



DERECHO

Facundo Alberto Sala

**EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL
ACTO ADMINISTRATIVO – PROVINCIA DE FORMOSA-
PROPUESTAS DE OPTIMIZACIÓN**

Director: Mag. Daniel Gastón Campuzano

**Tesis de dogmática jurídica
para optar por el Título de
Magister en Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad Austral
Buenos Aires**

2018

INDICE

1- Introducción	1
2- Nociones conceptuales de la discrecionalidad administrativa	4
2.1-Concepto de discrecionalidad administrativa.....	6
2.2- Discrecionalidad administrativa en el ordenamiento nacional.....	9
3- La diferencia y relación entre la discrecionalidad administrativa con otros conceptos o institutos afines	11
3.1- Los conceptos jurídicos indeterminados	11
3.2- La discrecionalidad técnica	14
3.3- Discrecionalidad y Arbitrariedad. La influencia de los principios de razonabilidad y de juridicidad	16
3.4- Discrecionalidad y tutela judicial efectiva	21
4- Control Judicial de la discrecionalidad en el ordenamiento jurídico nacional – evolución jurisprudencial	25
5- Esquema de los métodos de control judicial	33
5.1- Elementos reglados	33
5.2- Los principios generales del derecho y los principios del derecho administrativo .	37
6- Control Judicial de la discrecionalidad en la Provincia de Formosa	44
6.1- Marco normativo del ordenamiento provincial	44
6.2- Análisis de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Formosa	48
7- Conclusión – Propuestas	61
Bibliografía	64

1- Introducción

Abordar el tema de estudio de la presente tesis, surgió de la observación al fuero contencioso administrativo de la Provincia de Formosa, donde prima facie se apreció un acotado tratamiento específico del “control judicial de la discrecionalidad administrativa” en el territorio, por lo que se pretende ahondar en ello desde una perspectiva integradora con el ordenamiento jurídico nacional.

Esto se debe a que el carácter dinámico de la ciencia del derecho conlleva una constante evolución e interpretación de los conceptos jurídicos, tanto en su aplicación como en su consecuente control. Es por ello que la preocupación que motivó este trabajo gira en torno al ejercicio de la discrecionalidad en el acto administrativo y a sus métodos de control judicial, ya que en el transcurso del tiempo han sido varias las interpretaciones nacionales como extranjeras sobre el significado de la denominada “discrecionalidad administrativa” y diversas las posturas sobre la manera de efectuársele un “control jurisdiccional”.

Ambos conceptos resultan inescindibles para el desarrollo de este trabajo por que configuran su objeto de análisis. Por lo tanto, será necesario realizar precisiones técnico-jurídicas de cada uno.

Entonces, debido a que nuestro tema de estudio es el control judicial de los actos administrativos emitidos en ejercicio de la potestad discrecional en la Provincia de Formosa, hemos decidido realizar un análisis jurídico del tema considerando las fuentes del derecho español, la doctrina y jurisprudencia nacional, y luego circunscribirnos especialmente al régimen provincial.

Problema Científico

Nuestra problemática gira en torno a los métodos de control judicial utilizados en el fuero contencioso de la Provincia, ya que si bien no existe doctrina local al respecto, la jurisprudencia ha resuelto cuestiones relativas a la discrecionalidad en base a fuentes predominantemente nacionales.

Por ello, se plantean los siguientes objetivos:

- Explicar el concepto de discrecionalidad administrativa considerando la doctrina nacional y extranjera (derecho español).
- Relacionar o diferenciar la discrecionalidad administrativa con otros institutos a fin de delimitar su contenido en el acto administrativo.

- Analizar la jurisprudencia nacional relativa a la aplicación de métodos de control a la discrecionalidad en el acto administrativo.
- Explicitar los métodos de control judicial existentes para revisar la discrecionalidad en el acto administrativo.
- Describir y explicar el ordenamiento normativo contencioso administrativo de la Provincia de Formosa, atinente al control judicial de la discrecionalidad en el acto administrativo.
- Analizar la aplicación jurisprudencial de los métodos de control judicial por parte del Superior Tribunal de Justicia local.
- Proponer un esquema de análisis de casos en los que se deba examinar judicialmente la discrecionalidad en el acto administrativo.

Importancia del Tema

En primer lugar, el tema ocupa significativa importancia ya que en líneas generales la administración al hacer uso de su potestad discrecional, se desenvuelve en un ámbito de mayor “libertad”, para lo cual el control judicial de la misma adquiere suma relevancia a los fines de garantizar los derechos o intereses de los particulares.

En segundo lugar, como se verá, el material doctrinario y jurisprudencial nacional sobre el control judicial de las potestades discrecionales ha ido evolucionado y posee diferentes aristas como también posturas uniformes, todo lo cual conlleva a la necesaria observación de sus diferentes matices para contrastarlos con el ordenamiento local.

En tercer lugar, se observará que, si bien la normativa local contempla métodos de control, la falta de doctrina requiere una mayor explicitación por la jurisprudencia local en el análisis de casos.

Por ello, es trascendente analizar la aplicación de los métodos de control en el ordenamiento provincial como aporte para la seguridad jurídica, la cual es entendida como: “una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, y que representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley. De este modo los individuos saben a cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. De tal forma, la seguridad jurídica también determina y limita las facultades y los derechos de los poderes público”¹.

¹ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, 2005, p.873.

Hipótesis

“El fuero contencioso administrativo de la Provincia de Formosa realiza un control diverso de la discrecionalidad en el acto administrativo”.

Metodología de Estudio

Para iniciar el trabajo se abordará la conceptualización de la discrecionalidad administrativa, en cuanto a su tratamiento en el derecho comparado español y en el ordenamiento nacional. Seguidamente se realizarán distinciones y relaciones con institutos con fines.

Luego, nos referiremos al control judicial de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española; y se analizará la doctrina y jurisprudencia nacional respectiva.

Seguidamente, se analizarán los métodos utilizados por el fuero contencioso local para controlar la discrecionalidad en el acto administrativo.

A tales fines, se utilizarán los siguientes métodos de investigación científica:

- Exploratorio;
- Descriptivo;
- Explicativo;
- Inductivo-deductivo;
- De derecho comparado;
- Empírico- analítico; y
- La lógica jurídica.

Finalmente se expondrán las conclusiones del trabajo y las propuestas de optimización.

2- Nociones conceptuales de la discrecionalidad administrativa

En términos generales, la Real Academia Española (RAE) se refiere a la discrecionalidad² como una cualidad del concepto discrecional³, el cual presenta tres acepciones:

1- Que se hace libre y prudencialmente.

2- Dicho de una potestad gubernativa: Que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas.

3- Dicho de un servicio de transporte: Que no está sujeto a ningún compromiso de regularidad.

Etimológicamente la palabra discrecional procede de *discreción*⁴ del latín *discretio-ōnis* (acción de discernir), y que según la RAE⁵ puede entenderse como:

1- Sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar.

2- Don de expresarse con agudeza, ingenio y oportunidad.

3- Reserva, prudencia, circunspección.

De ello se desprende que este concepto es la acción inescindible de la discrecionalidad.

La Enciclopedia Jurídica⁶ refiere al término discrecional en dos acepciones:

1- Que se hace libre y prudencialmente.

2- Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas.

De todas las acepciones del concepto, partiremos de la que refiere a una potestad gubernativa, debido a que aludiremos a la actividad desplegada por uno de los poderes del Estado. Tanto la RAE como la Enciclopedia Jurídica utilizan la acepción de potestad gubernativa (es decir poder del gobierno o estado) que dentro de su competencia no está reglada.

Lifante Vidal afirma que: “En el ámbito jurídico tiene sentido hablar de discrecionalidad cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a las normas y que, a su vez, generan efectos normativos en el sistema de referencia; es decir, cuando

² <http://dle.rae.es/?id=Dt0qyMQ>. (acceso el 02-03-2017).

³ <http://dle.rae.es/?id=DsxCEW8>. (acceso el 02-03-2017).

⁴ <http://etimologias.dechile.net/?discrecio.n>. (acceso el 02-03-2017).

⁵ <http://dle.rae.es/?id=DswbX9t>. (acceso el 02-03-2017).

⁶ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/discrecional/discrecional.htm>. (acceso el 02-03-2017).

alguien tiene un poder conferido por el sistema normativo de referencia para tomar decisiones “dotadas de autoridad normativa”⁷.

Todo esto en un Estado de Derecho implica que la discrecionalidad es una potestad conferida por el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, es posible afirmar la existencia de una discrecionalidad jurídica que puede ser ejercida por los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) en tanto medie atribución normativa.

Sin perjuicio de ello, en el presente trabajo se hará hincapié en la denominada discrecionalidad administrativa (ejercida por el Poder Ejecutivo en sentido orgánico-subjetivo).

Hechas las aclaraciones precedentes, comenzaremos a tratar la misma.

En cuanto al proceso de formación del concepto que estudiamos, Cassagne sostiene que:

“Como categoría histórica, el fenómeno de lo discrecional, en el campo del derecho público, demuestra que el concepto ha ido variando a través del tiempo. Desde su sentido originario, concebido como actividad libre e inmune al control de los jueces hasta los intentos posteriores por reducir la discrecionalidad. En líneas generales el proceso de formación de esta categoría histórica ha tenido que adecuarse, primero, a los postulados del Estado de Derecho y, más tarde, a los nuevos marcos constitucionales que surgieron en Europa al concluir la Segunda Guerra Mundial, en un proceso caracterizado por el auge de los principios generales del derecho. En Argentina, también se ha producido una evolución significativa en cuanto a los criterios que rigen la discrecionalidad y el control judicial. Ante todo, no se puede desconocer que la idea de lo discrecional fue originariamente desarrollada en el contencioso-administrativo francés y tampoco que su nacimiento se produjo en el ámbito de la concepción francesa de la separación de poderes, que interpretó rígidamente el esquema divisorio en un doble sentido. Mientras se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración, por la otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa”⁸.

De ello se observa que, el instituto que se trata en el presente, es el resultado de una evolución histórica y jurídica que intento equilibrar la actividad de la administración y las garantías de los particulares.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, la concretización de las decisiones discrecionales son el resultado del ejercicio de una potestad otorgada por el ordenamiento jurídico al órgano administrativo⁹. En este contexto, el principio de legalidad posee un rol

⁷ Conf. LIFANTE VIDAL, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 25 (2002), p.432, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-conceptos-de-discrecionalidad-jurdica-0/> (acceso el 09-09-2017).

⁸ Conf. CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, Montevideo- Buenos Aires: IB de F, 2016. p. 242.

⁹ Conf. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo - 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, p. 221.

basilar, estableciendo las potestades que son adjudicadas a los órganos administrativos. Es así, que el ejercicio de estas mencionadas potestades culminará en las diversas formas o modos de actuación de la autoridad administrativa v. gr. acto, reglamento, contrato, hechos y las llamadas “actuaciones no formalizadas” por ejemplo: las consultas.

Dado que el presente trabajo se limita a analizar el acto administrativo como forma de llevar a cabo la actividad administrativa, se debe destacar que en esta materia es posible distinguir dos tipos de potestades mediante las cuales se emiten los mencionados actos:

- 1- Regladas;
- 2- Discrecionales.

Las primeras se refieren a que una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir¹⁰. Las segundas implican cierto margen de libertad – atribuido por la norma - para elegir entre opciones igualmente válidas. Sobre esto último se profundizará más adelante.

La categorización de las potestades aludidas parecerían adjetivar al acto administrativo como reglado o discrecional, según la potestad que se ejercite. Sin embargo, actualmente se considera que no resulta posible categorizar al acto administrativo como “absolutamente reglado” o “absolutamente discrecional” y, en este sentido, el profesor Gordillo sostiene que: “(...) todo acto es en parte reglado y en parte discrecional, pues nunca se presenta de hecho la total libertad de hacer cualquier cosa, ni tampoco la total regulación de una conducta”¹¹.

2.1-Concepto de discrecionalidad administrativa

En la formación del concepto de discrecionalidad, han surgido varios ensayos conceptuales por parte de diversos autores extranjeros y nacionales.

Entre los autores extranjeros – españoles- se destacan los siguientes:

- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández expresan que: “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (...) no incluidos en la ley”¹².

- Miguel Sánchez Morón sostiene que: “La discrecionalidad supone que dentro de los márgenes legales, puede optarse lícitamente por decisiones o soluciones distintas,

¹⁰ Conf. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 9, Libro I, Primeros manuales- 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2014. p.179.

¹¹ *Idem*. Págs. 180-181.

¹² GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas, S.A. Madrid 1995, p. 447.

siempre que sea para satisfacer el interés público, en atención a criterios no jurídicos (...)"¹³.

En la doctrina nacional mencionamos a:

- Miguel Marienhoff, al referirse a las potestades administrativas de mando dentro de las cuales se encuentra la discrecionalidad, expresa que: “La potestad de mando puede ser discrecional o reglada, lo cual se refiere a la forma más o menos ajustada en que la Administración actúa con relación a la norma legislativa que regula su gestión. Por principio, dicha potestad es discrecional; excepcionalmente es reglada, lo que debe resultar de texto expreso. La amplia libertad de que dispone la Administración Pública para valorar las necesidades generales y la forma de satisfacerlas, hace que esta potestad sea principalmente discrecional”¹⁴. A demás sostiene que: “En ejercicio de la actividad discrecional, la administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por normas legales, sino por la “finalidad” legal a cumplir. Tratase de una predeterminación “genérica” de la conducta administrativa. La administración no está aquí constreñida por la norma a adoptar determinada decisión: en presencia de determinados hechos o situaciones, queda facultada para valorarlos o apreciarlos, y luego resolver si, de acuerdo con tales hechos o situaciones, se cumple o no la finalidad perseguida por la norma; en el primer supuesto hará lugar a lo que le hubiere solicitado, en el segundo caso lo desestimaré”¹⁵.

- Roberto Dromi sostiene que: “Cuando el órgano puede decidir, según legal saber y entender, si debe actuar o no y, en caso afirmativo, qué medidas adoptar, se dice que su actividad es discrecional. La discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a fin de valorar la oportunidad de acción y de su contenido. La discrecionalidad es la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y momento de su actividad, dentro los fines de la ley”¹⁶.

