

ano 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012
Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Lourdes Nascimento

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Patrícia Falcão

Bibliotecários responsáveis: Izabel Antonina A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Lissandra Ruas Lima - CRB 2851 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Capa: Igor Fernandes Jamur Vieira

Projeto gráfico: Virginia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ISSN 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

El juez sólo controla – No sustituye ni administra – Confines del derecho y la política

Domingo Juan Sesín

Abogado y Notario, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, con especialidad en Derecho Administrativo en la Universidad de Roma, Italia. Profesor Titular de cátedra por concurso de Derecho Procesal Administrativo, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba. Juez del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

Resumen: El artículo promueve un estudio del control judicial de la actividad de la Administración Pública, tratando de demostrar los límites de los poderes del juez en situaciones en las que se le pide que revise un acto administrativo con carácter discrecional o político. Tratase de demostrar que la función del juez se limita a controlar la Administración Pública, sin que la sustituya.

Palabras-clave: Control judicial. Administración Pública. Discrecionalidad. Actos políticos.

Sumario: I El juez sólo interpreta el derecho. No es un “dominus” de la sociedad – II El límite consustancial del control judicial – III Lo discrecional y lo político como parte del orden jurídico – IV La intensidad del control judicial de lo discrecional y político. El núcleo interno insustituible – V El acto político dentro del orden jurídico – VI El llamado acto institucional que directamente no agravia situaciones jurídicas subjetivas – VII El acto institucional que puede ser sólo controlado en su aplicación concretizada. La mentada devaluación – VIII Los avances de la jurisprudencia – IX El control de “sostenibilidad”, “aceptabilidad”, “razonabilidad” – X La revisión judicial de las reglas técnicas y pautas de universal consenso – XI La intensidad del control judicial frente a la opinabilidad intrínseca de cuestiones técnicas complejas – XII Imposibilidad de sustitución por el juez. Controla. No administra. El límite concreto

I El juez sólo interpreta el derecho. No es un “dominus” de la sociedad

La misión del jurista revela una nostálgica belleza: la de preparar los caminos para el advenimiento del reino de las valoraciones (apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia del accionar de la Administración Pública), sin que le sea permitido entrar en sus dominios, tal como Moisés, el legislador que guió a su pueblo hacia los límites de la tierra prometida sin que le fuera dable penetrar en ella.

Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.

Pero como dice Tocqueville:¹ “...es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse; ...por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo...”.

No obstante, el juez no es un dominus de la sociedad, y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo su marco de acción en virtud de la libre apreciación, propiciadas por la Escuela realista norteamericana y algunos filósofos italianos de los últimos años.²

Con razón se afirma que una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la Justicia.

La problemática de todos los tiempos referida a los confines del derecho y la política plantea una cuestión irresuelta: si es posible reconducir las materias discrecionales, que sólo competen a los órganos políticos, al campo jurídico, con parámetros objetivos.

Una respuesta positiva implica reflotar la consabida tesis del “gobierno de los jueces”, que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales.³

¹ De la démocratie en Amérique, Ed. Gallimard, París 1951, t. II, p. 154.

² Chierchia, P., L'interpretazione sistematica della costituzione, p. 10 y sigtes., Padova, 1978, p. 10 y siguientes.

³ García de Enterría, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional, ps. 168 y sigtes., Ed. Civitas, Madrid, 1985.

La extralimitación de los jueces fue ya advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado “darwinismo jurídico”, se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etc. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas.⁴ Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del “New Deal”.

La Corte Suprema argentina ha señalado que cada poder, “dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan” (CS, Fallos, 243:513).

El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado. Normalmente se asigna al juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del derecho. Su razonamiento es absolutamente jurídico, estándole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en éstas sus votos porque tal cometido compete exclusivamente a la Administración Pública o al legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

Sin embargo, excepcionalmente el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver el conflicto. La graduación de la pena, la determinación del monto justo de una indemnización expropiatoria, la fijación de un plazo inexistente para el cumplimiento de una obligación, son ejemplos fieles. Su contenido será rellenado con los principios inmanentes del orden jurídico, las convicciones sociales, y, en definitiva, las valoraciones de lo que es “justo”, todo esto dentro del estilo del sistema jurídico vigente. Ello ocurre porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico para rellenar el concepto.

La legitimidad de los jueces no sólo proviene de la idoneidad exigida para ocupar el cargo (generalmente mediante concursos públicos), sino esencialmente del mismo derecho que tienen la obligación de aplicar; su

⁴ Schwartz, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, París, 1979, ps. 125.

independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le deben absoluta subordinación. Su cometido no es crear normas legislativas ni ejercer el poder político o discrecional también creativo para satisfacer de la mejor forma los intereses sociales.

Una eventual elección a través del sufragio o una duración limitada en su función podrían afectar seriamente la división de poderes, la independencia, la imparcialidad, la neutralidad política, la competencia e idoneidad, porque el Poder Judicial no está capacitado para gobernar sino para dar efectividad al derecho. No le es dable sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la Administración a la ley y al derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados (1).

En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y sólo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Su campo de acción en aquel ámbito es mucho más reducido que el de la época del "pretor romano" y del "canciller inglés", quienes — atento a las transformaciones sociales y el escaso perfeccionamiento del derecho — actuaban con mayor libertad.⁵

Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto la Administración tiene una herramienta de la que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).

Cuando se trata de aplicar una potestad reglada, la Administración utiliza la misma metodología que emplea el juez, esto es, la hermenéutica interpretativa. Si en cambio el ordenamiento otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones igualmente válidas para el derecho, la Administración utiliza la discrecionalidad, en función de lo mejor o más útil para el interés público.

En otras palabras, cuando el sistema jurídico encarga a la Administración Pública la emisión del acto particular, reglando su conducta en forma expresa o implícita, hay interpretación en su concreción. En cambio cuando le atribuye una facultad de opción, la "zona de reserva" debe integrarse creativamente con valoraciones de oportunidad y conveniencia.

⁵ R. Pound, *Introduction to the philosophy of law*, Yale University Press, New Haven, cap. III.

En síntesis, el contenido administrativo se integra: a) con pautas objetivables cuando sea posible (actividad reglada); b) con criterios técnicos o estándares tolerables en casos difíciles o complejos; c) con modalidades discrecionales ante varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

El control judicial es total en la hipótesis a); casi total en b), pudiendo en este caso controlar la razonabilidad pero no sustituir un criterio técnico opinable de sustentabilidad relativa por otro también dubitable; y es escaso en c) controlando sólo el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad sin penetrar en el núcleo discrecional interno.

II El límite consustancial del control judicial

Tomás Ramón Fernández⁶ afirma que “...en su control del ejercicio del poder discrecional los jueces no tienen otra herramienta que el derecho, de lo que, obviamente, se sigue que podrán llegar legítimamente en su crítica de las decisiones discrecionales hasta donde el derecho y el razonamiento jurídico lleguen y que más allá de ese límite, más que impreciso no precisado, no podrán dar un solo paso...”.

