derecho, en especial, su razonabilidad).

En general, los jueces controlan fuertemente los antecedentes fácticos y el contexto procedimental; sin embargo, respecto de la interpretación y la discrecionalidad del acto, el control es más atenuado, salvo el cumplimiento de los principios generales (razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y no discriminación).²⁵

El control judicial de la discrecionalidad administrativa es una derivación lógica del encuadre de ésta en el marco del principio de juridicidad de la Administración Pública.

La problemática fundamental del control judicial de la discrecionalidad debe centrarse en la procedencia y alcances del enjuiciamiento de la libertad en la que ella consiste.

El juez deberá establecer el grado de cumplimiento de los requerimientos normativos exigentes de una conducta administrativa predeterminada concretamente.

Competencia (quien), causa (por qué), objeto (qué) y forma (cómo) en sentido amplio, en los tres casos en lo pertinente y fin (para qué), deberán resistir el examen jurisdiccional pleno.

De no concurrir esa resistencia y ser los vicios graves excluyentes del elemento, o de gravedad equivalente, se impondrá la nulidad absoluta del acto.

Con este control, la elección discrecional no es examinada en sí misma. Se trata sólo de un juicio lógico jurídico de comparación entre la norma y los requisitos del acto.

Aun la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa debe ser construida, necesariamente, sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente y susceptibles, por consiguiente, de pleno control judicial.

Esto implica que, si los hechos, conductas o acontecimientos previstos por la norma no existen, el acto será, inevitablemente, inválido. No cabe, en este aspecto, elección discrecional: el mundo de los hechos no puede ser y no ser al mismo tiempo. En este terreno el control judicial debe ser, también, pleno, imponiéndose, en su caso, la nulidad absoluta del acto.²⁶

En otro sentido, concierne al juez controlar que la discrecionalidad derive del orden jurídico y que la misma haya respetado los límites del mismo.

El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico.

El núcleo interno de lo discrecional presupone la existencia de varias alternativas igualmente válidas para el derecho, que no es dable al juez apreciar, valorar ni sustituir. Empero, sí puede constatar la existencia de las diferentes posibilidades de opción y si se ha elegido una de ellas, además de verificar los demás aspectos y elementos reglados de la actividad administrativa.

Como bien dice Igartúa Salaverría, el juez puede controlar la justificación de la decisión valorativa, no la valoración misma.

Para Bacigalupo, “el derecho es al propio tiempo el presupuesto y el límite de la competencia judicial de la decisión, los jueces contencioso-administrativos no están legitimados (cuando en normas legales o reglamentarias no hallan parámetros suficientes) para fiscalizar la oportunidad (sino sólo en todo caso la constitucionalidad y/o juridicidad) del criterio de actuación discrecional que, ante la ausencia de uno normativamente predeterminado hubo de establecer por sí misma la propia Administración actuante”.

Expresa Barra, “en la actividad discrecional el juez también deberá revisar los elementos competencia, causa, objeto, motivación, procedimiento y finalidad. Es decir, el acto discrecional será inválido si emana de un órgano incompetente, o si se funda en un hecho inexistente o deja de considerar el hecho relevante para tomar la decisión, o no considera la norma jurídica conducente para el mismo fin, o resuelve lo imposible de cumplir, u omite seguir el procedimiento debido, o carece de motivación o presenta una motivación ilógica, o persigue un fin distinto que el autorizado por la norma que otorgó la competencia al órgano emisor, o se encuentra afectado en la necesaria relación, que debe respetar entre medios y fines”.

En este marco, el juez también debe hacer realidad los principios generales del derecho y los preceptos aplicables de los tratados internacionales a los que nuestro país se ha adherido cuando controla la inserción de la discrecionalidad dentro de la juridicidad. De allí que el control debe ser amplio.

No obstante, cuando el juez controla el ejercicio de la discrecionalidad no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la Administración. El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración, no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría “administrar”, “sustituir” al órgano administrativo competente y “vulnerar” la división de poderes.

De allí que el proceso lógico seguido por la Administración y el juez no sea el mismo, ya que cuando a este último no le agrada el criterio adoptado por la Administración discrecional, debe no obstante respetarlo, cuando una vez efectuado el control advierta que, en el consenso objetivo y en el marco de la juridicidad, la solución es razonable.