- Juan Domingo Sesín define a la discrecionalidad como: “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p.93.

¹⁴ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo-* tomo I. 5ª edición actualizada, AbeledoPerrot, 2011, p. 481.

¹⁵ *Idem*, p. 331.

¹⁶ Conf. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12ª Edición 2009, Actualizada, p. 264.

comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”¹⁷.

- Julio R. Comadira, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira expresan: “ (...) entendemos que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho”¹⁸.

- Carlos Balbín, conceptualiza a la discrecionalidad diciendo que: “es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico”¹⁹.

- Agustín Gordillo sostiene que: a diferencia de la potestad reglada, “las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”²⁰.

- Tomas Hutchinson, dice que la actividad estatal puede dividirse en dos: “(...) la discrecional que existe cuando la ley permite al intérprete, ante una determinada situación fáctica, realizar una elección entre varias alternativas igualmente legítimas o adaptadas a la juridicidad; es decir, son potestades discrecionales aquellas cuyo ejercicio se halla sólo parcialmente programado por sus normas de atribución”²¹.

- Roberto Luqui, expresa respecto a la discrecionalidad que: “(...) la ley confiere a la Administración cierto margen de libertad para apreciar cual es la solución que satisface mejor al interés público (...) la ley no predetermina la solución para el caso particular

¹⁷ SESÍN, Domingo, “El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica”, este trabajo corresponde al discurso de incorporación como miembro de número pronunciado el 26 de septiembre de 2006, p. 3, en <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artcontenidotutelajudicialectiva> (acceso el 16-08-2017).

¹⁸ COMADIRA Julio R., ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 108.

¹⁹ BALBIN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I - 1a ed. 1ra. reimp. - Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 485.

²⁰ Conf. GORDILLO, Agustín, *op.cit.*, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 9(...)*, p.179. Al mismo concepto se adhiere el profesor TAWIL, Guido en su obra: *Procedimiento administrativo*. Abeledo Perrot, 1ra edición, Buenos Aires, 2009, p. 102.

²¹ HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo: Tomo I- 1ª ed.* – Santa fe: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 290.

(...) le corresponde a la Administración estimar cuál de esas alternativas es la más justo o apropiada para satisfacer el interés público en el caso de que se trate. Efectúa una apreciación subjetiva, en la cual aporta su voluntad para integrar la ley en su etapa de aplicación”²².

Una interpretación integral de todo lo antes dicho, permite aproximarnos a la noción conceptual que refiere a la discrecionalidad administrativa como una modalidad de ejercicio de la potestad que el ordenamiento jurídico confiere- expresa o implícitamente- a quien ejerce función administrativa (órgano administrativo en nuestro caso), con la posibilidad de realizar una apreciación subjetiva del interés público comprometido y de alguna manera “complete” creativamente el ordenamiento jurídico en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas.

2.2- Discrecionalidad administrativa en el ordenamiento nacional

Si bien el concepto es recogido por diversas disposiciones del ordenamiento, no es posible encontrarlo en la Constitución Nacional, en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo – Ley N° 19.549- ni en su Decreto reglamentario N° 1759/72 (T.O año 2017).

Respecto a la Ley N° 19.549, resulta necesario aclarar que en su art. 18 se refiere a la revocación de un acto administrativo regular por razones de “oportunidad, mérito o conveniencia”, conceptos que suelen confundirse con la discrecionalidad, debido a que como sostiene Balbín: “...la discrecionalidad y la oportunidad son dos conceptos fuertemente entrelazados y casi imposibles de escindir en términos prácticos. (...) Porque una vez que nos ubicamos en el campo de la discrecionalidad y que, por tanto, el ejecutivo puede elegir entre dos o más opciones igualmente válidas, el criterio o el móvil de aquél para resolver el caso es el mérito, la conveniencia o la oportunidad. Éste es el motivo por el cual el ejecutivo resuelve, en el caso concreto y singular, de un modo y no de otro. Por ello, el carácter discrecional, insistimos, es la posibilidad del ejecutivo de optar entre dos o más soluciones plausibles jurídicamente; y, por su parte, el criterio de oportunidad es el motivo por el cual el ejecutivo, en el caso puntual, eligió una de esas soluciones entre varias posibles”²³.

²² LUQUI, Roberto Enrique. *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*, Tomo I, Bueno Aires; Astrea, año 2005, págs. 192- 193.

²³ BALBIN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I - 1a ed. 1ra. reimp. - Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 503.

Para Balbín “la oportunidad es el modo en que el ejecutivo decide interpretar y rellenar el concepto de interés público en el marco del caso concreto, ya definido por el legislador en términos más abstractos a través del bloque de legalidad”²⁴.

²⁴ *Idem*, p. 504.

3- La diferencia y relación entre la discrecionalidad administrativa con otros conceptos o institutos afines

La administración precisa -algunas veces- para el ejercicio de su discrecionalidad, la complementación de ésta con otros institutos del derecho que la norma aplicable contempla. Situación que, en la práctica, puede generar confusiones conceptuales. Por ello resulta adecuado remarcar la relación y diferencias de la discrecionalidad con otros institutos o conceptos, entre los cuales se encuentran: los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad técnica, la arbitrariedad y los principios de principio de razonabilidad y de legalidad.

3.1- Los conceptos jurídicos indeterminados

Habitualmente se consideraba al ejercicio de una potestad discrecional como algo que en rigor no era tal, por confundirse con un instituto diferente denominado “concepto jurídico indeterminado”. Por ello, surge la necesidad de dilucidar los conceptos en este acápite, ya que se ha afirmado que “constituye un error de consecuencias penosas para la historia de las garantías jurídicas confundir la presencia de tales conceptos en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de apoderamientos discrecionales a favor de ésta (García de Enterría)”²⁵, por cuanto el alcance del control judicial depende de ello.

Cassagne, al analizar el derecho comparado de España, resalta la necesidad de diferenciar tales conceptos y expresa que:

“En la doctrina española, encabezada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, no cabe la posibilidad de que exista actividad administrativa que sea inmune al control judicial, debido a que, a partir de la Constitución de 1978, se introdujeron los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y de la tutela judicial efectiva.

En ese marco constitucional, con la idea de reducir el ámbito de la discrecionalidad, dicha doctrina acudió a la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados. Si la discrecionalidad supone un ámbito de libertad para que la Administración proceda a elegir una solución aplicable al caso y ello resulta consustancial al proceso de aplicación de la ley y del derecho, lo cual implica casi siempre una dosis de creación e integración, resulta imprescindible distinguir entre conceptos determinados e indeterminados para saber si estamos frente a una actividad reglada o discrecional.

En los conceptos determinados (v.g. mayoría de edad, los plazos de caducidad etc.) la determinación normativa es precisa y no admite, en principio, duda alguna en cuanto a su aplicación al caso (lo cual nos indicaría que estamos frente a una actividad reglada)”²⁶.

Por su parte, el profesor Roberto Luqui, sostiene que las leyes utilizan conceptos con significados imprecisos (tales como orden, seguridad, diligencia, moralidad, buenas

²⁵ COMADIRA ESCOLA y COMADIRA, *op. cit.*, p. 105 y ss.

²⁶ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 248 y siguientes.

costumbres, interés general, mala fe), lo cual impide muchas veces subsumir de forma directa los presupuestos de hecho al momento de resolver un caso concreto. Para aplicar las normas, la Administración les debe dar un contenido a esos conceptos o, para ser más exactos, debe precisar su vinculación con los presupuestos de hecho; por eso se los denomina “conceptos indeterminados” o “conceptos jurídicos indeterminados”²⁷.

Y agrega que: “Las expresiones que califican hechos o circunstancias, como, por ejemplo, “a menudo”, “inmediatamente”, “grave”, “intrascendente”, “insustancial”, “peligroso”, no son conceptos sino adjetivos que solo tienen significado cuando se refieren a un objeto, y así conforman un concepto. Los conceptos son “significaciones elementales, referidas a objetivos” y no resulta lógico admitir que un adjetivo pueda constituir un concepto, si no está referido a un objeto”²⁸.

Siguiendo las ideas del autor antes mencionado, él sostiene que: “Algunos conceptos jurídicos que se consideran indeterminados no son propiamente tales, sino insuficientes para establecer la vinculación jurídica con los casos particulares, pues, aun cuando es posible tener una idea clara de su significado, el problema se presenta en la fase de aplicación de la norma, al no regular con exactitud los supuestos de hecho que abarcan. (...) La dificultad no reside en la determinación del concepto, sino en establecer su vinculación con los hechos. Lo indeterminado es la vinculación y no el concepto, la relación entre los hechos con la norma aplicable”²⁹.

Luqui, citando a Sainz Moreno dice que por lo general se sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor, mientras que los conceptos determinados, cuando no surgen de las definiciones contenidas en las normas, son conceptos que se obtienen de la experiencia, empíricamente, o de criterios técnicos³⁰.

Frente a estos conceptos y debido a que la Administración no puede atribuirles contenido según su propio criterio, la doctrina española³¹ sostiene que se debe hacer una distinción en tres aspectos que componen un concepto jurídico indeterminado, a saber:

1- Un núcleo (o zona de certeza positiva) que constituye su significado primario, donde están las “afirmaciones evidentes” y las “generalizantes”;

2- Una zona de certeza negativa en la cual se ubican las interpretaciones que son rechazadas por el núcleo, las que desde ningún punto de vista pueden caer dentro del concepto;

²⁷ Conf. LUQUI, Roberto E., *op. cit.*, págs. 205 y 206.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Idem*, págs. 207 y 208.

³⁰ *Idem*, p. 208 in fine.

³¹ LUQUI, *op. cit.*, con cita a Sainz Moreno, p. 209.

3- Y entre ambas zonas, una zona de incerteza o duda, donde se hallan los supuestos concretos, que se deben analizar en cada caso. El criterio de interpretación consiste en desplegar dentro de esta zona la idea central del núcleo, cuando el concepto no está comprendido claramente en éste.

Extrapolando un ejemplo del autor contextualizado al objeto de este trabajo, puede darse que a través de una norma se busque proteger por razones de interés general construcciones antiguas con cierto valor histórico, como por ejemplo el Museo Histórico y Regional “Juan Pablo Duffard” (donde antiguamente funcionaba la Casa de Gobierno de Formosa) que sin dudas se representa dentro de la idea de valor histórico a diferencia de una casa moderna. Entonces, en el primer caso estaríamos frente a la zona de certeza positiva y en el segundo caso en la zona de certeza negativa. Pero, puede suceder que exista una casa antigua de la misma época de la antigua Casa de Gobierno de Formosa y entonces se presenta la duda sobre la correspondencia de la protección mentada por la norma, por lo que estaríamos en una zona de incerteza.

Según el profesor Sesín, la pregunta fundamental que cabe formularse es cómo se integra un concepto jurídico indeterminado, si a través de la hermenéutica interpretativa o del ejercicio de la discrecionalidad, y sostiene que: “la evolución de la teoría, reduce ostensiblemente el campo de lo discrecional; concibe que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples opciones válidas, sino, una en cada supuesto: la integración normativa se produce por medio de la interpretación”³².

Se considera que la interpretación de un concepto jurídico indeterminado en vistas a lograr la única solución justa, resultará más o menos difícil de acuerdo a la complejidad del caso, donde “para la concepción tradicional de la teoría analizada los casos difíciles se superan concediendo a la administración un cierto “margen de apreciación”, no susceptible de revisión judicial”, es decir que ante un concepto en indeterminado (denominado también “ concepto abierto”), en donde sea necesario llevar a cabo una actividad de comprobación o un juicio de naturaleza cognoscitiva, aquél dependerá de cómo ejercite el margen de apreciación la autoridad que lo interprete³³.

Es dentro del margen de apreciación donde la autoridad ejerce cierta libertad de elección-acción que permite vislumbrar un “halo de discrecionalidad” dentro de la cual existe una “estimación” sobre posibles cursos de acción abiertos a seguir, por lo que la idea de “única solución justa posible” no resultaría ser absoluta, debido a la porción (aunque mínima) de apreciación que se requiere. Sin perjuicio de que en algunos casos los conceptos jurídicos indeterminados puedan ser determinables mediante reglas

³² Conf. SESÍN, “El contenido de la tutela...”, p. 6.

³³ *Idem*, p. 7.

técnicas o estándares objetivos (determinación en parámetros reglados), no se profundizará en el análisis de esta cuestión, pero interesa adherir a la postura crítica sobre la debilidad del margen de apreciación³⁴, dado que el control judicial en un estado de derecho resulta perfectamente posible cuando exista una porción (por más ínfima que sea) de discrecionalidad en una decisión administrativa.

Ahora bien, respecto a la diferencia sustancial entre estos tipos conceptos y la discrecionalidad administrativa, como lo sostiene Comadira:

“(…) lo singular de estos conceptos (indeterminados) radica en que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: se da o no se da el concepto; la autoridad administrativa tiene, ante él, sólo una solución justa posible: la urgencia existe, o no; el precio es justo, o no; la conducta es de buena fe, o no.

Distinto es, en cambio, la situación en la potestad discrecional, porque la esencia de ésta consiste, justamente, en la pluralidad de soluciones posibles, todas igualmente válidas. Aquí, la Administración desarrolla una actividad volitiva, de valoración, la potestad discrecional no coloca a la Administración ante un mero proceso de subsunción legal, sino frente a una libertad de elección entre indiferentes jurídicos³⁵.

3.2- La discrecionalidad técnica

A fin de decantar las posibles confusiones que se generan al estudiar la discrecionalidad administrativa y la llamada “Discrecionalidad Técnica”, se destacarán las notas características que hacen a la bifurcación cualitativa entre ambas definiciones que a prima facie parecerían tratarse de una cuestión de género y especie respectivamente.

El profesor Gordillo al tratar el instituto de la discrecionalidad técnica, la ubica en su desarrollo dentro de los límites a la actividad discrecional y entiende que: “... la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes. En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas -indiscutibles e indiscutidas, por lo general- y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica lo que la administración ha hecho o pretende hacer es indubitablemente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda, y los mismos técnicos no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido cualquiera de las posibles vías técnicas”³⁶.

³⁴ *Idem*, p. 8.