Opina Sánchez Morón⁷ que “...el control judicial tiene un límite consustancial, ya que solo puede tratarse de un control jurídico y no de un control de la bondad o idoneidad política, técnica o económica de la decisión discrecional. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española coincide exactamente con este límite, pues como tiene declarado la jurisprudencia de manera unánime, consiste en el derecho a obtener del órgano judicial competente una respuesta razonada y fundada en derecho (no en otro tipo de argumentos o criterios) a las pretensiones deducidas en el proceso”. Por ello interpreta en cuanto al control del ejercicio de la discrecionalidad, que sólo es posible ante “...un contraste claro con una norma jurídica y que no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles, encubiertas en términos de mayor justicia o racionalidad. Si así fuera, el juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación y valoración de las circunstancias que a ésta corresponde realizar para desempeñar su función dentro de los límites del derecho”.

⁶ De la arbitrariedad de la Administración, Madrid, Civitas, 1994, 2ª ed., 1997, p. 16.

⁷ Sánchez Morón, Santiago, Cuadernos de derecho judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, Octubre, 1994, p. 148.

Acertadamente Beltrán de Felipe⁸ se pregunta "...control hasta dónde: lo que queda por determinar es qué tipo de control y con qué intensidad" después de afirmar que "...la cuestión no es control sí o control no, toda vez que se ha de poder interponer recurso contra cualquier acto administrativo, siendo a mi juicio éste el sentido de la plenitud del control...".

Tawil⁹ manifiesta que la fiscalización "de la legitimidad no se limita únicamente, empero, al control jurídico de legalidad, en cierta medida objetivo y de naturaleza formal. Responde, por el contrario, a un concepto más amplio de licitud y justicia que torna procedente la revisión judicial no sólo contra lo ilegal, sino también contra lo legal pero injusto, antijurídico o arbitrario". Más adelante (Tawil, ob. cit. p. 319) pone en evidencia la "...inconveniencia de identificar al control de legitimidad con la actividad reglada y al de oportunidad con la discrecional, en tanto el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales al resultar siempre susceptibles de control elementos tales como la competencia, causa, forma y finalidad del acto...". Al igual que la prestigiosa doctrina citada (Gordillo, Dromi, Mairal) considera que el concepto de legitimidad es notablemente más amplio que el de facultad reglada, y que el de oportunidad es mucho más restringido que el de facultad discrecional y cuestión de hecho (Tawil, ob. cit. p. 319, 320, 373 y sigtes.). Se sigue en este sentido la postura originaria de Gordillo.¹⁰

Desdentado Daroca¹¹ analiza determinados pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español. En primer lugar la STC 39/1983, de 17 de mayo, cuando sostiene que salvo que se aduzca la posible existencia de desviación de poder, lo que se impugna "...no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control judicial". El fallo considera que esta conclusión no significa desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva desde que el control judicial tiene límites por cuanto las cuestiones tratadas "han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos judiciales".

⁸ Beltrán de Felipe, M., *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 77.

⁹ Tawil, Santiago, *Administración y Justicia*, Ed Depalma, Buenos Aires, diciembre 1993, t. II, p. 318.

¹⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Fundación de Der. Adm., Buenos Aires, 1998, t. 1 X.35, 36 y 37.

¹¹ Desdentado Daroca, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, p. 87 y sigtes.

Más adelante el autor citado comenta otros fallos del Tribunal Constitucional que comportaron un avance respecto de la situación anterior. En las STC 110/91 y 97/93 se sustenta que en los supuestos de discrecionalidad técnica el control judicial no se reduce a un mero control externo de comprobación de que no se han infringido las normas procedimentales ni se ha incurrido en desviación de poder. La discrecionalidad técnica "...es compatible con una base fáctica, ya que el juicio técnico sobre la capacidad de un aspirante, ha de realizarse sobre unos datos objetivos que permitan deducir la aptitud o ineptitud del mismo, y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico debe ser comprobado por el órgano judicial". Ello implica un avance porque se entra al fondo de la cuestión, pudiendo controlarse la base fáctica sobre la que se ejerce el control, empero para el citado Tribunal sigue siendo incontrolable la valoración o apreciación técnica propiamente dicha. Vuelve a sostener que esta conclusión no agravia la tutela judicial efectiva por los mismos fundamentos descritos en la sentencia anterior.

En la STC 34/1995 el Tribunal Constitucional afirma que debe respetarse la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros, lo que no se cumpliría si se admitiera que mediante la prueba pericial pudiera realizarse un control de las valoraciones técnicas, pues ello supondría la sustitución de la valoración del órgano calificador por la del perito o por la apreciación del órgano judicial al valorar la prueba pericial. Si bien el Tribunal considera que conforme al diseño constitucional no son admisibles exclusiones al control judicial, sin embargo, la problemática de la discrecionalidad técnica se justifica en razones de legitimidad. Afirma que en estos supuestos, los órganos de la Administración "aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados", y que en consecuencia la limitación del control obedece a que "contribuye a salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuida a la Administración". Reitera que ello no vulnera la tutela judicial efectiva, porque la decisión de la Administración, fundada en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración, excede el "control jurídico que incumbe realizar a los jueces" implicando una sustitución del criterio del órgano calificador. En el devenir de los tiempos ya no es posible discutir si los actos administrativos que trasuntan el ejercicio de una facultad discrecional pueden ser revisados judicialmente (aún relacionados con cuestiones técnicas), lo mismo sucede con los llamados actos políticos en la medida en que sean susceptibles de agravar derechos o intereses de los administrados, en forma directa o en su caso a través de sus actos operativos. Lo que en verdad importa es el verdadero alcance del control

que hacen los jueces y cuáles son sus fundamentos. Debe recordarse que la tutela judicial efectiva no debe ser sólo una verdad declamada, sino una realidad aplicada. Debe tener vigencia real y efectiva, no ficticia ni teórica.

III Lo discrecional y lo político como parte del orden jurídico

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que al estar en presencia de la actividad libre o no regulada lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido en favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico subjetiva lesionada, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad en favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que sólo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un mínimo de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechazará in limine, decían los primeros códigos de la materia.

En una segunda etapa fue el Consejo de Estado francés el que comenzó a incursionar los límites de la discrecionalidad y, en general, después en nuestro país comienza a rechazarse la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando se discuten vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aún derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los códigos que comenzaron a surgir a partir de los años 70 hasta nuestros días, solo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. Ya no se habla de acto discrecional o acto reglado, ya que los tiempos modernos reconocen sólo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20 ap. 3º), la Constitución Italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución Española (arts. 9.2 y 103.1), expresan que la

actuación de la Administración Pública hoy no sólo se sujeta a la ley sino también al derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que, como la de Córdoba, subordinan la Administración al “orden jurídico” (art. 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto a la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

En este marco, la discrecionalidad queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita. Lo mismo puede decirse de las cuestiones políticas que se enmarcan en el amplio horizonte del orden jurídico conforme el citado plexo constitucional.

Considero que la discrecionalidad es “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a quien ejerce la función administrativa, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho”.

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.

La apreciación subjetiva puede consistir, alternativa o conjuntamente, en una ponderación de intereses, valoración de mérito, oportunidad, conveniencia, utilidad, celeridad, etc. No constituyen presupuestos fijos o inamovibles sino elementos contingentes y variables.