Para Sesín, controlar el ejercicio de la discrecionalidad no implica revisar su núcleo interno.

Una de las problemáticas más debatidas en el derecho administrativo contemporáneo ha sido la reducción de la discrecionalidad y la búsqueda del equilibrio justo de lo que puede controlar o no el juez.

La tendencia constante ha sido acrecentar el control de la actividad administrativa y aminorar la excesiva libertad del administrador.

En general se confunde el control de la discrecionalidad con la fiscalización de su ejercicio.

El núcleo intrínseco de la discrecionalidad debe ser respetado por el juez siempre que su ropaje externo sea correcto. No hay, por tanto, control de la discrecionalidad stricto sensu.

En realidad, hablar de “técnicas de control de la discrecionalidad” implica un error conceptual, porque lo que en verdad se controla o se debe controlar, es su ejercicio: el procedimiento de conformación de la discrecionalidad, esto es, su inserción en la juridicidad.

Es más exacto referirse a “técnicas de control del ejercicio de la discrecionalidad”, “técnicas de reducción de la discrecionalidad”, o bien de “modalidades de control de la inserción de la discrecionalidad en la juridicidad”.

La discrecionalidad no puede atrapar la totalidad del acto administrativo, sino alguno o algunos de los elementos, integral o parcialmente.

Las consecuencias que ello trae aparejado en el marco de la revisión contencioso-administrativa son fundamentales. Ya no es posible la inadmisibilidad jurisdiccional del acto discrecional en bloque; se admite la revisabilidad del resto de los elementos reglados. Tampoco corresponde la inadmisibilidad de los elementos discretos, por cuanto se considera viable el control del “ejercicio” de la discrecionalidad al resolverse la cuestión de fondo, en el momento del dictado de la sentencia.

El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración (núcleo interno de lo discrecional), no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría “administrar”, “sustituir” al órgano administrativo competente y “vulnerar” la división de poderes.

Como bien dice Fernández, el cometido del juez consiste “en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con

los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada...”.

En síntesis, el control judicial implica fiscalizar una ponderación y una elección ya realizada, por lo que debe respetar el poder exclusivo de valoración otorgado a la Administración, y solo controlar cuando se sobrepasen los límites del mismo. Aun cuando existan varias soluciones aceptables o razonables, no corresponde al juez sustituir una por otra, sino solo controlar que el criterio adoptado por la Administración tenga su propio consenso y sustentabilidad en el marco de la juridicidad. Ello quiere decir que quien controla no puede imponer su propio punto de vista acerca de lo que es más razonable, sino sólo verificar si el íter lógico y la ponderación ya efectuada por la Administración se ajustan a pautas objetivas aceptables, aun cuando fueran opinables.²⁷

3. Límites a la actividad discrecional.

Al existir ciertos límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, el juez, para determinar si esos límites han sido violados o no, debe necesariamente revisar la parte discrecional del acto. Actualmente no se puede pensar que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa, los cuales se diferencian de las facultades regladas, ya que la violación de las mismas es más clara, al resultar de la mera confrontación del acto con la norma legal; en cambio, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos.

Los principales límites son:

- La razonabilidad
- La proporcionalidad
- La desviación de poder
- La buena fe
- El alterum non laedere

La razonabilidad:

La decisión discrecional del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable”, lo cual puede ocurrir cuando: a) no exprese los fundamentos de hecho o derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o sean públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.

La proporcionalidad:

Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad (finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes). La proporcionalidad entre: a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo la base constitucional, sino también legal.

Cabe advertir que si bien aparecen ahora estos principios de manera expresa en la ley, regulando en cierta medida la finalidad del acto, no por ello forman parte estrictamente de la actividad reglada de la administración, sino que siguen siendo límites jurídicos a la discrecionalidad; ello se explica porque tales normas no predeterminan, según el concepto de facultad reglada, una conducta concreta que el administrador debe seguir, sino que señalan tan sólo un criterio elástico o impreciso, que será de aplicación según como sean los hechos y circunstancias de cada caso concreto, de acuerdo con la apreciación del órgano de control o del juez, posteriormente.