³⁵ COMADIRA ESCOLA y COMADIRA, *op. cit.*, p. 105.

³⁶ Conf. GORDILLO Agustín, *op. cit.*, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 9 ..., págs. 184 y sgts.

El citado autor destaca la evolución del mencionado instituto (discrecionalidad técnica), antiguamente entendido como una atribución discrecional de la Administración en “materia técnica” que tornaba irrevisables los actos que dictara en ejercicio de estas atribuciones, y agrega que este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica, si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no puede ser controlada.

En cambio, si una técnica es científica y por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no puede en este aspecto hablarse de completa discrecionalidad (no sumisión a normas) sino que corresponde por el contrario hablar poco menos que de regulación (sujeción a normas, en el caso técnicas). Concluye diciendo que la actividad técnicamente errada es sólo por ello antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad³⁷.

En palabras de Cassagne, la discrecionalidad técnica, antiguamente sostenida por la doctrina italiana no existe como tal. Lo que sí existe son decisiones administrativas basadas en juicios o reglas técnicas³⁸.

Resulta menester (por la vinculación con nuestro tema de estudio) mencionar que en lo relativo a la revisión judicial de las decisiones administrativas basadas en juicios técnicos, para Sesín³⁹, tal fiscalización debe ser descompuesta en dos aspectos:

- a) Reglas técnicas tolerables o indiscutibles que como tales son adoptadas por el ordenamiento pasando a formar parte del bloque reglado o vinculado;
- b) Discrecionalidad que se individualiza en la valoración subjetiva y la posibilidad de elegir dentro de la juridicidad.

Dentro de una óptica integrativa, lo técnico forma parte del mundo jurídico y del control de razonabilidad porque de lo contrario, si los juicios técnicos fueran inmunes al control de los jueces, se cercenaría la tutela judicial efectiva⁴⁰, una de las bases fundamentales en donde se asienta el Estado de Derecho.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Conf. CASSAGNE Juan Carlos, (10/08/2008). “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial”, en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf. (acceso el 05-06-2017).

³⁹ Conf. SESÍN, Domingo, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, 2ª ed., LexisNexis Desalma, Buenos Aires, 2004, p. 173.

⁴⁰ *Idem*, p. 177.

El profesor Balbín al tratar lo atinente al control judicial de las cuestiones técnicas, sostiene que no es posible extender o proyectar en nuestro sistema jurídico argentino el criterio de la deferencia, propio del derecho norteamericano, según el cual los jueces no penetran en el análisis de los juicios técnicos o especializados de la Administración, y expresa que: “(...) si el legislador fijó las pautas de aplicación, entonces, el ejercicio es reglado. Si no es así, debemos indagar si existen criterios o pautas científicas o técnicas con el objeto de aplicarlas e integrar así el razonamiento jurídico (...) es necesario postular un criterio que armonice los dos principios que parecen antitéticos: por un lado, la idoneidad técnica del ejecutivo y, por el otro, la necesidad de revisión judicial adecuada y suficiente de los actos estatales. El autor sostiene que ello es posible, por medio de la intervención en el proceso judicial de los peritos en su condición de auxiliares del juez”⁴¹.

Entonces, conforme a estas líneas de razonamiento, la denominada “discrecionalidad técnica” formaría parte del bloque jurídico reglado y por ende no correspondería categorizarla como “especie” de la discrecionalidad administrativa (donde el criterio de valoración subjetivo refleja su nota característica).

3.3- Discrecionalidad y Arbitrariedad. La influencia de los principios de razonabilidad y de juridicidad

En palabras del profesor Cassagne:

“En muchas ocasiones el lenguaje jurídico se presta a grandes equívocos por el hecho de su formación natural, máxime cuando los juristas no se ponen de acuerdo acerca de la utilización de convenciones ad hoc para definir los conceptos. Por ejemplo, si alguien afirma que el poder discrecional implica dictar un acto arbitrario está utilizando tan sólo una de las acepciones del término lingüístico que consiste en la facultad de elegir una solución con preferencia a otra. Pero, al mismo tiempo, como se trata de conceptos análogos (en el sentido que no son necesariamente opuestos ni iguales) también se puede definir la arbitrariedad como el acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario, que es el sentido de mayor empleo convencional en el mundo jurídico”⁴².

Estas observaciones resultan necesarias a los fines del presente trabajo, debido a que los efectos legítimos o ilegítimos dependerán de la práctica discrecional o meramente arbitraria que se ejercite en el acto administrativo respectivamente.

Según la Real Academia Española, el concepto de arbitrariedad refiere a la cualidad o condición de arbitrario lo cual significa “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o la razón”, en tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no debe asimilarse a la arbitrariedad.

⁴¹ Conf. BALBIN, Carlos, *op. cit.*, págs. 518 y 519.

⁴² CASSAGNE Juan Carlos, *op. cit.*, “La prohibición de arbitrariedad...”, p.1.

La amplitud del concepto de arbitrariedad comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad. Una situación similar se plantea acerca de lo que se entiende por irrazonabilidad ya que es posible sostener que implica una actuación injusta (en el sentido de afectar al valor justicia o a los principios generales del derecho) o bien, una actividad contraria a la razón y, como tal, contradictoria o absurda, en el plano lógico. En uno u otro caso, la irrazonabilidad integra el contenido de la arbitrariedad y tal es el sentido que se desprende de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que, en otros, el Alto Tribunal utiliza ambos términos como sinónimos⁴³.

En países como España, es de rango constitucional para los poderes públicos el deber de dictar actos razonables bajo el principio de “interdicción de arbitrariedad” contemplado en el artículo 9 inc.3⁴⁴.

En la Argentina, se observa tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, que las prescripciones constitucionales no deben interpretarse en forma literal sino en atención a los fines que persiguen, fundamentalmente cuando en un caso concreto se encuentran en juego principios generales o garantías jurídicas. Así, por ejemplo, el principio que consagra la garantía del debido proceso (art. 18 CN) se ha extendido a la defensa de los derechos de los particulares frente a la Administración⁴⁵, lo que también sucede con el principio de la tutela judicial efectiva que posee vital y destacada importancia en sede administrativa⁴⁶.

Si bien en nuestra Constitución Nacional no se encuentra establecido un precepto que establezca que la actividad administrativa debe someterse a la ley y la justicia o que prohíba explícitamente la arbitrariedad, esto se infiere del principio contenido en el art. 19, el cual contiene dos mandatos:

1- El primero prescribe que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”;

2- El segundo establece que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁴³ *Idem*, p.2.

⁴⁴ Este artículo fue mencionado en los primeros párrafos del presente trabajo por cuanto guarda estrecha relación con el principio de legalidad, pero que conforme a lo que aquí se trata en su parte pertinente establece que: “La Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” -Art. 9 inc.3 de in fine-.

⁴⁵ Conf. MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁶ Conf. PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia contencioso-administrativa”, *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pags. 257/294.

El jurista Arturo Sampay sostiene que la filosofía del art. 19 de la CN no es otra que la de la justicia radicada en el derecho natural⁴⁷, habiéndose interpretado que -en su primera parte- la norma consagra la prohibición a cualquier magistrado de la República (ya sean autoridades legislativas, ejecutivas o judiciales) para dictar actos administrativos, regular conductas generales o juzgar a personas, para inmiscuirse en lo que el artículo denomina “acciones privadas de los hombres”⁴⁸.

Con respecto a la segunda parte del citado artículo constitucional, Cassagne⁴⁹ sostiene que al prescribir que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”, esta expresión contiene un mandato dirigido tanto a la Administración como al juez y que va de suyo que el precepto constitucional contiene un mandato implícito, ya que si nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda (en todos los aspectos en que se concibe la arbitrariedad) es porque los funcionarios (en su caso) de la Administración tienen prohibido dictar órdenes o emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Este principio constitucional -dice el autor- implícito (la prohibición de arbitrariedad), no suficientemente destacado en nuestro derecho es indudablemente una pieza fundamental de la protección de las libertades y demás derechos que consagra la Constitución⁵⁰(el que también se extiende a la arbitrariedad judicial).

En conexidad a la segunda parte del artículo constitucional que se trata, la fuente histórica mediata y positiva⁵¹ se encuentra en el art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece que: “La ley sólo tiene el derecho de prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo aquello que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene”.

La doctrina nacional⁵² es coincidente al sostener que la arbitrariedad se encuentra limitada por el denominado principio de razonabilidad, el cual se funda en el precepto contenido en el art. 28 de la Constitución Nacional que estatuye que: “Los principios,

⁴⁷ Conf. SAMPAY, Arturo E., “La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, pág. 13-17, en <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2831/2635> (acceso 30-04-2018).

⁴⁸ Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 3 ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 247 y ss.

⁴⁹ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, “El principio de legalidad...”, págs. 267- 268.

⁵⁰ Se destaca que en esta cuestión, la Corte Suprema se ha pronunciado a favor del control que el órgano judicial debe hacer sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptan en materia disciplinaria, las cuales pueden ser anuladas cuando los funcionarios incurren en arbitrariedad manifiesta (Fallos 304:1.335, 306:1.792, 307:1.282.)

⁵¹ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, “El principio de legalidad...”, p. 268.

⁵² Conf. LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2º ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1970, págs. 165-166.

garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Esta prescripción constitucional, que sirve como fundamento de la prohibición de arbitrariedad, si bien aparece limitada a normas que dicta el Poder Legislativo, ha sido considerada de aplicación extensiva a los actos de los órganos Ejecutivo y Judicial⁵³. En lo que respecta a la actividad *strictu sensu* (en sentido estricto) del Poder Ejecutivo, el principio del art. 28 de nuestra constitución opera preceptivamente sobre el conjunto de la actividad administrativa o reglamentaria, ya se trate de actos reglados o discrecionales, en cualquiera de sus elementos constitutivos, sin que puedan alterarse los principios, derechos y garantías consagrados en los artículos 14, 16, 17 y 18, entre otros⁵⁴.

Al respecto, cabe agregar que el Preámbulo de nuestra Constitución con el objetivo de afianzar la justicia, refuerza la posición institucional del juez argentino para controlar la arbitrariedad administrativa que, en una de sus principales acepciones, es todo acto contrario a la razonabilidad o justicia. Los antecedentes tienen una importancia capital para desentrañar el correcto sentido que corresponde atribuir al art. 19 de la CN en el que el concepto de ley ha de interpretarse o integrarse combinando, según las circunstancias, la ley positiva con el derecho o la justicia.

Por otra parte, la alteración de la C.N implica, en principio, una irrazonabilidad de esencia por cuanto el acto administrativo contradice o no guarda proporción con el texto o los fines que persiguen los principios y derechos constitucionales, lo mismo acontece cuando el acto administrativo exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue⁵⁵; la ausencia de proporción hace que el acto carezca de razón suficiente convirtiéndose en un acto afectado de irrazonabilidad (una de las formas de la arbitrariedad) y pasible de la tacha de ilegitimidad.

Parecería correcto afirmar entonces que para que un acto administrativo cobre sentido razonable dentro del contexto constitucional, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho ni privar de lo que la ley no prohíbe. Es decir, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto constitucional contiene

⁵³ Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Anotada y comentada*, 2º ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 248.

⁵⁴ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, “El principio de legalidad...”, p. 271.

⁵⁵ En el artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos -Nº 19.549- se establece que es un requisito esencial del acto administrativo su motivación, sin distinguir entre actos reglados o discrecionales. En líneas generales podemos decir que la motivación del acto es el conjunto de razones que justifican el dictado del acto, más los hechos y antecedentes que le sirven de causa, y el derecho aplicable.

la regla de la prohibición de arbitrariedad que se configura como un principio general aplicable a todo el derecho y no solo al derecho privado⁵⁶.

En relación a ello, se debe resaltar que la actuación estatal esta vallada por el principio de legalidad o como sostiene el profesor Comadira “principio de juridicidad”, entendido como el debido respeto al ordenamiento jurídico en su totalidad (constitución, tratados, leyes, reglamentos en sentido amplio, contratos y principios generales del derecho) y no limitado solo a la leyes en sentido formal (que emanan de cuerpos legislativos) como se podría inferir de la primera denominación⁵⁷.

En nuestra constitución, la legalidad se interpreta conforme a lo prescripto en la segunda parte del artículo 19: “(...) Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, lo cual implica que toda actuación administrativa debe fundarse en ley material (ley formal, reglamento administrativo, ordenanzas, etc.)⁵⁸.

En su inescindible vinculación con el principio de razonabilidad mencionado en párrafos anteriores, la juridicidad no solo opera como un límite externo sino que funciona como un presupuesto y condicionante de la actuación estatal⁵⁹, por lo que toda actividad de la administración pública debe contener como causa y presupuesto una norma habilitante de potestad determinada en su competencia expresa o implícitamente⁶⁰, cuya carencia no genera un espacio de libre albedrío sino la imposibilidad de actuación. En el entendimiento de esta noción, se observa una vinculación que sujeta y condiciona positivamente la actuación de la administración al ordenamiento jurídico.

Una interpretación integral del mentado principio de juridicidad, permite sostener que la legalidad debe entenderse en sentido amplio (como ordenamiento jurídico) y que la actuación de la administración debe ajustarse a los parámetros de competencia que se establezcan.

De todo lo antes dicho, resulta posible sostener:

- Que la discrecionalidad no es arbitrariedad, y que el hecho de que la potestad discrecional deba ser ejercida por los gobernantes y administradores que lo tengan

⁵⁶ Conf. CSJN, *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales s/ accidentes ley 9688*, Fallos 327:3753 (2004).

⁵⁷ Conf. COMADIRA, ESCOLA Y COMADIRA, *op. cit.*, p.99.

⁵⁸ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad...” Ob. Cit., pág. 153.

⁵⁹ Conf. COMADIRA, ESCOLA Y COMADIRA, *op. cit.*, p. 100.

⁶⁰ Conf. GORDILLO Agustín, *op. cit.*, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 8...*, p. 168.

atribuido, no significa que sea un poder exento de límites legales (lo que implicaría arbitrariedad) y del consecuente control judicial.

- Que el principio de razonabilidad constituye un requisito indispensable de la discrecionalidad, ya que hace alusión al juicio de valoración subjetiva que realiza el funcionario administrativo, quien debe actuar de conformidad a los valores de justicia o equidad en pos del interés público.