Si en la concepción actual las modernas Constituciones subordinan la actuación de la Administración al orden jurídico, ello significa, en su proyección práctica, que tanto lo discrecional como lo político forman parte del orden jurídico de donde provienen en forma expresa o implícita. Es decir, que aun cuando en esencia trasuntan un ámbito de libertad, no se desarrollan fuera del derecho, tampoco devienen sólo de la norma legal, sino que actúan en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

IV La intensidad del control judicial de lo discrecional y político. El núcleo interno insustituible

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por

cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

De allí que en lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse prima facie demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base sólo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.¹²

De allí que la terminología utilizada por muchos códigos contenciosos y la jurisprudencia imperante no nos debe inducir al equívoco de entender que sólo los elementos reglados son objeto de revisión jurisdiccional. Pienso que esto implicaría anclarnos en el pasado. Lo sujeto a revisión es, en realidad, la juridicidad del acto administrativo. El control debe operar sobre la totalidad de dicho acto, aun cuando al final del proceso se llegue a la conclusión de que el juez debe respetar la valoración discrecional efectuada por la Administración, por no haberse violentado el orden jurídico.

Tampoco se ha de interpretar que lo vedado al juez es la fiscalización de alguno o algunos de los elementos discrecionales. Lo que en todo caso no podrá ser suficientemente controlado es esa pequeña porción, esencia o modalidad del ejercicio discrecional que puede pertenecer sólo o en parte a algún elemento del acto. Así, por ejemplo, si para realizar una obra pública el presidente puede elegir una de las dos opciones que facultativamente prescribe la norma para seleccionar al contratista, la elección que efectúa la autoridad no implica que el elemento del acto, llamado procedimiento o formalidad previa, sea discrecional in totum y, por ende, quede afuera del control judicial: significa que sólo una parte o porción de ese acto es discrecional, porque al realizar

¹² En el mismo sentido Cassagne, Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 102 y siguientes.

la opción, automáticamente se deben respetar los otros aspectos normados del procedimiento o formalidad previa.

Para evitar divergencias interpretativas estimo recomendable hablar de porción, momento o modalidad discrecional, en lugar de elementos discretoriales.

De esta forma el control de legitimidad es abarcativo de los límites jurídicos de la actividad administrativa, denominados directos, indirectos, residuales y elásticos (buena fe, desviación de poder, arbitrariedad, prudencia, confianza legítima).

Mucho cuidado debe tenerse con lo establecido por los tradicionales códigos procesales administrativos de muchas provincias argentinas cuando excluyen expresamente de la revisión jurisdiccional la discrecionalidad administrativa, aun cuando ni siquiera hablen de acto discrecional. El motivo es que la utilización de ciertos términos, como exclusión, no corresponde, no procede, y otros similares, en la primera parte de los códigos cuando se habla de la materia y de los requisitos procesales podría llegar a permitir la interpretación de lo discrecional como causal de inadmisibilidad. En efecto, al esgrimirse terminológicamente la incompetencia del tribunal para revisar una cuestión que no le corresponde por estar excluida la materia propuesta o, simplemente, por no proceder la vía jurisdiccional elegida, ponen en evidencia plausibles razones para considerar en ellos a la discrecionalidad como causal de inadmisibilidad, más que de improcedencia.

Incluso los nuevos códigos procesales que con mejor técnica legislativa disponen que dentro de la materia incluida también se hallan los actos dictados en ejercicio de facultades discretoriales, siempre que la impugnación se funde en razones de ilegitimidad, si bien por un lado implican un gran avance al incluir los límites jurídicos de lo discrecional dentro de la legitimidad, tampoco resultan enteramente diáfanos: bien se podría pensar a partir de ellos, que si la impugnación no se funda en la ilegitimidad normada, sería excluida por inadmisibilidad.

Sostengo, en cambio, que corresponde al tribunal controlar el procedimiento de integración creativa de la discrecionalidad dentro del orden jurídico, mediante la fiscalización no sólo de su límite externo, sino también del proceso de conformación de su núcleo o esencia, aunque sin penetrar en su fuero interno.

Lo vedado al tribunal es la sustitución de un criterio u opción por otro, dentro de los igualmente válidos para el derecho.

Si actualmente lo discrecional forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente tal actividad ha sido correctamente ejercida “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas), sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. 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. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su “ejercicio”.¹³

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso destimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico.

Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Superior de Córdoba¹⁴ donde sobre la base de que la discrecionalidad puede estar en menor o en mayor medida en cualquier elemento del acto administrativo, el juzgador realiza el control del ejercicio de la discrecionalidad al momento de resolver el fondo de la cuestión.

En el caso citado se trataba sobre la pertinencia del adicional por riesgo que impetraba el personal de un Hospital Psiquiátrico. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa. En esta hipótesis no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse solo una solución como consecuencia de la aplicación de una regla o pauta universal, objetiva, y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado. En cambio no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del porcentaje que deberá establecer el Poder Ejecutivo, ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el 50% del

¹³ Sesín, Domingo, *Administración Pública: Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 287.

¹⁴ “Miranda, Margarita c. Provincia de Córdoba”, *Cont. Adm. Sent.* 32/97, jueces: Sesin, Tarditti, Lafranconi – LLC, 1997-946.

suelo. Ha menester reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el derecho. Consecuentemente, se declaró inválido el acto que rechaza el adicional por riesgo y se condenó a la Administración a establecer el porcentaje pertinente ya que no es dable la sustitución cuando nos encontramos dentro de la discrecionalidad.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el juez analiza la pretensión entrando al fondo de la cuestión mediante la aplicación de principios y reglas jurídicas, que es el control que prescribe la Constitución. Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración ultrajando la división de poderes.

También analizando el fondo de la cuestión, en el caso “Guerberoff, Eduardo c. Provincia de Córdoba”, (Sent. 34/97, jueces: Sesin, Tarditti, Lafranconi) el Tribunal Superior trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirma que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí se discuten las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de la falta. El Tribunal Superior manifestó que en el ejercicio de la potestad disciplinaria es dable señalar las siguientes etapas: a) la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) el encuadramiento o calificación jurídica; c) la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta, y d) la elección de la sanción.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración, y la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aun cuando exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos para declarar la antijuridicidad del acto sancionador, la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso sub examine el Tribunal Superior consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva por lo que su irrazonabilidad e

incongruencia son evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no han sido ejercidas por la Administración dentro de la juridicidad.

Estos son algunos de los precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del derecho ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o Códigos, y en los Tratados internacionales que nuestro País ha ratificado.

V El acto político dentro del orden jurídico

La problemática referida al control de los actos políticos aún genera discusiones acerca de su propia expresión terminológica: En Francia se denominan actos de gobierno y en Italia actos políticos. En nuestro País para los constitucionalistas, son las cuestiones políticas no justiciables, mientras los administrativistas lo llaman actos de gobierno, aunque algunos separen estos últimos de los denominados institucionales.

Dentro del amplio horizonte de los actos políticos como prefiero denominarlos genéricamente, encontramos en la doctrina y praxis jurisprudencial a las cuestiones relacionadas con la subsistencia y organización del Estado en su más alto nivel, las relaciones internacionales, la ruptura diplomática con otro País, la elaboración de tratados, la política interior, las relaciones del gobierno federal y provincial, el estado de sitio, la intervención federal, el indulto, la integración de las cámaras legislativas, las relaciones internas del parlamento, entre otros.

Tradicionales concepciones diferenciaban la función administrativa de la política, caracterizando a esta última por la existencia de un móvil político cuya razón de Estado era motivo suficiente para excluir el control judicial. El acto político también está vinculado con la jurisdicción contencioso administrativa desde una perspectiva procesal, porque siempre fue una materia inmune a la revisión judicial.