No desviación de poder:

La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con “desviación de poder”, sea: a) por actuar con un fin personal; b) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley.

La desviación del poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza).

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.

Buena fe:

Igual cosa sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas (por acción u omisión, incluso el silencio) para llevar a engaño o error a un particular; tal tipo de conducta es incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es ilegítima, aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional.

Alterum non laedere:

No perjudicar a nadie, a menos que exista algún fundamento legal suficiente y razonable, con adecuado sustento fáctico, que lleve a admitir una excepción al principio jurídico general. Si el hecho dañoso ha acaecido, corresponderá la indemnización.

Otro de los límites son los principios generales del derecho: es en este punto en el cual la libertad electiva en la que la discrecionalidad consiste es colocada, efectivamente, de cara a la juridicidad.

La esencia de la discrecionalidad, su núcleo íntimo, radica en cierta libertad electiva otorgada por la norma a la Administración. El espectro electivo puede estar parcialmente reglado, como ocurre cuando se predetermina, concretamente, el supuesto de hecho y/o el consecuente, dentro de un enlace o cópula facultativo.

La elección, instrumentada en un acto correctamente estructurado en los aspectos referidos a la competencia, el objeto, la forma y el fin (en tanto reglados) y sustentado en los hechos invocados, es, en principio, libre. Y lo es, además, negativamente: el acto sólo podría ser descalificado si la elección en él contenida colisionara con los principios generales del derecho.

Estos son los límites propios de la discrecionalidad, y no otros. En el fondo, más allá del progreso en el control de los aspectos reglados del acto, la discrecionalidad, en tanto elección, es libre, aunque no absolutamente libre, sino limitada negativamente por los principios generales del derecho.

Ahora bien, lo dicho no obsta para que, de violarse los límites jurídicos de la discrecionalidad, el acto resulte inválido y así lo declare el juez si es llamado a pronunciarse sobre la cuestión.

A la luz de las ideas expuestas, resulta entonces criticable la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo con la cual la actividad discrecional de la Administración es, en principio, irrevisable judicialmente. La afirmación precedente es la siguiente: el núcleo de la decisión discrecional habilitada por la norma es, en principio, libre jurídicamente, pero revisable, en plenitud, en el marco de los principios generales del derecho en tanto límites negativos de aquella libertad.²⁸

4. El rol de los diversos operadores del derecho. Abogados de la Administración y del administrado.

A veces no es fácil advertir en la praxis administrativa cuándo el orden jurídico autoriza el ejercicio de una facultad discrecional. La importancia de su dilucidación incide en el comportamiento de la organización estatal, en el de quienes asesoran jurídicamente a la Administración y también en el de aquellos que defienden los intereses de los administrados.

En el marco de la Administración, su identificación es relevante para individualizar el ámbito de apreciación volitiva o la libertad condicionada que le corresponde. Ésta es una zona de reserva de su exclusiva incumbencia que es respetada por los otros “poderes” del Estado en el concierto del equilibrio de funciones que es deber de la República garantizar.

Para quien conforma la Administración consultiva, asesorando jurídicamente con el dictamen respectivo, es imperativo explicitar nítidamente cuándo la conducta administrativa está vinculada por la norma y cuándo permite una apreciación discrecional. El asesor jurídico, frente a la discrecionalidad, debe señalar las opciones igualmente válidas para el derecho, sin tomar partido por ninguna, porque esta elección sólo compete a quien se desempeña en la Administración activa, esto es, al órgano emisor del acto administrativo respectivo, que concluye el procedimiento de conformación de la voluntad estatal. Al asesor jurídico no le corresponde efectuar en su

dictamen valoraciones de mérito, oportunidad o conveniencia, sino sólo de juridicidad. Por más que esté absolutamente compenetrado con la función política de un partido gobernante no debe olvidar que el suyo es el estandarte de la legalidad.

Esto presupone no sólo generar permanentemente conductas correctivas, sino también preventivas, en aras de salvaguardar la responsabilidad de los ocupados gobernantes, quienes muchas veces no tienen tiempo material para el análisis profundo de la totalidad de las cuantiosas resoluciones que a diario deben suscribir.