- Que el principio de juridicidad es el marco legal donde la actuación estatal debe desenvolverse.

3.4- Discrecionalidad y tutela judicial efectiva

En un Estado Constitucional Social de Derecho, que en líneas generales se compone de normas y principios que conforman los ordenamientos jurídicos de los estados modernos, garantizar la dignidad de las personas y la plenitud de los derechos que les son inherentes, para lo cual la tutela judicial efectiva adquiere un rol fundamental.

El profesor Patricio Sammartino sostiene que:

“(…) no se puede ignorar que el derecho de la función administrativa actual, para alcanzar respuestas equilibradas dentro de la juridicidad, no se abasteca únicamente de aquello que tradicionalmente se conoce como “derecho administrativo”. Hoy, el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho es una amalgama en la que confluyen e interactúan el clásico derecho de la función administrativa, el derecho constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho procesal constitucional.

Es por ello que, en el Estado constitucional social de derecho, el conjunto de normas y principios que rigen el desarrollo de la función administrativa y sus límites, es, en puridad, derecho constitucional y convencional concretizado.

Ser derecho constitucional y convencional concretizado, con clave de bóveda en el deber jurídico fundamental de garantizar la dignidad de las personas y la plenitud de los derechos que le son inherentes -en el marco de la división constitucional de los poderes- es, pues, la matriz actual del régimen administrativo argentino. Por consiguiente, es sobre el plexo de potestades y garantías que emanan de ese derecho administrativo que se deberá concebir y vertebrar, normativamente, el proceso administrativo.

Ciertamente, determinar cuáles son las bases o principios rectores del proceso administrativo en el actual Estado constitucional social de derecho es una tarea que reviste una importancia decisiva, aunque es jurídicamente difícil⁶¹.

⁶¹ SAMMARTINO, Patricio, “Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho. Apuntes iniciales”, libro aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa federal págs. 123/170, marzo de 2015, págs. 134-135, en <http://www.saij.gob.ar/patricio-marcelo-sammartino-proceso-administrativo-estado-constitucional-social-derecho-apuntes-iniciales-dacf150672-2015-03/123456789-0abc-defg2760-51fcanirtcod> (acceso 11-09-2018).

De ello surge que “el reconocimiento de los principios destacados en los apartados anteriores (razonabilidad, prohibición y juridicidad) en conexión con el postulado de la división de poderes (aun en su interpretación flexible) conduce a que en el derecho jurídico argentino no existan actos discrecionales inmunes al control de los jueces. Ello es una consecuencia del principio de tutela judicial efectiva”⁶².

En este sentido, el profesor Pablo Perrino sostiene que es en el artículo 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se regula este principio fundamental⁶³.

En el art. 8.1 del último de los pactos citados, se reconocen los siguientes derechos:

- a) a ser oído con las debidas garantías;
- b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y
- c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

A su vez, en su art. 25.1 se dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Nuestra Constitución Nacional, en el Preámbulo proclama de manera enfática entre los fines del gobierno el de “afianzar la justicia” y concorde con ello en su art. 18 se garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

A demás, con la reforma constitucional del año 1994 en el artículo 75 inciso 22 de la CN se otorgó jerarquía constitucional a once tratados internacionales de protección de derechos humanos, cuatro de los cuales tutelan ampliamente el derecho de acceso a la justicia.

Estos pactos son los siguientes:

- a) Declaración de Universal de Derechos Humanos⁶⁴;
- b) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁶⁵;
- c) Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁶; y

⁶² Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, “El principio de legalidad...”, p. 275, el destacado me pertenece.

⁶³ Conf. PERRINO, Pablo E., *op.cit.*, pags.3 y ss.

⁶⁴ Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁶⁵ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

⁶⁶ Ratificada por la República Argentina por Ley N° 23.054, sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984. Publicada en el Boletín Oficial el 27-03-1984.

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁷.

El derecho de acceso a la jurisdicción en pleitos contra el Estado, se apoya también en lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del texto constitucional, los cuales estatuyen la regla de que el Poder Judicial federal debe intervenir en todo tipo de causas o conflictos de derechos o intereses en los que la Nación sea parte y en el art. 109 de la ley fundamental, el que veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos⁶⁸:

- 1- Primero, al acceder a la justicia;
- 2- Segundo, durante el desarrollo del proceso;
- 3- Y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia.

En ese marco, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos:

- A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil⁶⁹.
- A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa⁷⁰;
- A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción⁷¹;

⁶⁷ Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley N° 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986. Publicada en el Boletín Oficial el 13-5-1986.

⁶⁸ Conf. ZAMUDIO, Héctor Fix, comentario sobre la obra de GONZÁLEZ PÉREZ Jesús “El derecho a la tutela Jurisdiccional”, Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, 160 pp., en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2277/2534> (acceso 09-04-2018).

⁶⁹ Conf. CSJN, *Christou, Hugo y otros c/ Municipalidad de Tres de Febrero s/ amparo*, Fallos: 308:155 (1987) entre otros.

⁷⁰ Conf. CSJN, *Recurso de hecho deducido por Adolfo Daniel Madala en la causa Madala, Adolfo Daniel s/ recurso de queja*, Fallos: 305:129 (1983) entre otros.

⁷¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina”, (publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, Habilidad de instancia y derechos humanos) ha expresado: “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio “pro actione”, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”.

- Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente⁷² antes de dictarse la sentencia;

- A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas⁷³.

Estos derechos son una consecuencia obligada del principio de la tutela judicial efectiva, establecido en los pactos internacionales⁷⁴, que ha ampliado el ámbito tradicional de la garantía de la defensa establecida en el artículo 18 de la CN a las demás ramas del derecho y no se circunscribe exclusivamente al proceso penal.

⁷² Conf. CSJN, *Recurso de hecho deducido por la autora en la causa Byk, Marcos c/ Franco, Miguel Ángel*, Fallos: 306: 843 (1984).

⁷³ La Corte Suprema de Justicia Nacional ha expresado que: “la exigencia de que las sentencias judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional” (CSJN, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Storaschenco, Carolina e hijos menores c/ Santa Rosa establecimiento metalúrgicos S.A.*, Fallos: 236:27 (1956) entre otros). Asimismo, ha señalado que es condición de validez de los fallos judiciales que ellos configuren una “derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa” (CSJN, *Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Colalillo Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata*, Fallos: 238:550 (1957) entre otros).

⁷⁴ Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) incorporada a la Constitución por el art. 75 inc. 22.

4- Control Judicial de la discrecionalidad en el ordenamiento jurídico nacional **- evolución jurisprudencial**

En el presente acápite se desarrolla una breve reseña de la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la posibilidad de examinar judicialmente el ejercicio de la discrecionalidad en el acto administrativo.

Para el profesor Coviello, en los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación atinentes a controlar al Poder Ejecutivo, existía un drástico respeto a la división de poderes⁷⁵.

Y así se observa en la siguiente jurisprudencia:

- En el caso Ríos (4 de diciembre de 1863) la Corte sostuvo que: “(...) siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno”⁷⁶.

- En el caso Sojo (22 de septiembre de 1887) y continuando con la posición sobre la división de poderes la Corte dijo: “La misión que le incumbe a la Suprema Corte de mantener los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitución, la obliga a ella misma a absoluta estrictez para no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales”⁷⁷.

- En el caso Cullen c/ Llerena (7 de septiembre de 1893) la Corte dijo: “(...) Es una regla elemental de nuestro Derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forma el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente”⁷⁸.

- En el caso Bonevo (19 de agosto de 1929) y en consolidación con los precedentes anteriores, la Corte dijo : “(...) La misión más delicada de la justicia de la Nación es la de

⁷⁵ Conf. COVIELLO, Pedro José Jorge, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”.

“Jornadas organizadas por la universidad austral”, R.A.P., año 2009, págs. 628 y sgts.

⁷⁶ CSJN, *Ramón Ríos, Francisco Gomes y Saturnino Ríos por salteamiento, robo y homicidio, perpetrado a bordo del pailebot nacional “Unión” en el Río Paraná*, Fallos: 1:32 (1863).

⁷⁷ CSJN, *Sojo Eduardo s/habeas corpus*, Fallos: 32:120 (1887).

⁷⁸ CSJN, *Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/ Baldomero LLerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, Fallos: 53:420 (1893).

saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el Judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público”⁷⁹.

Esa antigua postura sobre la vedada intromisión judicial mediante el control al Poder Ejecutivo debido al sistema de la división de poderes sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación trajo consecuencias – actualmente – inaceptables.

Ejemplo de ello, ocurrió en el caso Bergés (7 de noviembre de 1932) la Corte dijo: “(...) La justicia no tiene una misión tutelar respecto al Poder Ejecutivo en el manejo de la cosa pública. Y cuando este poder nombra, remueve o declara una cesantía, procede como entidad pública, encargado de dar las directivas que crea conveniente a los negocios del Estado, y no como persona jurídica o entidad del Derecho privado (...) es inadmisibles que un poder extraño, venga a declarar lo contrario en nombre de un derecho particular presuntivamente afectado, como sería la reposición del profesor en la cátedra suprimida; pues ello, no tan sólo importaría la supeditación de un poder a otro y la injerencia de aquél en funciones ajenas a su competencia técnica, sino que sería hacer prevalecer un interés privado sobre el interés superior de la institución misma. (...) el Poder Judicial no puede, sin extralimitarse en sus facultades, intervenir en el gobierno de una Universidad Nacional, revocando la resolución tomada de acuerdo con la ley y sus reglamentos en que declara cesante al profesor. No hay en una resolución de esta naturaleza un acto que importe la lesión del Derecho privado que pueda requerir el amparo de la justicia, como no hay en las cesantías que a diario se declaran en la Administración por razones de interés público o de mejor servicio”⁸⁰.

Se empezó a vislumbrar la posibilidad de realizar un contralor judicial al Poder Ejecutivo, a partir del caso Dri (21 de marzo de 1966) donde la Corte sostuvo que: “(...) aún luego de la sanción del Art. 14 nuevo de la Constitución Nacional subsiste en la Administración un mínimo de facultades independientes, que es requisito indispensable del principio de la separación de los poderes”; (...) Que no parece dudoso que la facultad de nombrar y remover los empleados públicos comprende la de otorgarles ascensos en el lapso de la prestación de sus servicios y de ubicarlos en el escalafón, *al menos en tanto no importe una cesantía encubierta*, y que esta atribución integra las necesarias para la

⁷⁹ CSJN, *Ricardo Bonevo. Habeas Corpus. Recurso de Hecho*, Fallos: 155:248 (1929).

⁸⁰ CSJN, *Bergés, Pedro v. Nación*, Fallos: 166: 264 (1932).

supervisión de la correcta prestación de los servicios por parte del Presidente de la Nación”⁸¹ (el resaltado pertenece al Profesor Coviello⁸²).

Sin perjuicio de los posteriores pronunciamientos que tuvo la Corte sobre el tema abordado, es menester centrar el enfoque de análisis a las primeras aristas jurisprudenciales relativas a la posibilidad de ejercer un control judicial a las potestades discrecionales.

En concordancia a lo antes dicho, es en el caso Marra de Melincoff (10 de julio de 1984), donde el Máximo Tribunal sostuvo que : “Si bien es cierto que la atribución jurisdiccional no puede llegar a establecer el control de los jueces sobre cualquier sanción disciplinaria impuesta a los servidores del Estado, *ya que es sin duda indispensable que el órgano administrativo cuente con una facultad de libre apreciación de las faltas, corresponde sin embargo admitir que procede la intervención de la justicia cuando se ciñe a investigar si en la imposición de las medidas que se adopten, se hizo uso legítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las atribuciones otorgadas*. En tal sentido el control de legalidad supone la debida aplicación por el órgano administrativo de las normas estatutarias, *de manera que tanto la descripción como la clasificación de los hechos sea correcta*”⁸³(el resaltado me pertenece⁸⁴).

En palabras del profesor Coviello⁸⁵, el citado pronunciamiento de la CSJN abrió una importante puerta para el control de la actividad discrecional a través de los componentes reglados del acto administrativo, que posteriormente se precisó por la Corte en el caso Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos⁸⁶ (23 de junio de 1992), en el cual se sostuvo que reconocida la naturaleza discrecional del acto impugnado, corresponde examinar brevemente los límites que presenta en tales supuestos el obrar administrativo, para lo cual se destacaron varias cuestiones doctrinarias:

⁸¹ CSJ, *Dri, Antonio c/ Nación*, Fallos: 264:94 (1966).

⁸² Conf. COVIELLO, Pedro José Jorge, *op. cit.*, p. 631, podemos denotar del resaltado que la Corte realiza un mínimo comentario sobre uno de los elementos esenciales del acto administrativo que hoy conocemos como “finalidad” y que en el caso parece referirse a la “desviación del fin”.

⁸³ CSJN, *Marra de Melincoff, Alicia Leonor c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos: 306:820(1984).

⁸⁴ Se observa en el resaltado de la cita del fallo que aparece el término “libre apreciación” de la administración entendido en nuestra materia como una idea genérica de discrecionalidad administrativa. Luego a en cuanto al “análisis de las medidas adoptadas” podemos inferir lo relativo a lo que conocemos como principio de razonabilidad y por último en lo relativo a la “descripción o calificación de los hechos” denotamos el análisis que procedería ante el elemento reglado esencial del acto administrativo “causa”.

⁸⁵ Conf. COVIELLO, Pedro José Jorge, *op. cit.*, p. 634.

⁸⁶ Conf. CSJN, *Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo*, Fallos: 315: 1361, considerandos N°: 6 a 12 (1992).

- “ (...) en primer lugar, que mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática), en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completara el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”.
- “ (...) superada en la actualidad la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal -por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad- se ha admitido hace ya largo tiempo que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apropiación legal, jamás extralegal o autónoma (...)”.
- “ (...) la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable. En otras palabras, que aun aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que "la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba" (...)”.
- “ (...) en ese sentido, se admitió el abandono de la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque, el consecuente reconocimiento de la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo y la fiscalización de aquellos considerados anteriormente como discretionales mediante el examen de sus elementos reglados (...)”.
- “ (...) frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discretionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discretionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar,

esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad -imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino-, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto (...).”.