En el actual Estado de Derecho, esta tipología de actos no puede desarrollarse fuera del derecho, sino que debe provenir del propio orden jurídico, que expresa o implícitamente autoriza esta modalidad de ejercicio del poder.

Si la unidad del ordenamiento jurídico regula la actividad del Estado, es lógico suponer que el acto político queda atrapado implícita o explícitamente en este sistema.

Considero que el acto político es "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales

superiores que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho”.

La apreciación subjetiva que incumbe al órgano político competente también se debe realizar ponderando el interés público, la libertad de elección entre varias opciones igualmente válidas para el derecho y, al mismo tiempo, la sujeción al orden jurídico, presupuestos esenciales que inexorablemente debe observar toda actividad política.

VI El llamado acto institucional que directamente no agravia situaciones jurídicas subjetivas

Para Marienhoff¹⁵ el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son parte en el mismo, careciendo entonces de acción para cuestionarlo.

En la actualidad expresa con buen criterio Cassagne¹⁶ que el acto institucional es producto de la función gubernativa o política y engloba la actividad de los órganos superiores del Estado respecto de aquellas relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones esenciales que organiza la Constitución tanto en el derecho interno como en el internacional. En su concepción estos actos están excluidos de la revisión judicial por carecer de efectos jurídicos directos sobre los particulares, reduciéndose de tal modo lo no controlable, ya que la anterior categoría de actos de gobierno no se diferencia de la revisión judicial que puede tener cualquier acto administrativo.

Es correcto y razonable que no corresponde el control judicial cuando el acto no se vincula inmediata o directamente con los particulares, pero es indiscutible que por más acto político o institucional que sea, cuando el mismo es susceptible de agraviar una situación jurídico-subjetiva tutelada por el ordenamiento constitucional en forma personal y directa, el control judicial es insoslayable. Debe ser ejercido y no pueden existir retaceos en honor a la majestad de la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁵ Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, t. II, p. 755 y sigtes.

¹⁶ Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 69 y sigtes.

No es la naturaleza del acto lo que determina entonces la exclusión de la revisión judicial, sino si es susceptible de agravar derechos subjetivos o intereses tutelados en forma personal o directa.

VII El acto institucional que puede ser sólo controlado en su aplicación concretizada. La mentada devaluación

A veces en una misma problemática se presenta un doble objeto de análisis y resolución por ser una controlable y otra incontrolable: Así por ejemplo, no es cuestionable judicialmente el cambio del valor de la moneda porque entra dentro de la zona de reserva de la Administración el establecimiento de la política monetaria con arreglo a pautas de mérito, oportunidad y conveniencia, repercutiendo en general sobre la totalidad de la población. Empero, nada impide que en un caso concreto, puedan repararse las consecuencias patrimoniales en función del agravio acreditado y la justeza del mismo; y aun pueda declararse su inaplicabilidad o inconstitucionalidad del acto aplicativo sólo para ese agravio o perjuicio individualizado por la parte debidamente legitimada. La declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo no altera la vigencia de la norma, pues el juez debe circunscribirse a declararla inaplicable en el caso concreto.

El Tribunal Supremo Español (Sentencia de 9 de enero de 1982, Ar. 235) señala que el acto de devaluación de la moneda es político aun cuando ello no tiene relevancia sobre el fallo del caso que se concreta exclusivamente en pretensiones indemnizatorias.

Consecuentemente, como por ejemplo sucede con el estado de sitio o la intervención federal (entre otros), es en principio irrevisable la valoración político-discrecional de las razones tenidas en cuenta para su adopción. Empero, distinto es lo que sucede con sus actos de aplicación si lesionan un derecho fundamental o causan un daño patrimonial particularizado, en cuyo caso la revisión judicial es procedente para subsanar el obstáculo concreto o en su caso ordenar la indemnización pertinente.

En concreto, pueden plantearse tres situaciones diversas: a) actos políticos o de gobierno susceptibles de ser controlados judicialmente cuando en un caso concreto afecten situaciones jurídico-subjetivas; b) actos políticos o de gobierno que no pueden ser anulados por trasuntar una medida de alta política relevante para el Gobierno. En caso de producir perjuicios concretos, estos sólo pueden ser indemnizados; c) actos políticos o de gobierno que no

inciden en situaciones individualizadas, sino que repercuten genéricamente sobre la población, en cuyo caso no son controlables judicialmente. A estos un sector de la doctrina los llama institucionales.

VIII Los avances de la jurisprudencia

a) El procedimiento de reforma de la Constitución

Como es sabido, el poder constituyente derivado está sujeto: a las reglas que establece la vigente Constitución para la reforma, a los preceptos y principios de la Constitución Nacional, cuando se trata de una revisión provincial, a lo dispuesto por los tratados internacionales a los que la Nación se ha adherido, y a los derechos fundamentales del hombre, entre otros aspectos. Especial cuidado revisten los derechos adquiridos bajo la vigencia del anterior régimen constitucional.¹⁷

Dice al respecto Rubio Llorente,¹⁸ que “El cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino sólo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera sólo ex nunc y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas la que fueran conforme al sistema anterior”.

El derecho extranjero más encumbrado aconseja regular para el futuro respetando los derechos adquiridos preexistentes, y excepcionalmente, en caso contrario, se analiza su eventual reparabilidad.

Ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el caso “García”¹⁹ citado supra que “Reducir el mandato de los legisladores, más allá

¹⁷ Este criterio amplio de control judicial dentro de los límites de la jurisdicción ha sido sustentado por el Tribunal Superior de Córdoba en los casos: “García, Eduardo José y otra. Acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 17 de agosto de 2001, Jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, La Ley, 2001-F, 919; LLC, 2001-1111; “Sesma, Laura J. y otro. Acción declarativa de inconstitucionalidad”, A.I. 52, 13/9/2001, y “Sesma Laura J. y otro. Acción declarativa de inconstitucionalidad”, A.I. 54, 17/9/2001, LLC, 2002-201; ver interesante comentario de Chiacchiera Castro, Paulina, El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la Provincia de Córdoba. Breve análisis de los casos ‘García’ y ‘Sesma’ del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, LA LEY, 2003-A, 1022; LLC, 2003-639.

¹⁸ Rubio Llorente, Francisco, La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 47.

¹⁹ “García, Eduardo José y otra. Acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 17 de agosto de 2001, Jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, LLC, 2001-1111.

de la decisión final que se adopte, conforme a la postura que en su caso se recepte en función de las características y vicisitudes que predeterminan un momento histórico dado, es susceptible de agravar un interés personal y directo, diferenciado del resto de la sociedad, por lo que ha menester la admisibilidad de la revisión judicial.

Los agravios que sufran quienes efectivamente vean acortados sus mandatos en base a las nuevas disposiciones constitucionales, no se encuentran en el carácter de meros ciudadanos a quienes el orden jurídico no les otorga legitimación alguna”.

Mientras en el caso “Sesma”,²⁰ también citado supra, se sostuvo que “... toda reforma de la Ley Fundamental de la Provincia puede ser declarada inconstitucional, si contraviene normas de superior jerarquía (Constitución Nacional o Leyes Nacionales, art. 31, Constitución Nacional), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura Provincial (art. 196, Constitución Provincial), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la Provincia, de aplicación prevalente.