Quienes asesoran técnicamente, pero desde otras profesiones, como la ingeniería, medicina, arquitectura, geología, etc., deberían seguir el mismo razonamiento que el de los asesores legales, emitiendo opinión sólo desde el punto de vista de su especialidad e indicando cuándo finaliza la técnica y comienza el margen de libertad discrecional que sólo al funcionario decisor compete valorar y resolver.

También para el abogado defensor de los derechos e intereses de los administrados es importante detectar el momento discrecional de la resolución administrativa, porque bien sabe que cuando haya sido ejercida con respeto absoluto del orden jurídico autoritativo, su impugnación sólo puede llegar al máximo nivel administrativo que corresponda y que al juez no le compete entrar en la esencia de la discrecionalidad. Distinta es la situación si ésta no ha sido ejercida dentro del orden jurídico, ha violado los límites legales impuestos, o ha incurrido en abusos, en cuyo caso la justiciabilidad de la cuestión no se puede poner en duda.²⁹

Materias de reserva legal absoluta

En este contexto, la discrecionalidad juega un papel limitado y sometido in totum a la expresa norma legal autoritativa. Aquí la vinculación de la Administración al bloque de juridicidad es máxima, porque mínima es la discrecionalidad. La prudencia en el uso de esta facultad ha de ser el principio orientador. Su ejercicio queda reglado a cuestiones menores, sin que se afecte la esencia de los derechos y libertades tutelados.

Materias de reserva legal relativa

Las recientes constituciones otorgan celosamente al legislador la facultad de diagramar la organización estatal con arreglo a las pautas fijadas por su texto. Dejan en manos del administrador la facultad discrecional necesaria para llevar adelante, en su

faz operativa, los principios de reforma incorporados en la Norma Fundamental y esquematizados por la ley. Como se advierte, en estos ámbitos la reserva normativa relativa se impone y se otorga, correlativamente, gran libertad operativa discrecional al Ejecutivo para que, apelando a la imaginación creativa, instrumente la reforma administrativa.

Proyección de discrecionalidad como instrumento de transformación

Cuánto más lejos estamos de la dialéctica autoridad-libertad, la actividad administrativa es más libre y, consecuentemente, la discrecionalidad es mayor. Más que normas de contenido hay aquí reglas orientadoras, que atento a las características precitadas del orden jurídico, conforman una aureola impregnada de juridicidad que sirve de valla, sostén y guía.

Las actividades de planificación, junto con las pautas de buena administración, en pro de la celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia de la actividad administrativa, y las nuevas modalidades de prestación que preocupan a las administraciones modernas, forman parte de la juridicidad menos intensa y, correlativamente, de una discrecionalidad sólo orientada por la unidad, coherencia y plenitud del orden jurídico de la cual forma parte.³⁰

CAPÍTULO IV

CONCLUSIÓN

1. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos visto que la actividad discrecional ha pasado de ser una actividad en donde el órgano administrativo actúa libremente sin que su conducta esté predeterminada por la norma y por lo tanto inmune al control judicial, para pasar a considerarse como una libertad de acción o elección de posibles conductas dentro del orden jurídico.

Al ser la discrecionalidad una actividad en donde la Administración realiza una elección de entre varias alternativas para satisfacer necesidades de interés público, el control de la misma consiste, como dice Fernández “en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria, la Administración ha observado o no los límites con los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse como una decisión racionalmente justificada...”. O sea, el control judicial se da cuando se sobrepasan los límites del poder de la Administración, debiendo custodiar la prevalencia de la Constitución y sus principios por sobre las normas y actos derivados. Por lo tanto, las principales características del concepto de discrecionalidad de la doctrina más relevante de la literatura administrativa argentina son: apreciación de la oportunidad y conveniencia, actuación libre con sujeción al orden jurídico, remisión legal y no sólo margen de libertad, valoración del interés público, elección entre uno y otro curso de acción, facultades administrativas propias y exclusivas, arbitrio creador contingente, predeterminación genérica de la conducta administrativa, entre otras.

Dentro del actual sistema del Estado de Derecho, el Poder Judicial es el principal custodio de las libertades y derechos e intereses individuales y colectivos.