La importancia de éste fallo en nuestro país, configura uno de los máximos precedentes sobre la posibilidad de controlar la discrecionalidad administrativa mediante los elementos reglados del acto administrativo, además incorpora la posición doctrinaria que entiende que no existen actos absolutamente reglados o discrecionales.

En este orden de ideas resulta significativo el fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II en el caso *Loiácono* (30 de marzo de 1995) en el cual se dijo que: “(...) la discrecionalidad supone siempre una habilitación normativa, que se encuentra configurada por una atribución de potestad, debiendo estar sujeta al marco jurídico que la contiene. Sobre esa base, la actividad discrecional de la Administración -en cualquiera de sus manifestaciones- comporta una actividad en principio exenta de control judicial, correspondiendo sólo a los magistrados intervinientes ponderar si se encuentran vulneradas la razonabilidad, buena fe y desviación de poder, en tanto límites del obrar administrativo aún en tal aspecto discrecional”⁸⁷.

En ese sentido en el caso *Ballatare*⁸⁸ (13 de junio de 1996), la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que este tipo de actuación -discrecional- debe ser racional y justa y es la razonabilidad con que se ejercen las facultades el principio que les otorga validez, y que permite a los jueces frente a planteos concretos verificar el cumplimiento de ese presupuesto.

Se observa en los casos mencionados de la CNCAF, que el control judicial de la discrecionalidad en el ordenamiento nacional tiene en cuenta los principios del derecho.

Al respecto, Comadira sostiene que: “el control de los elementos reglados del acto como la verificación judicial de los hechos invocados, no implican control de la discrecionalidad en sí misma sino, en todo caso, de aspectos jurídicamente reglados de la decisión discrecional”⁸⁹. En relación a ello, se mencionarán los precedentes jurisprudenciales en los que se destacó la debida observancia a los elementos reglados del acto administrativo emitido en ejercicio de facultad discrecional y al principio de

⁸⁷ CNFed. Cont. Adm., sala II, *Loiacono, Antonio v. Ente Nacional Regulador del Gas (Resolución Enargas 9/93)*, (1995).

⁸⁸ Conf. CNFed. Cont. Adm., sala II, *Ballatare Juan Alberto c/ E.N.-M° de Justicia/empleo público*, (1996).

⁸⁹ Conf. COMADIRA, ESCOLA Y COMADIRA, *op. cit.*, p. 109.

razonabilidad como parámetros de contraste directo al núcleo de la discrecionalidad, a fin de evitar que la posibilidad de arbitrio de la administración se distorsione en arbitrariedad.

En ese sentido la C.S.J.N se ha pronunciado en casos como:

- Solá (25 de noviembre de 1997), en cual se señaló que el control judicial de los actos discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -entre los que cabe encuadrar, esencialmente, la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto- y por otro, en el examen de su razonabilidad⁹⁰.

- Cedale (13 de agosto de 1998) en donde la Corte expreso que : “(...) no puede válidamente sostenerse que las facultades discrecionales del presidente para decretar cesantías lo exima del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también del sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas. (...) tratándose de un acto administrativo -y no institucional- dictado en ejercicio de las funciones y con las características antes señaladas, ello no obsta a que se verifique si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional del Poder Ejecutivo, el ejercicio de tal potestad devino en el dictado de un acto viciado de arbitrariedad”⁹¹.

- Alitt (21 de noviembre 2006), respecto de las potestades discrecionales la Corte sostuvo que el Estado no puede arbitrariamente negar la personería jurídica a una asociación sino sólo en base de pautas claras y objetivas que muestren disconformidad con el texto constitucional y que “el arbitrio de la administración no implica arbitrariedad y, por ende, debe ser controlado judicialmente. Actividad discrecional no es igual a la facultad de decir que si o que no, según le plazca a la administración, y mucho menos cuando se trata de conceder la personalidad jurídica, porque están comprometidos derechos de base constitucional”⁹².

- Schnaiderman (8 de abril de 2008), en el cual con remisión al dictamen de la Procuración General, se sostuvo que: “no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo, para cancelar la

⁹⁰ Conf. CSJN, *Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ empleo público*, Fallos: 320:2509 Fallos 320:2509, consid. N°10 (1997).

⁹¹ CSJN, *Cedale, Eduardo Antonio y otros c/ Estado Nacional s/ empleo público*, voto de los Dres. Nazareno, Moline O'Connor, López, y Vázquez, consid. N° 12, Fallos: 321:1970 (1998).

⁹² CSJN, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Transvesti -Transsexual c/ Inspección General de Justicia*, Fallos: 329:5266 (2006). En el mismo sentido el CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo*, Fallos: 330: 3908 (2007).

designación de un agente durante el periodo de prueba (según le autoriza el art. 25 del C.C.T) lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la L.N.P.A, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas”⁹³.

- Silva Tamayo (27 de diciembre de 2011), el Máximo Tribunal sostuvo que “si bien no existen figuras rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos (...) la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. es precisamente la legitimidad – constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permiten a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias”⁹⁴.

- Rodríguez Nelson (10 de octubre de 2012), el Tribunal expuso que: “la circunstancia de que la evaluación de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro del personal policial constituya el ejercicio de una actividad discrecional de los órganos administrativos que intervienen en ese procedimiento, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco la omisión de recaudo... ya que es precisamente la legitimidad – constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permiten a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias”⁹⁵.

Cabe mencionar por último el caso Unión de Usuarios y Consumidores (6 de marzo 2014), en el cual la Corte si bien no se refirió a las cuestiones de análisis de este apartado, sentó un precedente trascendental al expresar que: “la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse en la órbita de su jurisdicción, sin

⁹³ CSJN, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación*, Fallos: 331:735 (2008).

⁹⁴ CSJN, *Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN –Sindicatura General de la Nación – resol. 58/03 459/03 s/ empleo público*, Fallos: 334:1909 (2011).

⁹⁵ CSJN, *Rodríguez, Nelson Gustavo c/ EN Me Interior PFA dto. 2744/93 s/ Personal Militar Civil de las FFAA de Seg.*, Fallos: 335:2066 (2012).

menoscabar las funciones que incumben a otros poderes... Esto último sucedería si los jueces – tal como lo ha hecho el magistrado de primera instancia- pretenden sustituir a la Administración en sus atribuciones para decir el modo más oportuno o conveniente de cumplir sus obligaciones constitucionales”⁹⁶.

La importancia de este último fallo radica en el límite sustancial que debe respetar el Poder Judicial al controlar una decisión de la Administración.

En conclusión, del análisis de la jurisprudencia y casos destacados, se extrae que:

- El alcance del control judicial se limita a verificar la legitimidad del ejercicio de la discrecionalidad en el acto administrativo y en su caso declarar la nulidad.
- Los mecanismos de control judicial son los que derivan del principio de legitimidad, es decir los elementos reglados o esenciales del acto administrativo y los principios generales del derecho con destacada observancia al principio de razonabilidad.

⁹⁶ CSJN, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - ley 24.240 y otros s/ampo proc. Sumarísimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)*, Fallos: 337:196 (2014).

5- Esquema de los métodos de control judicial

A modo de esquema organizativo del marco normativo, doctrinario y jurisprudencial recogido en los apartados anteriores, se diferenciarán los métodos de control de la discrecionalidad en el acto administrativo, en primer lugar a través de la verificación de sus elementos reglados, lo cual implica un cumplimiento de los requerimientos normativos exigentes de una conducta administrativa predeterminada concretamente⁹⁷ y en segundo lugar mediante la debida observación de los principios generales del derecho aplicables⁹⁸.

5.1- Elementos reglados

Los elementos reglados o también conocidos como elementos esenciales del acto administrativo son:

La competencia

La competencia⁹⁹, entendida como un conjunto de poderes, facultades y atribuciones que -expresa o implícitamente- el ordenamiento otorga a un ente u órgano del estado, con lo cual al analizar este elemento debe atenderse al tipo de competencia que se ejercita ya sea en razón del grado, materia, tiempo y territorio.

La causa

Dentro la teoría del acto administrativo, el elemento causa se encuentra compuesto por dos sub-elementos:

1- Hechos: son considerados como el antecedente fáctico de la norma que habilita a ejercer una potestad reglada o en nuestro caso discrecional, para lo cual al momentos de comprobación por parte del juez, bastaría verificar la existencia de uno a varios hechos, ya que estos pueden existir o no.

El profesor Comadira sostiene que: “Aun la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa -en el supuesto de hecho y en el consecuente- debe ser construida, necesariamente, sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente y susceptibles, por consiguiente, de pleno control judicial”¹⁰⁰. En ese sentido en el caso Demchenko, Iván (24 de noviembre de 1998), la C.S.J.N sostuvo

⁹⁷ Conf. COMADIRA, ESCOLA Y COMADIRA, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁸ *Idem*, p. 109.

⁹⁹ Ley N° 19.549 art.7 inc. a).

¹⁰⁰ COMADIRA, ESCOLA Y COMADIRA, *op. cit.*, p. 113.

que: “(...) En modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley”¹⁰¹.

En la consideración de este sub-elemento, es de suma trascendencia jurídica que independientemente del grado de discrecionalidad que contenga un acto administrativo, que podría ser de alto grado, este no puede por ello contener una mención precaria del hecho y de su consecuencia.

2- Derecho: entendido como la norma jurídica aplicable al caso, que debe necesariamente contar el supuesto de hecho habilitante, ya que la inexistencia de hechos devendría en la aplicación de una norma de forma arbitraria.

La motivación

La motivación, conforme a la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional significa en otras palabras *la explicitación concreta que inducen al dictado del acto*¹⁰², estrechamente vinculada con la causa y finalidad del mismo, en efecto es la que en un acto administrativo se encuentra dentro de los denominados “considerando” o “porqués”; denota el ejercicio del poder administrador (como también judicial o legislativo) que de encontrarse insuficientemente motivado o injustificado, devendría en la nulidad absoluta del acto¹⁰³.

En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad justifica su decisión ante el administrado y también ante sí misma¹⁰⁴, en relación a lo primero, la exigencia de fundamentación sirve para que el administrado pueda defenderse de la decisión adoptada

¹⁰¹ CSJN, *Demchenko, Iván N. c/ Prefectura Naval Argentina -DPSJ 3/96- s/ proceso de conocimiento*, consid. N° 4, Fallos: 321:3103 (1998).

¹⁰² Ley N° 19.549, art.7 inc. b).

¹⁰³ Ley N° 19.549, art. 14 inc. b).

¹⁰⁴ Conf. COMADIRA, ESCOLA Y COMADIRA, *op. cit.*, p. 111. En la nota N°14 de dicha obra se mencionó que : en la causa "Carpineta de Burgos, Emilse", el juez Pedro Coviello en su voto sostuvo que en el contexto de un régimen republicano, toda decisión que afecte derechos de los particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar de una derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego, puesto que se trata de una exigencia que por imperio legal es establecida como elemento-condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, por lo que la causa debe existir e invocarse correctamente, de modo de asegurar, por un lado, la juridicidad y transparencia de la actuación administrativa y, por el otro, los derechos de los administrados (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ra, 9/4/2002); y la sala 5ta también señaló que el requisito de la motivación tiene mayor importancia en los actos realizados en ejercicio de facultades discrecionales (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5a, 12/5/2009, "SPN Sistema de Protección Medico SA v. DNCI-DISP 714/05").

en tanto el administrador explique “porque” siguió tal o cual curso de acción; en relación a lo segundo, se logra efectivizar el principio republicano de gobierno vinculado a la publicidad y transparencia de los actos de gobierno que sin la correspondiente explicación del “porque”, no se cumplirían.

La Profesora Sacristán sostiene que la finalidad de la motivación en esta especie de acto administrativo, es que se evite la arbitrariedad y se provea a la razonabilidad¹⁰⁵, así lo ha dicho nuestro Máximo Tribunal al sostener que “la discrecionalidad de los poderes públicos (...) debe responder a una motivación razonada y razonable”¹⁰⁶ y en relación a ello, la Corte Suprema expresa la necesidad de la motivación cuando se trata de actos discrecionales¹⁰⁷.

Se entiende entonces, que al tratarse de actos en ejercicio de potestad discrecional la motivación deberá ser mayor, porque la misma conlleva un espacio de valoración y selección del interés general en el cual la administración tendrá que indicar como y porque adopta una decisión, y porque descarta las otras igualmente validas, máxime cuando la decisión que adopta es la más gravosa para el particular o para el interés general.

La finalidad

Este elemento en la LNPA implica cumplir con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto¹⁰⁸, que en caso de omitirse acarrearía la nulidad del acto emitido¹⁰⁹.

Esto en relación al interés público, permite inferir que todas las potestades administrativas que son conferidas por el ordenamiento jurídico son tales para alcanzar un fin público o de interés general. Cada potestad tiene un fin inmediato para el cual se faculta a una autoridad a obrar y otro fin mediato que sería el interés general, este fin puede verse alterado o desnaturalizado cuando hay un ejercicio indebido de esa potestad

¹⁰⁵ Conf. SACRISTÁN, Estela B., “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, p. 85, en

<http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/La%20motivacion%20como%20requisito%20esencial%20del%20acto%20administrativo.pdf> (acceso el 28-08-2018).

¹⁰⁶ CSJN, *Recurso de hábeas corpus interpuesto por el Dr. Losoviz, Mauricio Osvaldo en favor de Canovi, Ricardo Alberto*, consid. 11 de la disidencia de los Dres. Risolía y Argúas, Fallos: 278:337 (1970).

¹⁰⁷ Conf. CSJN, *Goldemberg, Carlos Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, consid. 5° de la disidencia de los Dres. Moliné O’Connor y Fayt, Fallos: 322:3066 (1999).

¹⁰⁸ Ley N° 19.549 art. 7 inc. f).

¹⁰⁹ Ley N° 19.549 art. 14 inc. b).

lo que da lugar al vicio del acto denominado “desviación de poder” o violación del fin de la ley¹¹⁰.