De lo expuesto se concluye que la Constitución de la Provincia está, como todo el ordenamiento legal, sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial. Una reforma constitucional conforme a la citada orientación conceptual también debe enmarcarse en la juridicidad, debiendo señalarse que aun cuando el control judicial es posible y necesario para salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia del sistema democrático, sin embargo, tal control debe ejercerse con la prudencia necesaria.

En el sub examine, el constituyente dispuso la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores (Cláusula Transitoria Primera) y admitió una eventual reparación si así correspondiere. Al hilo de los principios y frente a esta cuestión, se ofrecen dos posibilidades: la primera conduce a reglar para el futuro con el consiguiente respeto a los actuales mandatos. Una vez finalizados los mismos, recién entra en vigencia el nuevo orden normativo. La segunda, de carácter excepcional, emerge cuando por razones de interés general, oportunidad, mérito o conveniencia debidamente justificados, se modifica el derecho objetivo con el trazo del nuevo diseño organizacional que se ha resuelto y que debe entrar en vigencia en forma inmediata. En este último supuesto resultan

²⁰ Sesma, Laura J. y otro. Acción declarativa de inconstitucionalidad, A.I. 54, 17/9/2001, LLC, 2002-201, Voto de Sesin y Orchansky.

de aplicación los principios relacionados con la revocación de los actos estatales por razones de mérito y aun la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Su fundamento es el principio general con base en la igualdad de las cargas públicas dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, que lo ha reconocido como un trascendente principio de derecho natural. La responsabilidad del Estado es objetiva, pues deriva de un acto legítimo del mismo. Cabe resaltar también que el fundamento de la reducción de los mandatos presenta analogía con la expropiación, donde el interés público prevalece respecto del privado por razones de interés público, dando origen a la obligación de indemnizar el menoscabo patrimonial pertinente. Este es el camino elegido por el constituyente de la reciente Reforma en el marco de la Cláusula Transitoria Primera, que brinda la alternativa de una eventual reparación pecuniaria, si correspondiere...”.

Sin embargo, en este fallo se puntualizaron adecuadamente los límites del control judicial respetando el núcleo discrecional cuya ponderación sólo compete a los órganos políticos pertinentes. Así se sostuvo que “Pertencen a la zona de reserva político-discrecional, que sólo compete al Constituyente, las razones de oportunidad y conveniencia que fundamentan el inmediato acortamiento de los mandatos, por lo tanto el ejercicio de tales potestades queda excluido del control de los jueces, quienes no pueden revisar ni sustituir dicha cuestión, más aun, reiteramos, cuando en el mismo texto normativo está prevista su eventual reparabilidad... La debida justificación de estas razones que atañen a la Sociedad y son de interés público y su racionalidad se encuentra sólidamente acreditada por cuanto la caducidad de los mandatos no responde a un propósito o finalidad arbitrarios de remover a quienes ejercen el cargo en la actualidad, sino que obedece a una reestructuración organizacional que consiste, en esencia, en una disminución del número de integrantes del Poder Legislativo, basada en criterios de austeridad y economía en el gasto público y en procura de una mayor eficiencia funcional”.

b) El Procedimiento de formación y sanción de las leyes

La evolución jurisprudencial en favor del control judicial también se ha perfilado en el proceso de formación y sanción de las leyes, tradicionalmente considerado por la Corte Suprema Argentina como una cuestión política no justiciable (2), a los fines de preservar la división de poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional

que le concierne en el ámbito de su actividad específica. Sin embargo el más Alto Tribunal del país cambia de criterio en el caso "Nobleza Piccardo", sólo para el caso excepcional que se demuestre la falta de requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de aquellas²¹ sustentando "... que no hubo acuerdo entre la Cámara de Diputados y el Senado acerca del momento que fenecería el restablecimiento de la vigencia de las normas a que se refiere el art. 37 de la ley 23.763, es indudable entonces que ha mediado una manifiesta inobservancia de los aludidos requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley, ya que al no haber sido aprobado el proyecto por ambas Cámaras, no pudo haber pasado al Poder Ejecutivo". En el caso referido la actora acreditaba la legitimación pertinente, ya que reclamaba la repetición de sumas abonadas por las ventas de cigarrillos ingresadas al denominado Fondo transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales.

No obstante, es deber de los jueces valorar las consecuencias que puede provocar la declaración de inconstitucionalidad por razones de forma como lo advierte Bianchi,²² ya que la decisión tiene efectos expansivos susceptibles de ir más allá del caso concreto. En tales supuestos ha menester que los jueces actúen con máxima prudencia priorizando el principio de conservación de la ley, salvo que en forma manifiesta y ostensible no se cumplieren los requisitos mínimos y esenciales para su creación, como lo dijo la Corte, y originariamente la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en el caso comentado). Aun en este último supuesto, los jueces deben ponderar, en función de las circunstancias de cada caso, si existe la posibilidad de evitar los efectos de inconstitucionalidad general o total de la norma, a fin de eliminar sólo su parte nula.

c) Las situaciones de emergencia

Es sumamente discutido en el marco del derecho público el real alcance de la revisión judicial de la emergencia, vinculándosela con las cuestiones políticas, de gobierno o institucionales, excluyéndose generalmente el control judicial en sus aspectos primordiales.

²¹ CS, Caso "Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.c. Estado Nacional. D.G.I.", 15/12/98; comentado por Bianchi Alberto, Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes, ED, 182-1107.

²² Bianchi, Alberto, Una cuestión política que ha dejado de serlo..., ob. cit. ED, 182-1107; del mismo autor, Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1992, p. 331 y sigtes.

En mi criterio, la situación de emergencia puede comprender, entre otros, los siguientes aspectos: a) verificación material de la existencia de la emergencia; b) valoración o apreciación de tales hechos en función de la determinación de los comportamientos a seguir; c) fundamento jurídico de la emergencia, competencia, forma y fin; d) razonabilidad; e) temporalidad.

a) Parece claro que si verificar implica comprobar, acreditar, demostrar que los hechos invocados conciben con la realidad, esto de por sí trasunta un juicio intelectual que excluye toda valoración discrecional. Importa la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación. De allí se deduce que el control judicial del presupuesto fáctico es hoy una realidad indiscutible, desde la incipiente jurisprudencia del consejo de Estado Francés sobre la “exactitud material de los hechos”, o su “constatación” como lo denomina la doctrina italiana.

El Consejo de Estado francés ha señalado reiteradamente que si bien este organismo “no puede apreciar la oportunidad de las medidas sujetas a control mediante el recurso de exceso de poder, le corresponde verificar la materialidad de los hechos que han motivado estas medidas”.²³

En definitiva es perfectamente controlable por el juez la real existencia de la situación de emergencia.

b) Distinta es la situación relacionada con la apreciación de los hechos mezclada generalmente con la elección de la conducta a seguir, ya que tal aspecto entra dentro de la oportunidad, mérito o conveniencia donde la valoración político discrecional es indudable. Tal aspecto no es objeto de control para la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés.²⁴

Se trata de una ponderación a realizar dentro de un marco de posibilidades. Consecuentemente, en el ámbito de la emergencia no son objeto de revisión judicial las conductas operativas establecidas por el legislador para regular la emergencia, siempre claro está que se respete el límite externo de la juridicidad (incluso que no aparezcan desmedidos en función con la gravedad de la situación y la finalidad que se pretende).