La motivación (como expresión de las razones y fines que llevan a la Administración a emitir el acto administrativo) es un requisito de forma fundamental para que ese acto sea válido. Si no existiera motivación, el acto administrativo aparecería, como señala Fernández, “como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho”; y además el particular se encontraría impedido de ejercer las facultades que integran el “debido proceso adjetivo” (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada), que se relaciona con la tutela judicial efectiva y con la garantía de la defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la C.N.

Así, la motivación de las decisiones discrecionales es una garantía que hace al cumplimiento de los fines de interés público.

En el sistema judicialista que consagra la C.N. (arts. 18, 108, 109, 116 y 117) y en el Preámbulo (cuando postula el objetivo de “afianzar la Justicia”) no pueden excluirse, en principio, porciones de la actividad del Poder Ejecutivo que sean inmunes al control judicial, ya que el mismo debe ser amplio y suficiente conforme a los principios sentados por la Corte Suprema.

La prohibición de arbitrariedad y el principio de razonabilidad impiden limitar el control jurisdiccional sobre los juicios de oportunidad que emita el Poder Ejecutivo, ya que sin control por parte de los jueces, los administrados quedarían a merced del puro arbitrio de la Administración.

Lo jurídico no radica en la técnica ni en el criterio de oportunidad en sí mismo, sino en el modo de aplicación o en la manera en que la Administración elige las opciones compatibles con el interés público.

Citas bibliográficas:

¹Cassagne, Juan Carlos (s/f) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 8-9

²Cassagne, Juan Carlos (s/f) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 11

³Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 86-87

⁴Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 87-90

⁵Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 90

⁶Cassagne, Juan Carlos (s/f) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 9-10

⁷Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 90-91

⁸Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 84

⁹Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág.44-45

¹⁰Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 16-20 y 43-48

¹¹Cassagne, Juan Carlos (s/f) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 17-18

¹²Cassagne, Juan Carlos (s/f) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 19-20

¹³Gordillo, Agustín (2003) “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. X12

¹⁴Balbín, Carlos F. (2015) “Manual de Derecho Administrativo”, pág. 220-221

¹⁵Comadira, Julio Rodolfo (s/f) “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”

¹⁶Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 92-93

¹⁷Gordillo, Agustín (2003) “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. X10-X14

¹⁸Balbín, Carlos F. (2015) “Manual de Derecho Administrativo”, pág. 222-226

¹⁹Cassagne, Juan Carlos (s/f) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 20-21

²⁰Comadira, Julio Rodolfo (s/f) “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, pto. 8

²¹Gordillo, Agustín (2003) “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. X19-X21

²²Balbín, Carlos F. (2015) “Manual de Derecho Administrativo”, pág. 229-231

²³Cassagne, Juan Carlos (s/f) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 14-17

²⁴Gordillo, Agustín (2003) “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. X32-X33

²⁵Balbín, Carlos F. (2015) “Manual de Derecho Administrativo”, pág. 231-234

²⁶Comadira, Julio Rodolfo (s/f) “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”

²⁷Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 43-50

²⁸Gordillo, Agustín (2003) “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. X26-X30

²⁹Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 109-110

³⁰Sesín, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, pág. 307-308

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía General

BALBÍN, Carlos F. (2015) “Manual de Derecho Administrativo”, 3ª ed. Ampliada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

GORDILLO, Agustín (2003) “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 1 Parte General, 8ª edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Bibliografía especial

SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (1993) “Discrecionalidad y control judicial”, 2º ed., Malheiros, Brasil, pág. 48, citado por SESÍN, Domingo Juan.

WINKLER, G. (1956) Der Boscheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt, Viena, Pág. 36 y ss., citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

KELSEN, Hans (1969) “Teoría general del Derecho y del Estado”, Buenos Aires: Eudeba, pág. 317 y ss., citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

MERKL, A. (1935) “Teoría general del Derecho Administrativo”, Madrid, págs. 210 y 22, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

CARRÉ DE MALBERG, R. (1948) “Teoría general del Derecho”, México, pág. 450.