El profesor Luqui¹¹¹, sostiene que para verificar o no una desviación de poder, el juez debe cotejar la finalidad perseguida por la ley con los presupuestos y con la parte resolutive el acto. Y agrega (citando a Duguit) que en cierto modo la desviación de poder constituye también un vicio de competencia, pues no resulta lógico –dice- sostener que el funcionario que obró dentro del ámbito de sus atribuciones cuando dictó un acto contrario al fin para el cual éstas le fueron conferidas.

Revisar – según el citado autor- si el acto administrativo persigue o no el fin de la ley implica analizar su contenido, el razonamiento que se siguió para dictarlo y verificar si se ajusta a la finalidad para el cual le fue conferida al autor la atribución que ejerció.

Es por ello la importancia de la motivación, ya que hace posible conocer cuáles fueron los motivos determinantes del acto y el razonamiento seguido por la administración y a través de ese medio verificar si el fin perseguido fue el previsto por la ley o no.

El objeto y el procedimiento

El elemento objeto, está contemplado en la LNPA como aquello que al acto decide, lo cual debe cierto y física y jurídicamente posible¹¹², que a su vez debe ser el resultado del elemento procedimiento¹¹³, que siempre es de carácter reglado¹¹⁴.

Sin perjuicio de la mención de los elementos caracterizados como reglados, el profesor Balbín, siguiendo las ideas de Sesín y Marienhoff sostiene que la descripción - de los elementos calificados como reglados- es imprecisa toda vez que en verdad todo elemento del acto estatal es más o menos reglado o, dicho en otros términos, más o menos

¹¹⁰ Conf. LUQUI, Roberto E., *op. cit.*, págs. 249 y ss.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Ley N° 19.549 art.7 inc. c)

¹¹³ Ley N° 19.549 art. 7 Inc. d): “antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”.

¹¹⁴ MERTEHIKIAN, Eduardo, “Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración”, Libro Cuestiones de Control de la Administración Pública, pág. 21 (2010), Ediciones Rap S.A. , en <http://www.saij.gob.ar/eduardo-mertehikian-breves-anotaciones-acerca-alcancecontrol-judicial-sobre-oportunidad-merito-conveniencia-conductas-administraciondacf130326-2010/123456789-0abc-defg6230-31fcanirtcod>. (acceso 15-04-2017).

discrecional, y agrega que bajo el razonamiento de que los actos son en parte reglados y en parte discrecionales, con sus elementos ocurre lo mismo¹¹⁵.

Quizás debamos entonces – dice Balbín- abandonar estos criterios de actos reglados o discrecionales, y elementos reglados y discrecionales, como conceptos contrapuestos, reemplazándolos por los aspectos reglados o discrecionales que entrecruzan el acto y sus elementos, y no de un modo tajante y concluyente, sino por grados, matices y densidades¹¹⁶.

En ese sentido la CSJN en el caso “Gonzales Alejandro” ha dicho que: “al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos, sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentran su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión”¹¹⁷.

Todo lo antes dicho permite concluir, como lo sostiene el profesor Comadira, que el control a la discrecionalidad mediante los elementos del acto no refiere a ella en sí misma, ello por cuanto la discrecionalidad – como se dijo- conlleva un juicio de ponderación o de estimación subjetiva y aquí se realiza una comparación entre la norma y los requisitos del acto, pero no se atiende a la problemática fundamental del control judicial que debe centrarse en la procedencia y los alcances del enjuiciamiento de la libertad en la que ella consiste¹¹⁸.

Por ello, se debe confrontar la discrecionalidad con los principios generales del derecho, ya que la discrecionalidad, en tanto elección, es libre, aunque no absolutamente libre, sino limitada negativamente por los principios generales del derecho. En consecuencia, el núcleo de la decisión discrecional habilitada por la norma es, en principio, libre negativamente, pero revisable, en plenitud, en el marco de los principios generales del derecho en tanto límites negativos de aquella libertad¹¹⁹.

5.2- Los principios generales del derecho y los principios del derecho administrativo

El profesor Coviello refiere a los principios generales del derecho o principios jurídicos como: “aquellos que la humanidad descubre en la realidad y en los que

¹¹⁵ Conf. BALBIN, Carlos F., *op. cit.*, “Curso...”, p.501.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ CSJN, *González, Alejandro Daniel y otros c/ Estado Nacional - M° de Cultura y Educación s/ proceso de conocimiento*, con remisión al dictamen del Procurador General, Fallos: 325:3435 (2002).

¹¹⁸ Conf. COMADIRA, ESCOLA Y COMADIRA, *op. cit.*, págs. 109 y 110.

¹¹⁹ *Idem*, págs. 114 y 115.

participan todos aquellos grupos sociales asentados en un desarrollo de los valores fundamentales de la persona, que son su dignidad y libertad que, como reflejo, se proyectan en la sociedad como medio en donde ella vive y se desarrolla”¹²⁰.

Dworkin por su parte expresa que: “(...) Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad, mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio – su peso específico- es el que determina cuando se debe aplicar en una situación determinada. Los principios – además- informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante”¹²¹.

Entre los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico se destacan:

- La igualdad: consagrado expresamente en el art.16 de nuestra constitución nacional y aplicada jurisprudencia nacional en el caso “Industria Maderera Lanín”¹²², donde se expresó que: “(...) lo cual habría puesto de relieve un sentido de igualdad de oportunidades para quienes se hallasen dentro de una razonable paridad de condiciones (Art. 16, Constitución Nacional)”.

Invocar el principio de igualdad implica resaltar la imparcialidad y equidad con la que debe actuar todo órgano estatal, sin dar un trato diferencial a quienes se encuentran en las mismas condiciones, para lo cual los jueces deben prestar exhaustiva atención.

- La buena fé: que resulta afectada si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artificios o artimañas -por acción u omisión, incluso el silencio- para llevar a engaño o a error a un administrado; tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa, y es también ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional¹²³. El mismo principio es hoy en día complementado con la visión que prohíbe la autocontradicción como forma de mala fe y la tutela de la confianza legítima del administrado hacia el administrador¹²⁴.

¹²⁰ COVIELLO, Pedro José Jorge, *op. cit.*, p. 642.

¹²¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 9.

¹²² CSJN, *Industria Maderera Lanin S.R.L. c/ Nación*, Consid. N°8, Fallos: 298:223 (1977). Sin perjuicio de que en el fallo se mencionaron otras cuestiones atinentes a la razonabilidad.

¹²³ Conf. GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 9...*, p. 184.

¹²⁴ *Idem*, p. 620.

- La razonabilidad¹²⁵: la norma legal o reglamentaria (nacional, provincial o municipal), al igual que la decisión individual, actuación material u omisión de las administraciones públicas y del estado en general, será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo que puede ocurrir, principalmente, cuando:

a- No dé en el acto particular los fundamentos de hecho o de derecho que lo sustentan.

b- No tenga en cuenta en las normas o en las decisiones concretas, los hechos que constan en el expediente, o públicos y notorios; o se fundamente en hechos o pruebas inexistentes.

c- No guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea alcanzar, es decir, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación a lo que se quiere alcanzar.

En relación al principio de razonabilidad respecto de la discrecionalidad, la Corte Suprema sostuvo que: “es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”¹²⁶.

En esa misma línea, pero haciendo especial hincapié en lo que se considera sub-principio de proporcionalidad -integrante de la razonabilidad, como se verá- en los casos “Almirón”¹²⁷ y “Arenzón”¹²⁸, la Corte consideró que la restricción impuesta por la norma-resolución que impedía el ingreso al profesorado de geografía por tener visión en uno de sus ojos, en el primer caso; y la resolución que prescribe un mínimo de estatura para ingresar al Instituto Superior del Profesorado en el segundo caso, resultaba desproporcional, manifiestamente arbitraria y lesionaba los derechos subjetivos de los actores, reiterando la trascendente postura que considera que la “circunstancia de que la recurrente obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado”.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 183.

¹²⁶ CSJN, *Ducilo S.A. s/ recurso de amparo*, Consid. N°6, Fallos: 313:153 (1990) entre otros.

¹²⁷ CSJN, *Almirón, Gregoria c/ Nación Argentina*, Consid. N°5 y N°6, Fallos: 305:1.489 (1987).

¹²⁸ CSJN, *Arenzón, Gabriel c/ Estado Nacional*, Consid. N°5 y N°6, Fallos: 306:400 (1983).

La doctrina alemana¹²⁹, que denomina al principio de razonabilidad como principio de proporcionalidad, sostiene que éste se encuentra constituido por tres sub-principios que debe respetar el estado en sus diferentes funciones.

Al respecto, el Profesor Juan Cianciardo expresa que: “la razonabilidad es aplicada en los Estados Unidos, Argentina, Alemania, Gran Bretaña, España, Italia, Francia, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suiza; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Dicha máxima principio prescribe, muy genéricamente, que toda regulación legislativa en materia de derechos fundamentales debe ser razonable o proporcionada. A la hora de determinar concretamente el alcance de la razonabilidad se sostiene que se encuentra integrada por tres subprincipios, a saber: de adecuación, de necesidad, y de razonabilidad en sentido estricto”¹³⁰.

De acuerdo a la sub- clasificación mencionada por el citado autor, los 3 (tres) sub-principios integrantes de la razonabilidad o proporcionalidad son:

1- Principio de adecuación o idoneidad: en relación al estado y su función legislativa, predica que para que una norma reglamentaria de un principio constitucional sea válida, debe perseguir un fin constitucionalmente aceptable y debe ser capaz de causar ese fin, lo que se examina es que la norma sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado. Establece la exigencia de la conformidad o la adecuación entre medios y fines, según el cual el acto (entendido en sentido amplio como: ley, reglamento, acto particular, hecho) debe ser apropiado para la realización de las finalidades a él subyacentes.

2- Principio de necesidad o indispensabilidad: prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Tiene lugar, como se ve, un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. La medida legislativa superará el subprincipio de necesidad solo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego.

¹²⁹ Conf. MARANIELLO, Patricio Alejandro. “El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional”, p. 7, en <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>. (acceso 28-06-2017).

¹³⁰ Cianciardo, Juan, *PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO “Una aproximación desde las tesis del positivismo Jurídico”*. 1ª Edición- Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, págs. 58 y ss.

3- Principio de proporcionalidad en sentido estricto: La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al momento de precisar en qué consiste una “relación razonable”.

La posición dominante concreta el juicio en un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida. Por tanto, a mayores beneficios, tanto mayor es el grado de restringibilidad de la norma iusfundamental afectada.

En palabras de la Corte argentina: “la medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar, determinara la medida de las regulaciones en cada caso”¹³¹.

También en el derecho español tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la doctrina han llegado a una conceptualización similar. Por ejemplo, se ha sostenido en la STC 66/95 que una restricción de un derecho fundamental es proporcionada stricto sensu si es “ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”¹³².

La expresión “balance entre costos y beneficios” (utilizada en el derecho francés) pareciera indicar -dice Cianciardo- que será razonable toda medida que suponga un coste proporcionado con los beneficios.

Este sub- principio, predica que la medida (en sentido amplio) adoptada no sea desproporcionada con las restricciones que impone, a lo cual también se denomina proporcionalidad en sentido estricto y en donde importa un balance de valores o intereses en juego.

Se infiere de la tesis del profesor Cianciardo que: una vez establecida la adecuación y la necesidad de la medida, se debe determinar si la decisión es razonable en sentido estricto.

Si bien la tesis de Cianciardo refiere a la actividad de regulación legislativa del Estado, también es posible aplicarla tanto para emitir un acto administrativo como para su posterior contralor judicial, ya que se trata de un principio y por ende el alcance abarca la actividad de los tres poderes del estado.

Así, en el acto administrativo – emitido en ejercicio de facultad discrecional- la teoría se adecuaría de la siguiente manera:

¹³¹ CSJN, *Pedro Inchauspe y Hnos. c/Junta Nacional de Carnes*, consid. N° 5 párrafo 3°, Fallos: 199:483 (1944).

¹³² STC 66/1995, FJ N°5.

1- Principio de adecuación o idoneidad: la elección de una de las soluciones igualmente validas que se plasme en el acto administrativo deberá ser idónea o adecuada al fin que se procura.

2- Principio de necesidad o indispensabilidad: el acto administrativo se adaptará el principio de necesidad solo si la elección de las soluciones es la menos restrictiva para los derechos fundamentales del caso.

3- Principio de proporcionalidad en sentido estricto: en el acto administrativo, implica que la decisión sea el resultado de un balance razonable y proporcionado entre los perjuicios que supone y los beneficios que genera la elección de una de las alternativas válidas.

A todo lo antes mencionado, cabe agregar que según Cassagne¹³³ existen principios generales del Derecho Administrativo que por el sentido de su especialidad y fundamento institucional no es posible extenderlos a todas las ramas del derecho. Algunos de los principios que pertenecen a este grupo son:

- El paralelismo de las competencias, este principio según el cual el órgano que posee facultades para dictar un acto tiene aptitud también para modificarlo o extinguirlo, ha sido acogido en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación (ver Dictámenes 7:10):
- La publicidad de los actos de gobierno;
- El acceso del particular a la información estatal no clasificada previamente como secreta, etc.

Por su parte, Gordillo¹³⁴ refiere a los principios fundamentales del procedimiento administrativo, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

- Principio de Oficialidad y dentro este el Principio de la Impulsión de Oficio, el cual implica que, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde en todos los casos a la administración.
- Principio del Informalismo en favor del administrado, uno de los aspectos fundamentales del procedimiento administrativo es el de su carencia de formas estrictas, o sea, su informalismo (...). El procedimiento es informal sólo para el administrado: Es decir, es únicamente el administrado quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas le benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden

¹³³Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot 9ª edición. Buenos Aires, 2008. p. 204.

¹³⁴Conf. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 5, Primeras Obras 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012, PARA-II- 3 y siguientes, en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf (Disponible el 02/11/18).

jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso.

- Principio de la Verdad Material, el cual significa que Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no: Por ejemplo, hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias, que estén en expedientes paralelos o distintos, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos, etc.