El control del juez termina al comprobar que se ha elegido una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho, no pudiendo revisar ni sustituir el núcleo político discrecional interno, esto es, el porqué de un remedio

²³ Caso “Gerard”, Rev. Derecho Público, p. 453.

²⁴ Bonnard, R., *Le pouvoir discrétionnaire de autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, Revue du Droit Public, p. 271.

en lugar del otro. Tales aspectos entran dentro del ámbito de reserva del “legislador” o del “administrador” en su caso.

Los demás aspectos puntualizados en c), d) y e) son plenamente controlables judicialmente, porque entran dentro del bloque vinculado o reglado expresa o implícitamente por la juridicidad.

El uso de la discrecionalidad en el marco de la juridicidad implica en su operatividad una serie de momentos de libre valoración y elección, entremezclados por elementos fuertemente reglados por el ordenamiento. El análisis de la orientación político-administrativa, la apreciación de las circunstancias, la individualización de los variados intereses en juego y su comparación valorativa en función con el interés público específico, la determinación del momento decisivo de lo discrecional que se traduce en la elección de la alternativa que el órgano competente considera más conveniente, constituyen diferentes etapas por las cuales atraviesa la modalidad político-discrecional. Para que ellas impliquen un actuar conforme a derecho, el íter procedimental referido debe ser lógico, coherente, imparcial y trasuntar valoraciones razonables, sobre la base de una correcta verificación de los presupuestos fácticos acaecidos.

El control judicial de este proceso decisorio debe profundizar con energía los elementos de algún modo vinculados por la juridicidad, y respetar con prudencia la libre determinación administrativa (ponderación comparativa de intereses, libre elección y estimación).

El juez no sólo controla los límites externos relacionados con las reglas formales (competencia, forma, procedimiento, etc.), sino que también fiscaliza algunas fases del decisorio interno, como la logicidad, razonabilidad, coherencia, concordancia, paridad de tratamiento, buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica. Es decir que la labor del juez abarca dos perspectivas diferentes, en relación con la formación de la decisión y algunos aspectos sustantivos.

Se pretende, en definitiva, que los actos sobre los cuales recae el control muestren congruencia entre lo que en verdad se ha resuelto y la realidad, proporcionalidad de los medios empleados, y que sea medianamente razonable y equitativo.

Esto no implica que el juez pueda revisar la oportunidad, el mérito o la conveniencia, pero sí los límites de la juridicidad y la armonía interna de lo resuelto.

También resulta controlable por la Justicia la temporalidad de la emergencia como su subsistencia al momento de emitir la decisión judicial. Cuando

con el transcurso del tiempo, la emergencia cesa parcialmente, nada impide a los jueces que al momento de la condena tengan en cuenta esta circunstancia para aminorar los efectos en favor del justiciable.

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,²⁵ el juez puede controlar la justificación de la decisión valorativa, no la valoración misma.

Para Bacigalupo,²⁶ después de hacer referencia a lo manifestado por Tornos Más: “el derecho es al propio tiempo el presupuesto y el límite de la competencia judicial de la decisión”, esgrime que “los jueces contencioso administrativos no están legitimados — cuando en normas legales o reglamentarias no hallan parámetros de control 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 didácticamente Barra²⁷ que en la “actividad discrecional el juez también deberá revisar — ya veremos con qué profundidad según los casos — 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

²⁵ Igartúa Salaverría, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, ps. 115 y sigtes.

²⁶ Bacigalupo M., *La discrecionalidad administrativa*, p. 42, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

²⁷ Barra R., *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, ED, 17/03/92.

dentro de la juridicidad. De allí que el control debe ser amplio. Aún en los casos de acciones de amparo el control sigue siendo de juridicidad.²⁸

IX El control de “sostenibilidad”, “aceptabilidad”, “razonabilidad”

En los últimos tiempos el debate doctrinario y jurisprudencial alemán,²⁹ asigna importancia a conceptos como “sostenibilidad”, “aceptabilidad”, que significan “plausibilidad” o, entre nosotros, “razonabilidad” de la decisión administrativa, según el parámetro de quien ha asumido la decisión. Esta metodología importa superar el modelo tradicional sobre la base de la revisión judicial de los particularizados vicios formales y sustanciales detectados. La nueva metodología propuesta comporta una visión global de la decisión administrativa, entendida como cláusula general, efectuando con control genérico sobre todo el íter procedimental desarrollado por la Administración en la actividad controlada. Es lo que en Estados Unidos se denomina “deferencia administrativa”.

En mi criterio es dable ejercitar tanto el control tradicional en base a los vicios del acto administrativo como el genérico aludido precedentemente, aun cuando se han ejercido facultades discrecionales. Ello, por cuanto la Administración ya no sólo se subordina a los precisos límites de la ley, sino a un orden jurídico más amplio, como se explicitó en los puntos precedentes.

X La revisión judicial de las reglas técnicas y pautas de universal consenso

Estoy en desacuerdo con algunas posturas vertidas precedentemente que restringen el control judicial respecto de ciertas cuestiones técnicas. La remisión normativa a valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial. En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de

²⁸ ArrabaldeCanals, O., La acción de amparo frente al que hacer discrecional de la Administración, R.A.P. Ed. Ciencias de la Administración, Nº 245, Febrero de 1999, p. 21; Gusman Alfredo, Fronteras del poder discrecional, LLC, 2002-27.

²⁹ Martini Serenella, Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca, LUISS, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, La discrezionalità amministrativa: profili comparati, Ed. Giuffrè, Milán, 1997, ps. 26, 27.

conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de éste.

Aun cuando el reenvío no surja tácitamente del ordenamiento, las pautas o reglas referidas pueden tener igualmente relevancia jurídica por el conocimiento acabado de los hechos y la apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica racional.

En consecuencia el control de juridicidad es perfectible, pues el juez al entrar al fondo de la cuestión verifica si en el sub examine se ha respetado el contenido de la regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia, o el comportamiento social, al momento en que se concrete el acto administrativo respectivo.

La entonces Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial especial de la Capital argentina, con buen criterio, ha proclamado el control de los hechos aún relacionados con cuestiones técnicas, con motivo del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un riesgo para los usuarios frente al reducido espacio que les quedaba cuando esperaban el arribo de los trenes. El Tribunal consideró que la "discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocados para emitir el acto) caiga o pueda caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir de aquello que constituye su causa o motivo. El acto administrativo que se dicta en base a un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo a los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto a dicho acto rigen las reglas generales sobre control de la discrecionalidad".³⁰

XI La intensidad del control judicial frente a la opinabilidad intrínseca de cuestiones técnicas complejas

Cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas complejas, de difícil comprensión o de imposible reproducción probatoria (por su

³⁰ Cámara en lo Civil y Comercial especial de Capital de fecha 21 de junio de 1983, "Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c. Fusetti de Turro", ED, Buenos Aires, 105-575; Tawil, Guido, Administración y Justicia, t. II, p. 400; Gusman, Alfredo, Fronteras del poder discrecional, LLC, 2002-27.

característica intrínseca), de certeza técnica o científica relativa, la decisión administrativa debe ser controlada por el juez. Al menos debe verificar con el fondo de la cuestión si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, "tolerable", cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. No se trata de un mero control de legalidad formal externa, el juez debe examinar detenidamente la verificación material de los hechos, y aun la apreciación de los mismos mediante la aplicación de pautas técnicas razonables, además de la calificación jurídica respectiva (aun cuando puedan existir mínimos porcentajes de discrecionalidad que debe respetar).