ZANOBINI, G. (1955) “Sul fondamento della inderogabilita del regolamenti” en Scritti vari di dir. Pubbl., pág. 2 y ss., citado por SESÍN, Domingo Juan (2004)

“Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

LOPEZ RODÓ (1974) “La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera”, Madrid: Revista de Estudios de la Vida Local, N° 31, pág. 16, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

ALTAMIRA, Pedro G. (1971) “Curso de Derecho Administrativo”, pág. 337, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

ALTAMIRA GIGENA, J. (1972) “Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo”, Buenos Aires: Astrea, pág. 53 y ss., citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

SARRÍA, F. (1961) “Derecho Administrativo”, Córdoba: Assandri, pág. 102, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

DROMI, R. (1986) “Introducción al Derecho Administrativo”, Grouz, Madrid, pág. 145, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

ILDARRAZ, B. Y ZARZA MENSAQUE, A. (1968) “Curso de Derecho constitucional y administrativo”, pág. 266-67, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

FIORINI, B. (1948) “La discrecionalidad de la Administración Pública”, pág. 15-16, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

LINARES, Juan F. (1958) “Poder discrecional administrativo”, pág. 182, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

MAIRAL, Héctor (1984) “Control judicial de la Administración Pública”, T. II, pág. 647, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

MARIENHOFF, Miguel (1965/1981) “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, pág. 411 y 55, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

LUQUI, Juan C. (s/f) “El examen de la razonabilidad de los actos administrativos por el Poder Judicial”, pág. 132-385, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

DÍEZ, Manuel (1981) “Manual de Derecho Administrativo”, T. I, pág. 30, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

PERTILE, Alberto (1988) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 5-6, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

TAWIL, G. (1993) “Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa”, T. I, pág. 373, citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

SOTELO DE ANDREU, Mirta (1998) “La discrecionalidad administrativa ¿Zona de inmunidad del Poder?, pág. 18 y ss., citado por SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

IGARTÚA SALAVERRÍA, J. (1998) “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccionales”, pág. 115 y ss., citado por SESÍN, Domingo Juan (2004)

“Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

BACIGALUPO, M. (1997) “La discrecionalidad administrativa”, pág. 42, SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

BARRA, Rodolfo (1992) “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial”, SESÍN, Domingo Juan (2004) “Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial”, Buenos Aires: Lexis Nexis.

CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”, descargado de: www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf.

HAURIOU, Maurice (1902) en el comentario al arrêt « Grazzietti », citado por CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”.

VEDEL, Georges – DELVOLVÉ, Pierre, (1992) Droit Administratif, T° I, 12° ed., France, París: Presses Universitaires, p. 533, citado por CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”.

DWORKIN, Ronald (s/f) “Los derechos en serio”, pág. 84-86, citado por CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”, descargado de: www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf.

FERNÁNDEZ, Tomás R. (1994) “De la arbitrariedad de la Administración”, citado por CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”, descargado de: www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1997) “Democracia, jueces y control de la Administración”, pág. 134 y ss, citado por CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”, descargado de:

www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf.

PAREJO, Alfonso L. (1993) “Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias”, pág. 48, citado por CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”, descargado de:

www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994) “Discrecionalidad Administrativa y control judicial”, pág. 92, citado por CASSAGNE Juan Carlos (s/f) en “La discrecionalidad administrativa”, descargado de:

www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf.

COMADIRA, Julio Rodolfo (s/f) “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, descargado de:

<https://es.scribd.com/document/269698042/Facultades-Discrecionales-Comadira>.

ÍNDICE

Resumen.....	1
Estado de la cuestión.....	2
Marco Teórico.....	3
Introducción.....	4

CAPÍTULO I

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL

1. Introducción	7
2. Reseña histórica de la actividad discrecional	7
3. Vinculación gradual de la Administración al orden jurídico.....	12

CAPÍTULO II

CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL

1. Introducción.....	20
2. Definición de Actividad discrecional según distintos autores.....	20
3. Diferencia entre actividad discrecional y actividad reglada.....	25
4. Tipos de discrecionalidad.....	27
5. La discrecionalidad técnica.....	28

CAPÍTULO III

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL

1. Introducción.....	33
2. Control jurisdiccional sobre la discrecionalidad.....	33
3. Límites a la actividad discrecional.....	47

4. El rol de los diversos operadores del derecho. Abogados de la Administración del administrado.....	50
---	----

CAPÍTULO IV

CONCLUSIÓN

1. Conclusión.....	54
Bibliografía General.....	58
Bibliografía Especial.....	58