- Principio del Debido Proceso (garantía de la defensa), es el reconocimiento práctico en el procedimiento administrativo de la garantía del art. 18 de la Constitución surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema y ha sido ampliamente reconocido y aplicado uniformemente, por la Procuración del Tesoro de la Nación (...). Dicha garantía comprende varios aspectos:

1°) Derecho a ser oído, lo que a su vez presupone:

- a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas;
- b) oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después;
- c) consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso;
- d) obligación de decir expresamente las peticiones y, como corolario de c),
- e) obligación de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes;

2°) Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo de que quiera valerse, lo que comprende:

- a) Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida;
- b) que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión;
- c) derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la Administración, sea ella pericial o testimonial.

- Rapidez, simplicidad, economía, estos son principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal son el de la rapidez, simplicidad y economía procedimentales. Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente.

Todo lo antes dicho permite sostener que la forma para controlar discrecionalidad en el acto administrativo es mediante la verificación de legitimidad de sus elementos esenciales y de los principios generales del derecho como también los principios propios del derecho administrativo.

6- Control Judicial de la discrecionalidad en la Provincia de Formosa

Ahora debo insertar el análisis efectuado en extenso al sistema normativo y jurisprudencial de la Provincia de Formosa. En cuanto a las normas locales, se ocupará: la Constitución de la Provincia, la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia (Decreto Ley N° 971/80 y su mod. Ley N° 532 / 1985) y el Código Procesal Administrativo (Decreto-Ley N° 584/1978 -actualizado por Ley 1.390/2002).

6.1- Marco normativo del ordenamiento provincial

En primer lugar cabe mencionar que en la Constitución Provincial (en su versión vigente aprobada en el año 2003) no hace referencia expresa a la discrecionalidad.

Sin perjuicio de ello y en relación a los principios jurídicos que son utilizados como mecanismos de fiscalización jurisdiccional, la Constitución Provincial en su artículo 87 establece: “La Administración Pública Provincial y la Municipal están regidas por los principios de la legalidad, eficacia, austeridad, centralización normativa, desconcentración operativa, capacidad, equidad, igualdad, informalismo y publicidad de las normas o actos. Su actuación tiende a lograr economía y sencillez en el trámite, celeridad, participación y el debido procedimiento público para los administrados”.

Por su parte, en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia se destaca lo siguiente:

- El art. 2 establece que : “El procedimiento administrativo tenderá a un mejor y más eficaz funcionamiento de la Administración, con sujeción al ordenamiento jurídico objetivo, debiendo asegurarse sustancialmente, como requisitos de cumplimiento esencial:

a) *La vigencia permanente de los principios de equidad, legalidad, razonabilidad, buena fe y moralidad como fundamentos orientadores del accionar administrativo y toda la actividad procedimental. (Principios jurídicos).*

b) *La búsqueda de la verdad material, valiéndose al efecto de la instrucción e impulsión de oficio. (Principio jurídico).*

d) (...) *El informalismo en los trámites (...). (Principio jurídico).*

e) *La publicidad de las actuaciones y procedimientos administrativos (...). (Principio jurídico).*

f) La observancia del debido proceso formal y material, sin vulnerar las garantías constitucionales de los administrados (...)". (Principio jurídico).

- El art. 30 preceptúa los requisitos esenciales del acto administrativo:

1. *Que la Administración pública, obre al dictarlo, en ejercicio de su competencia (...).* (Elemento competencia).

3. (...) *Que tenga sustento en las circunstancias de hecho y antecedentes de derecho que le sirvan de causa.* (Elemento causa).

4. *Que antes de su emisión se cumplan los procedimientos esenciales, sustanciales y adjetivos previstos por esta ley y los que resultaren expresa o implícitamente del ordenamiento jurídico de aplicación (...).* (Elemento procedimiento).

5. *Que su objeto, o sea lo que dispone, decide, preceptúa u opina sea cierto, lícito, física y jurídicamente posible y que comprenda o decida todas las cuestiones articuladas o peticiones realizadas (...).* (Elemento objeto).

6. *Que dé cumplimiento a la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados, distintos de los que justifican razonablemente el acto, su causa y objeto (...).* (Elemento finalidad).

7. *Que se exteriorice por instrumento idóneo, expreso y por escrito, indicando el lugar y la fecha de su emisión, debiendo contener la firma de la autoridad que lo suscribe (...).* (Elemento formalidad).

9. (...) *Que implique una razonable valoración de su legitimidad, en relación a las circunstancias de hecho y de derecho aplicables y que disponga lo que sea proporcionado al fin perseguido por el orden jurídico, atendiendo a la causa que motiva el acto* (Elemento motivación).

10. *Que en su emisión no se vulneren además los principios de moralidad, buena fe, legalidad y debido proceso, ajenos al accionar administrativo.* (Mandato expreso de respeto por los principios jurídicos).

- El art. 31 establece que en principio los actos administrativos deben ser motivados y en su inciso e) establece expresamente la motivación de hecho y derecho de los actos que sean *discrecionales*.

- El art. 32 contempla expresamente el principio de legalidad y el principio de irrevocabilidad (propio del ordenamiento local): “El contenido del acto no podrá contravenir –por el principio de legalidad– disposiciones constitucionales o legislativas, ni afectar el *principio de la irrevocabilidad del acto administrativo*, salvo en la forma establecida por esta ley”.

- El art. 42 refiere a los vicios del acto administrativo y respecto de los actos emitidos en ejercicio de una actividad *discrecional* establece que: “ (...)La invalidez de un elemento o cláusula accidental del acto administrativo no vicia a este último si el mismo fue emitido en ejercicio de una actividad reglada; pero si hubiere sido emitido en ejercicio de una actividad *discrecional*, la invalidez de la cláusula accidental viciará al acto si la inclusión de aquella fue la razón principal para la emisión de dicho acto”.

- El art. 58 establece que: “El acto administrativo, haya sido emitido en ejercicio de la actividad reglada o de la *discrecional*, podrá ser revocado en cualquier momento por la Administración Pública, por sí y ante sí, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En tales supuestos deberá indemnizarse al administrado.

El acto administrativo regular, que cause estado, haya sido dictado en ejercicio de la actividad reglada o de la *discrecional*, del cual nacieron derechos, no podrá ser revocado por la Administración Pública por razones de legitimidad. En este supuesto la extinción del acto deberá gestionarse ante la autoridad judicial por vía de anulación”.

- El art. 59 establece que: “El acto administrativo, haya sido dictado en ejercicio de la actividad reglada o de la *discrecional*, podrá ser revocado por razones de ilegitimidad incluso por la Administración Pública, actuando por sí y ante sí, cuando se tratare de una irregularidad muy grave determinante de la nulidad absoluta del acto. Si el vicio no tuviere esa gravedad, la extinción del acto debe gestionarse ante la autoridad judicial por vía de anulación.

La Administración Pública podrá revocar los actos administrativos si con ello favorece al administrado y no causa perjuicios a terceros”.

- El art. 92 establece que: “Toda decisión, declaración o disposición administrativa, ya sea final; interlocutoria o de mero trámite, unilateral o bilateral; dictada en ejercicio de la actividad reglada o de la *discrecional* de alcance individual, así como también las de alcance general cuando en este caso la autoridad les hubiere dado o comenzado a dar

aplicación; que lesione un derecho subjetivo o interés legítimo de un administrado, o importe una transgresión de normas legales o reglamentarias o adolezca de vicios que la invaliden, es impugnabile mediante los recursos administrativos en los casos y con los alcances establecidos por la legislación administrativa y su reglamentación”.

Por último, del Código Procesal Administrativo de la Provincia se resalta:

- El art. 2 inciso a), prescribe que son impugnables por las vías contempladas en el plexo normativo “Los actos dictados en ejercicio de facultades *discrecionales* siempre que la impugnación se funde en razones de legitimidad.

El concepto de ilegitimidad comprende los vicios en la competencia, objeto, voluntad, procedimiento y forma del acto, la desviación y el abuso o exceso de poder, la arbitrariedad y la violación de los principios generales del derecho”.

- En el Art. 113, “El orden jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho. Si no hay norma administrativa escrita que regule el caso, se aplicarán las normas del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, y las demás leyes de la Provincia. Si aún así no pudiese resolverse la cuestión planteada se atenderá a los principios en que se sustenta el orden jurídico local. Sólo si el asunto siguiera sin encontrar solución, se recurrirá a las leyes análogas del orden nacional y a los principios de dicho derecho”.

De la interpretación integral de lo antes abordado, se observa – en el destacado que nos corresponde de cada artículo citado- que el ordenamiento provincial contempla principios generales del derecho y principios propios del derecho administrativo local, se menciona expresamente el ejercicio de la potestad discrecional y la posibilidad de su control judicial por razones de ilegitimidad, la cual comprende toda transgresión a los elementos reglados del acto y a los principios jurídicos.

Además, el art. 113 de la Ley de Procedimientos establece la manera de integrar e interpretar el ordenamiento administrativo local cuando no exista norma concreta para un caso determinado, donde deberá atenderse al orden de prelación tipificado en la norma.

En este contexto normativo se analizarán los fallos del fuero contencioso administrativo de la Provincia de Formosa.

6.2- Análisis de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Formosa

Como se ha dicho en el introito del presente trabajo, he decidido analizar los fallos locales en un marco temporal desde el año 2000 al año 2016, cuya elección se basa en aquellos donde el control a la discrecionalidad ha sido expreso, con prescindencia de los que resulten similares.

Los casos son los siguientes:

- **“Cortez Néstor Marcos c/H.C.D de la Localidad de Ing. Juarez s/Acción Contenciosa Administrativa” (2001):**

Hechos: el Honorable Consejo Deliberante de la Localidad de Ingeniero Juárez mediante Ordenanza N° 25/99 designo al señor Néstor Marcos Cortez en el cargo de Prosecretario, quien luego mediante Resolución N° 133/00 (8 de agosto de 2000) emitida por el presidente del cuerpo legislativo fue beneficiado en calidad de permanente en el mismo cargo.

Sin embargo, mediante Resolución N° 145/00 (20 de septiembre de 200) del H.C.D, se desafectó del Presupuesto General de Recursos y Gastos el cargo del mencionado agente, lo que para el señor Cortez significó un cese encubierto de sus funciones y por ello impugnó la resolución mencionada hasta agotar la instancia administrativa y promovió demanda contencioso administrativa. Fundó su pretensión en que se habría violentado la garantía de estabilidad del empleo público consagrada en el art. 89 de la Constitución Provincial ¹³⁵ y en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Fundamentos del fallo: El Superior Tribunal de la Provincia rechazó la demanda contencioso administrativa manifestando que: “ (...) Este Superior Tribunal (...) tiene dicho que, por aplicación de la doctrina de los propios actos, se produce una contradicción en aceptar un cargo a sabiendas de que se trata de una designación efectuada en el marco del ejercicio de una discrecionalidad, para luego cuestionar o impugnar el cese en la misma función, dispuesta conforme a las mismas pautas de discrecionalidad que antes

¹³⁵Constitución de Formosa: Artículo 89.- Todos los habitantes de la Provincia, sin distinción de sexos, son admisibles en los empleos públicos, sin otra condición que la idoneidad. Será requisito indispensable para el ingreso la residencia previa en el territorio de la Provincia; excepto en aquellas actividades que deban realizarse fuera de ella.

Como criterio de selección en igualdad de condiciones, se dará preferencia al nativo.

Aquellos cuya elección o nombramiento no prevea esta Constitución, serán designados previo concurso de oposición y antecedentes que aseguren su idoneidad para el cargo conforme con las leyes respectivas. Serán inamovibles en sus puestos mientras dure su buena conducta y capacidad; la ley fijará un régimen de escalafón, derechos, deberes y obligaciones; y de traslado, remoción e indemnización de los empleados.

había sido aceptada para su designación (Fallo: 3390/92). Potestad que por otra parte no resulta modificada por el hecho de que haya sido nombrado en planta permanente por cuanto con ello no se altera la naturaleza discrecional de la designación y por lo tanto no impide el ejercicio de la facultad discrecional de remoción del H.C.D”.

Análisis jurídico: el Superior Tribunal, interpreta que el ejercicio de la potestad discrecional opera como supuesto habilitante para modificar derechos adquiridos como ser el empleo, fundamentando en que es el particular quien debe saber que la forma discrecional de su designación le impide posteriormente impugnar su remoción, ya que se realiza bajo las mismas pautas discrecionales.

Tal solución, parecería ser una interpretación inadecuada del concepto de potestad discrecional en función de la doctrina de los propios actos.

En primer lugar, porque de la lectura del fundamento se infiere que el ejercicio de la potestad discrecional habilita a un sin límite de decisiones sin más motivación que la mera invocación del uso de tal facultad.

En segundo lugar, respecto de la estabilidad, existen derechos subjetivos en cumplimiento dado que el agente se encuentra en ejercicio de la función para la que fue designado.

De las observaciones precedentes se observa que en el primer caso no se realiza el análisis de control de los elementos reglados afectados (v.gr causa, motivación, procedimiento) por cuanto la sola mención del uso de la potestad discrecional no importa la legitimidad de la decisión, sino que debería existir motivación suficiente.

En el segundo caso, considerando que la estabilidad en el empleo importa una garantía constitucional provincial y nacional, se debió respetar el principio de juridicidad. Asimismo, se ha vulnerado el principio de buena fe debido a la afectación de la confianza legítima del particular en la administración, por cuanto parecería ser que debido la modalidad discrecional de su designación, esta resulta precaria.

• **“Téllez, Walberto c/H.C.D. Municipalidad de S. Fco. De Laishí S/Acción Contencioso-Administrativa” (2001):**

Hechos: la Intendente la ciudad de San Francisco de Laishí mediante orden verbal despidió al señor Walberto Téllez integrante de la planta permanente de la Municipalidad de dicha localidad, por lo que este solicitó su reincorporación.

Fundamentos del fallo: el Superior Tribunal de la Provincia hizo lugar a la solicitud del señor Téllez y para ello sostuvo que: “(...) no estando debidamente acreditado que el Sr. Téllez haya sido removido de su empleo público por el procedimiento legal previsto al respecto, corresponde su reincorporación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación,

después de recordar que el art. 14 bis establece imperativamente que las leyes asegurarán la estabilidad del empleo público, dijo: “En su recto sentido la norma proscribe la ruptura discrecional del vínculo de empleo público” (Fallos, 261:361 y sgtes; 269:230 sgtes, entre otros)”.