En definitiva, lo técnico — en el sentido expresado — forma parte del orden jurídico y, por tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva.

No obstante, cuando es la propia realidad del objeto o situación la que admite márgenes de opinabilidad, cuando la objetividad del procedimiento de subsunción se agota, declina la labor interpretativa y se acrecienta la discrecionalidad.

La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación, no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la Administración a quien el orden jurídico le autoriza a operativizar primero el concepto, en estos excepcionales supuestos le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica a fin resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público. La discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita, sino, excepcionalmente, de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite tácitamente a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables.

Es que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados en el ordenamiento, sin poder distinguir lo reglado de lo discrecional, la observación de la propia realidad del acontecer administrativo se convierte en el factor decisivo para clarificar la identidad de los conceptos y estar en condiciones de predecir los efectos ulteriores.

En estos casos debemos aceptar aunque en su mínima expresión la posible existencia de facultades discrecionales para integrar creativamente el concepto. Debe recordarse que los órganos administrativos no sólo son creados

para aplicar el derecho sino también para ejercer la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

Muchas veces la discrecionalidad se ejercita después de tener presente determinadas pautas técnicas, en cuyo caso participa de todos los caracteres de la discrecionalidad, empero otras veces se relaciona intrínsecamente con la relatividad de la ciencia o de técnica, juicios de probabilidad no de certeza, denominada por la doctrina tradicional como discrecionalidad técnica.

La opinabilidad no excluye de por sí el control judicial, porque el juez debe verificar si ha sido correctamente ejercida la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Consecuentemente, el control debe recaer sobre todo el comportamiento administrativo objetivable (cognitivo), y cuando en algunos aspectos percibe pequeños márgenes de opinabilidad, en los que es tan aceptable una solución como otra, debe respetar el espacio de libertad relleno por la Administración. No cabe aquí sostener que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva, pues da lo mismo una solución que otra desde el punto de vista jurídico. Asimismo, si el Tribunal examina el fondo de la cuestión en sentido integral, llegando a la conclusión de que la discrecionalidad ha sido ejercida dentro del orden jurídico, el derecho al debido proceso ha quedado salvaguardado.

En este sentido el Tribunal Constitucional Español ha señalado, con relación a la actividad de los tribunales de concursos y oposiciones, que "...aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho (art. 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1)". Es que el control del Tribunal asume "determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación

administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”.³¹

Pragmáticamente ha expresado el Tribunal Constitucional Español que “..Partiendo de la inteligencia de las bases que se ha realizado, es obvio que la concreta puntuación que haya de otorgarse a los distintos opositores es algo, en principio, de la competencia de la comisión calificadora. Debe recordarse que frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese razonable y prudente arbitrio, nunca excesivo, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en un patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 48/1998; 353/1993; 34/1995). En este sentido la STC 353/1993 hace referencia al error grave o manifiesto, fundado en la malicia de la comisión evaluadora o en el desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia apreciable en su actuación arbitraria o desviación de poder”.

De todo ello se advierte que si el juicio técnico fuera erróneo o ni siquiera trasunte una verdad relativa, la pauta científica inaplicable o arbitraria, contradictoria, ilógica, o el procedimiento desviado, los poderes del juez acrecen en su normal dimensión. Los medios de prueba, aun periciales pueden adoptarse como en cualquier proceso.

De tal modo, el juez controla la juridicidad en un sentido amplio, empero, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la Administración.

XII Imposibilidad de sustitución por el juez. Controla. No administra. El límite concreto

Parejo Alfonso³² afirma que la competencia del juez se agota “en el control jurídico de la actividad administrativa, sin poder cubrir, por tanto,

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 353 del 29 de noviembre de 1993, Sala Segunda, Ponente: D. Carles Viver Pisunyer.

³² Parejo Alfonso, Luciano, *Administrary juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, p. 124 y sigtes., Ed. Tecnos, Madrid, 1993; en similar sentido Gusman, Alfredo, *Fronteras del poder discrecional*, LLC, 2002-27.

operación alguna de sustitución de actuaciones del poder público administrativo carentes de previa programación suficiente al efecto por el ordenamiento jurídico”.

Ha menester recordar que en base a la división de poderes, 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 (“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.

Si bien la jurisprudencia argentina reconoce que la graduación de la sanción, en el marco de la normatividad vigente, comporta una facultad discrecional de la Administración, excepcionalmente, los jueces han sustituido una sanción por otra de las legalmente permitidas, especialmente en las cuestiones contravencionales. El brillante voto del Juez Coviello en la causa “London Supply S.A.” advierte que si la ley establece la atenuación como una posibilidad discrecional, encuadrada en el ejercicio de cometidos contravencionales, su posterior control judicial solo estará ceñido a la legalidad o razonabilidad del acto, más no a la sustitución de una atribución deferida por el ordenamiento solo a la Administración.³³

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 sólo 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 sólo 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 ajusta a pautas objetivas aceptables, aun cuando fueren opinables.

De allí que el proceso lógico seguido por la Administración y el juez no sea el mismo, ya que aun cuando a este último no le agrade el criterio adoptado

³³ Coviello, Pedro, voto en la causa “London Supply S.A.” como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo, LA LEY, 2001-D, 419, en el mismo sentido Gusman, Alfredo, Fronteras del poder discrecional, LLC, 2002-27.

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.

Excepcionalmente, cuando en un caso concreto se comprobara, sin lugar a dudas, que sólo existe una solución viable para el derecho, en los supuestos que la doctrina alemana denomina de reducción de la discrecionalidad "auf null", sería posible como afirma Sánchez Morón, por razones de economía procesal, que el juez declare en la sentencia el derecho del interesado a una solución determinada y condene a ésta a emitir el acto respectivo.³⁴

Esta particular situación puede excepcionalmente configurarse cuando se afectan derechos constitucionales o cuando la Administración se abstiene de actuar ante obligaciones legales de imprescindible cumplimiento para restablecer las situaciones jurídicas conculcadas.³⁵

Con énfasis ha expresado el Tribunal Supremo Español³⁶ que "Hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas (o legalmente indiferentes), en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial ...esta jurisdicción no constituye un escalón jerárquicamente superior a la Administración que le permita a través de sus resoluciones imponer a los órganos de la misma una determinada línea de actuación en la gestión de los intereses públicos que tiene confiada, ni en la propia organización de los medios materiales destinados a la misma, sino que la misión de los Tribunales queda circunscripta a corregir las extraviadas actuaciones administrativas cuando éstas infrinjan el ordenamiento jurídico ...lo que no puede hacer la Jurisdicción es erigirse en legislador e invadir el ámbito normativo de la Administración".

Como bien dice Comadira³⁷ recordando a Igartúa Salvatierra "No compete, por ello, al juez, reconstruir el proceso valorativo realizado por el administrador; sólo le asiste, en nuestra opinión, la posibilidad de determinar si la

³⁴ Sánchez Morón M., *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, ob. cit. ps. 161 y sigtes.; con relación a medidas cautelares positivas y discrecionalidad ver González Varas Ibáñez, S., *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso administrativa*, p. 100 y sigtes., Madrid, 1994; Bacigalupo Saggese, *El sistema de tutela cautelar en el cont. adm. alemán tras la reforma de 1991*, RAP Española, Nº 128, 1992, p. 414 y siguientes.

³⁵ García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, ob. cit. p. 250.

³⁶ Citado por López Menudo, *El control judicial de la Administración en la Constitución Española*, en *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, p. 38, Madrid, Civitas, 1996.

³⁷ Comadira, J., *La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial*, ob. cit. p. 7.

decisión adoptada por éste está debidamente justificada. Y el alcance del auxilio pericial del juez, en estos casos, no podrá ir tampoco más allá del análisis de esa justificación, sin incursionar en la valoración volitiva derivada de otras alternativas”.

La jurisprudencia española en numerosas oportunidades (a partir de la STC 13/1981 del 22 de abril) ha ratificado los límites de la tutela judicial efectiva en el derecho a obtener del juez una respuesta razonada y fundada en derecho a las pretensiones deducidas en el proceso. Es decir que no puede basarse en otros criterios o argumentos. De allí que el control del ejercicio de la discrecionalidad sólo puede ser objeto de contraste con una norma jurídica, no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles.³⁸ Si ello ocurriera, el juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación de las circunstancias. El juez que controla a la Administración sólo puede actuar a la manera de un administrador negativo: no puede decidir lo que la Administración debería hacer, sino sólo lo que la Administración no puede hacer.³⁹

En cuanto a la potestad de sustitución relacionada con la potestad discrecional, la jurisprudencia (S.T.S. español de 2 de abril de 1991) es prudente al señalar que: “a) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración, actuando su potestad discrecional, podrá decidir al respecto. Los Tribunales no pueden sustituirla. b) Los Tribunales habrán de tomar una decisión positiva si la solución se impone por razones de coherencia, esto es, si inequívocamente el asunto conduce a una solución determinada, cuando en los autos existe ya base para ello”. En el mismo sentido se ha sustentado (S.T.S. español de 3 dic. 1993) que “la sustitución no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales ...sin perjuicio de excepciones ...para aquellos casos en los que la coherencia de la decisión administrativa pueda imponer ya, en virtud de los propios criterios adoptados discrecionalmente, una única solución que implica la desaparición de la discrecionalidad”.

Beltrán de Felipe (Discrecionalidad administrativa, ob. cit. p. 139) se pregunta si los tribunales pueden sustituir las decisiones discrecionales de la Administración; y contesta que “la arbitrariedad no es sino un criterio negativo

³⁸ Sánchez Morón M., Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, en Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 148.

³⁹ Parejo Alfonso, Administrar..., ob. cit. p. 58; Sánchez Morón, Siete tesis..., ob. cit. p. 148 y sigtes.; Cane P., An Introduction to Administrative Law, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 81.

de control que solamente se convierte en positivo, permitiendo la sustitución, cuando la densidad o programación normativa de la decisión sea tal que no quepa más que una solución”.

En el derecho norteamericano no es posible la sustitución judicial de una decisión discrecional no obstante ser anulada por el juez, pues se considera que carece de legitimidad para ello por su falta de representatividad, de responsabilidad política y de conocimientos técnicos.⁴⁰ Lo mismo sucede en el derecho francés, porque aun el control a través del error manifiesto de apreciación está dentro del control de legitimidad. Se mantiene inalterado el principio de que no puede haber control judicial si no existe una norma previa que predetermina la conducta administrativa debida.

Generalmente, la Administración responsable en ejecutar la sentencia anulatoria de la decisión administrativa, que por ejemplo anula la adjudicación a quien no presentó la oferta más conveniente, sin necesidad de que el juez ordene la adjudicación al que le sigue en el orden de selección, dicta el acto respectivo cumpliendo con la sentencia, al retirar el acto anulado e inmediatamente disponer la contratación con la oferta que se encontraba en el segundo lugar. En este hipotético caso basta la sentencia anulatoria sin necesidad de que el juez al mismo tiempo sustituya a la Administración. Simplemente le brindó el marco jurídico apropiado para que ella sea quien dicte el acto pertinente cumpliendo con la sentencia.

No obstante, especial cuidado deben tener los Tribunales cuando se emiten pronunciamientos condenatorios destinados a vencer la inactividad administrativa, ya que en principio no es dable sustituir a la Administración en aspectos de su accionar no reglados expresamente. Incluso, en la discrecionalidad en el cuándo o la vinculada con las genéricas habilitaciones de creación de servicios o realización de actividades, pues no pueden ser convertidos en mandatos concretos, ya que podría afectarse la zona de reserva de la Administración.

En definitiva, en principio el juez no puede integrar el contenido discrecional de la actividad administrativa anulada, con la sola excepción que con motivo de la anulación sólo sea posible una solución justa y en las actuaciones judiciales exista base para ello (aquí no hay discrecionalidad).

⁴⁰ Schwartz, B., *Administrative Law*, 2ª ed. Boston/Toronto, 1986, p. 614.

Cuando la Administración tiene la posibilidad de seleccionar entre dos o más alternativas igualmente válidas para el derecho, la sustitución no es posible.

La jurisprudencia de Córdoba muestra un claro ejemplo de imposibilidad de sustitución no obstante el control del ejercicio de la discrecionalidad y la nulidad de las actuaciones administrativas. Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Superior de Córdoba en el caso comentado supra (“Miranda, Margarita c. Provincia de Córdoba, cont. adm.”, Sent. 32/97, jueces: Sesin, Tarditti, Lafranconi) donde el Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas técnicas ciertas, objetivas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa. En cambio no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del porcentaje que deberá establecer el Poder Ejecutivo, ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el cincuenta por ciento del sueldo. Se reconoció en este último aspecto un margen de discrecionalidad al existir varias soluciones igualmente válidas para el derecho. En este caso, además de anularse el acto que rechaza el adicional por riesgo impetrado, se condenó a la Administración a emitir un nuevo acto acordando el adicional, pero reconociéndole la potestad discrecional para determinar en un plazo dado el porcentaje del adicional por riesgo a abonar a los trabajadores. Lo que no hizo el juez es sustituir directamente a la Administración y establecer por sí el adicional, porque ello implica vulnerar la división de poderes y la zona de reserva de la administración.

Este es en mi criterio el justo límite e intensidad del control judicial.

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Democracia, jueces y control de la Administración”, p. 34, 4ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998.

(2) CS, Caso “Compañía Azucarera S.A. c. Provincia de Tucumán”, Fallos 149-271; Caso “Petrus S.A. c. Nación Argentina”, Fallos, 210:855 (La Ley, 51-27); Caso “Soria Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta S.A.”, Fallos, 256:556 (La Ley, 112-226).

**The Judge Only Controls – Does Not Replace or Administrate –
Boundaries of the Law and Politics**

Abstract: The article promotes a study of judicial control of the activity of public administration, trying to show the limits of the powers of the judge in situations where he is asked to review an administrative act with discretionary or political nature. It treats to show that the judge's role is limited to controlling the public administration, without replacing it.

Key words: Judicial control. Public administration. Discretionarity. Political acts.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SESÍN, Domingo Juan. El juez sólo controla: No sustituye ni administra: Confines del derecho y la política. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 51-84, jan./mar. 2012.

Recebido em: 02.04.11

Aprovado em: 15.03.12