Análisis jurídico: el Tribunal utiliza el método de control de la discrecionalidad administrativa mediante los elementos reglados del acto (que en el caso es el procedimiento). Además, agrega la interpretación de la Corte Suprema respecto de la prohibición de extinguir la relación de empleo público mediante el ejercicio de facultad discrecional.

Al análisis del tribunal, se podría agregar la ponderación expresa del principio de juridicidad en sentido abarcativo, ya que se vulneran normas constitucionales nacionales y provinciales (que contemplan la estabilidad del empleo público y el debido proceso).

• **“Echazú, Silvia Del Valle c/Municipalidad de la Ciudad de Formosa S/Acción Contencioso Administrativa” (2002):**

Hechos: la señora Silvia del Valle Echazú ingresó a la Municipalidad de Formosa en forma provisoria mediante contrato de locación (Decreto 311/96) con fecha 7 de marzo de 1996 y sucesivamente prorrogado hasta el 28 de octubre de 1999.

Luego mediante Decreto 1233/99 se dispuso el pase de la actora a planta permanente de la Dirección de Deportes dependiente de la Unidad Ejecutora de Relaciones institucionales de la Municipalidad de Formosa.

Este último acto se dejó sin efecto mediante decreto municipal N° 79 del 7 de diciembre de 1.999, invocando razones de oportunidad, mérito y conveniencia como también la emergencia consagrada por la ley Provincial N° 1296, a la que se encontraba adherida el Municipio mediante Decreto 4276/99 del Poder Ejecutivo Municipal.

La señora Echazú, impugnó el Decreto N°79/99 y no obtuvo respuesta de la administración municipal, la que al incurrir en un incumplimiento por exceso de plazo para expedirse, motivó a la administrada a promover demanda contencioso administrativa solicitando la nulidad del decreto fundando su pretensión en el art. 17 inc. a) del Código de Procedimientos Administrativos, en el art. 89 de la Constitución Provincial y en el art. 14 de la Constitución Nacional.

Fundamentos del fallo: “Ante la laguna existente en la normativa municipal sobre la situación del personal con reiterados contratos de locación, cabe interpretar el caso a la

luz del art. 7º del Decreto-Ley 696/78¹³⁶ donde se toman como provisoriedad a prueba en el cargo los seis primeros meses de la efectiva prestación de servicios, al término de los mismos se le conferirá el carácter de definitivo. La actora evidentemente demostraba sus condiciones para las funciones que se le había contratado ya que se le volvía a reiterar dicha contratación mediante una forma harto irregular por su discrecionalidad pero sin pasarla a planta permanente. (...) Cuando un acto administrativo carece de argumentación razonable sobre hechos que se vinculan y se basa tan sólo en la pura y simple voluntad del funcionario que los dictó, es arbitrario y por ende ilegítimo (Procuración del Tesoro, Dictamen N° 7, traído en la pág. 159 de la obra de Tomás Hutchinson, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Tomo I)”.

Análisis jurídico: el Tribunal utiliza el método de control mediante los elementos reglados del acto, que en el caso es la motivación.

A la solución podría agregarse la mención expresa de los principios de:

- a) Legitimidad como contrastación a la arbitrariedad y;
- b) Razonabilidad, en base al subprincipio de adecuación en cuanto a la correcta ponderación de medios y fines; y al subprincipio de necesidad, respecto a la menor afectación de los derechos en juego como ser el empleo.

• **“Gómez, Pedro Fernando c/Provincia De Formosa S/Sumario” (2006):**

Hechos: el Señor Pedro Fernando Gómez acciona contra el Centro de Formación Profesional N° 1 y el Ministerio de Cultura y Educación de la Provincia de Formosa, reclamando su reinstalación en el cargo como maestro de Enseñanza Práctica que detentaba en el mencionado establecimiento como suplente desde fecha 02 de abril de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2002. Denuncia que mediante Resolución N° 039/02 se designa al Sr. Adriano Gregorio Rojas, en el cargo que ocupara el accionante para cubrir la suplencia por el ciclo lectivo 2003. Afirma que dicho acto administrativo adolece de varias irregularidades, pues mediante el mismo se designa en el cargo a quien no reunía en ese momento las condiciones formales, como tampoco se encontraba inscripto como aspirante a cubrir interinatos y suplencias en el cargo en cuestión y por lo tanto no figuraba en la correspondiente lista de puntajes por orden de mérito por ante la Junta de Clasificación del Ministerio de Cultura y Educación de la Provincia. Agrega que, de conformidad a lo normado en el Estatuto del Docente, el Decreto Provincial N° 120/95 y

¹³⁶ Estatuto de Empleo Público Decreto-ley N° 696/78, artículo 7: “Todo nombramiento tendrá carácter provisional durante los seis (6) meses contados a partir de la efectiva prestación de servicios. Al término de los mismos se le conferirá carácter definitivo cuando el nombrado haya, demostrado condiciones para las funciones del cargo conferido. En caso contrario, no obstante haber aprobado el concurso, se prescindirá de sus servicios”.

la Resolución N° 156/02 era él quien debía ser designado nuevamente en el cargo en cuestión, pues la vacante que originó su nombramiento continuó en el ciclo 2003. Destaca como irregular, la circunstancia de que su cese de actividades no le fuera notificado debidamente, refiere que la Resolución N° 040/03 mediante la cual se da por finalizado sus funciones no fue notificado en forma personal. Además solicita el pago de los haberes correspondientes al ciclo lectivo 2003.

La demandada en su escrito de responder considerara, en primer lugar, que la suplencia del actor finalizó al terminar el ciclo lectivo 2002 de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 1178¹³⁷, razón por la que no era necesaria notificación alguna de culminación de la suplencia; en segundo lugar porque, el actor al no estar inscripto como aspirante a interinatos y suplencias en el período 2003 en el establecimiento educativo demandado, no es titular de un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado y por ende no tiene sustento la acción contenciosa entablada; en tercer lugar porque, de conformidad al Decreto N° 563/96 es facultad del Ministro de Cultura y Educación autorizar la cobertura de cargos u horas cátedras de interinos y suplentes y además porque la Administración demandada tiene facultades discrecionales para valorar las necesidades generales y elegir entre uno u otro curso de acción.

Fundamentos del Fallo: el Superior Tribunal hizo lugar a la acción contenciosa con los siguientes argumentos:

- “(...) es en principio procedente el reclamo del actor, habida cuenta que el derecho o interés legítimo de éste se vio lesionado al nombrar la demandada un nuevo docente para cubrir la vacante de suplente como maestro de enseñanza práctica en el Centro de Formación Profesional N° 1 de esta ciudad, sin respetar lo dispuesto en el Estatuto del Docente Provincial N° 931¹³⁸ y las demás normas que de conformidad se aplican, Ley Provincial N° 1178 (Boletín Oficial Extraordinario N° 55 del 20-12-95) y Decreto Provincial N° 120/95¹³⁹ (Boletín Oficial N° 5606 del 25.01.96)”.

¹³⁷ Ley provincial que declara estado de emergencia en el área de educación.

¹³⁸ Estatuto del Docente Provincial N°931, art. 198 -modificado por ley 1178- dispone que: “Los aspirantes a interinatos y suplencias en cualquier grado del escalafón deberán reunir las condiciones exigidas por este Estatuto para la designación de titulares”. La Ley 1178 art. 2º, le agregó el siguiente párrafo: “Las designaciones de las suplencias no podrán exceder el término fijado para la finalización del período escolar para cada nivel, modalidad o regímenes especiales por el calendario escolar único anual, con excepción de los cargos directivos”. A su vez el art. 199 dispone que: “La designación de interinos y/o suplentes se realizará teniendo en cuenta el orden de mérito establecido por la Junta de Clasificación, antes del inicio del período escolar inmediato, de los aspirantes inscriptos para tal efecto”.

¹³⁹ Decreto Provincial N° 120/95, art. 8º 3er. Párrafo dispone que: “En los casos en que las vacantes que motivaron la suplencia continúen al inicio del término lectivo siguiente, los docentes que cubrían las

- “Conforme las disposiciones citadas y considerando que el actor al haber ocupado un cargo de suplente o interinato no le permitía invocar a su favor la garantía de estabilidad (SC Buenos Aires, junio 3-975, sumario N° 422 Digesto Jurídico La Ley T. VII 1996, pág. 345), luego de cubrir la suplencia por el ciclo lectivo 2002, cuya designación finalizaba al culminar ese año (conforme agregado al art. 198 del Estatuto del Docente por la Ley Provincial 1178), debía -para cubrir nuevamente la suplencia interesada- estar inscripto ante la Junta de Clasificación antes del inicio del período escolar del año 2003. Tal recaudo de inscripción lo cumplimentó el actor, conforme surge de la Planilla de Clasificación expedida por la Junta de Clasificación de Nivel Medio Polimodal que en original ofreciera esa parte que se tiene a la vista, sin que la demandada impugnara la misma (...).”

- “(...) la demandada al designar otro docente en el cargo que por derecho le correspondía al accionante, hace caso omiso e incumple la normativa vigente, violando de manera abierta los derechos de Gómez como docente, quien respetó y se acogió a la reglamentación, cumpliendo los pasos que la ley le impone para cubrir el cargo que pretendía. Y que no sólo se trata de una pretensión, sino ya de un derecho que la propia ley le reconoce, pues al haber cubierto la suplencia del ciclo lectivo del año 2002, el Sr. Gómez tenía prioridad en la designación en el mismo cargo, conforme lo dispone el art. 8° 3er. Párrafo del Decreto Provincial N° 120/95 citado”.

- “(...) es equivocada la conducta demostrada por el Estado, quien es el primer obligado en cumplir las normas vigentes que regulan la actividad educativa a su cargo, como también velar y observar el no quebrantamiento de derechos de raigambre constitucional como es justamente el derecho a la igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y su símil art. 9° de la Constitución Provincial¹⁴⁰. En el caso de autos, se advierte la violación de este derecho constitucional por parte del Estado, pues como se ha dicho, la igualdad consiste en que todos los habitantes del Estado sean tratados del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas condiciones y circunstancias; o expresado de otra manera, la igualdad exige el mismo tratamiento a quienes se encuentran en análogas situaciones, de forma tal que -como lo sostiene la Corte Suprema- no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias (Constitución Argentina coment. Concord. De

suplencias mencionadas tendrán prioridad para la designación correspondiente y podrán optar por continuar con la misma”.

¹⁴⁰ Constitución de Formosa, Artículo 9°: “Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres, independientes e iguales en dignidad y en derecho (...)”.

Helio J. Zarini, de. Astrea 1996, pág. 81; Fallo CSN, T.127, pág. 18; T 118, pág. 401, citado en Ekmekdjian Tratado de Derecho Constitucional, pág. 140”.

- “Y en este marco de ideas, tampoco se puede aceptar que el Estado so pretexto del ejercicio de facultades discrecionales o amplias potestades y fundado en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, pueda tomar decisiones en su función administrativa que se traduzcan en actos arbitrarios actuando fuera del marco de la ley”.

- “No cabe duda que la existencia de poderes discrecionales es inexcusable para el funcionamiento de la acción administrativa, pero todo poder aún discrecional tiene su límite y es en la ley que lo autoriza; ello significa que si la Administración toma decisiones o dicta actos administrativos en ejercicio de facultades discrecionales haciendo caso omiso de normas estatutarias vigentes y de garantías de raigambre constitucional como es la igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), tal decisión o acto administrativo se torna ilegítimo, provocando un perjuicio a su propio empleado, cual es el haber designado en el cargo de suplente a otro docente, cuando por derecho y en observancia de las normas aplicables le correspondía al actor”.

- “Que no obstante todo lo precedentemente expuesto, atendiendo que una de las pretensiones de la demanda es la reinstalación en el cargo de suplente, se considera que la cuestión se ha tornado abstracta pues partiendo de lo dispuesto en el art. 8° del Decreto 120/95 de que todas las suplencias durante el término lectivo agotan su ejercicio automáticamente al 31 de diciembre de ese mismo término, la suplencia a cubrir en el período lectivo 2003 reclamado por el actor culminó en ese mismo año 2003, con lo cual, su pretensión fáctica ha desaparecido y por ende carece de virtualidad jurídica”.

- “Que en cuanto al otro reclamo referido al pago de haberes por el período 2003, tampoco corresponde su pago como tal. Al respecto este máximo Tribunal ha sostenido que: “salvo disposición expresa y específica para el caso, no procede el pago de sueldos por funciones no desempeñadas, correspondientes al lapso entre la separación del cargo del agente y su reincorporación”. Este criterio ha sido invariablemente seguido por este Superior Tribunal (Fallos 1577/80; 1724/81; 2947/90; 4651/99)”.

- “(...) quedó demostrado en autos la inexcusable responsabilidad administrativa del Estado, en este caso del Ministerio de Cultura y Educación, quien en ejercicio de su función desconoció el principio de igualdad reconocido en la Constitución, ocasionando así un perjuicio al docente. (...) en tal razonamiento se impone entonces el deber del Estado de compensar el perjuicio sufrido por el Sr. Gómez y en tal cometido existen supuestos en que, el derecho estima que deben establecerse consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado (...)”.

Análisis jurídico: como se ha subrayado en los argumentos, el Superior Tribunal utiliza el método de control de la discrecionalidad administrativa mediante los principios generales.

Se ha considerado el principio de igualdad consagrado en la Constitución Provincial y la Constitución Nacional, y el principio de juridicidad respecto a la normativa docente.

• **“Giménez, Fidel c/ Provincia de Formosa s/ Sumario” (2010):**

Hechos: el Señor Fidel Giménez en fecha 17/08/07 reclama el uso y goce de la Licencia Anual Ordinaria correspondiente a los años 2004 y 2005 en el cargo de Director y Profesor en catorce (14) horas cátedra Interinas de la Escuela Provincial de Educación Secundaria N° 55 de la localidad de Mojón de Fierro, la que es denegada por Disposición N° 968/07 de la Directora de Educación Secundaria, razón por la que interpone los consiguientes recursos administrativos hasta llegar al recurso jerárquico que también es denegado por Resolución N° 5747/07, iniciando en consecuencia la acción contenciosa administrativa..

Sostuvo que si bien fue designado en el cargo de Coordinador General del Programa de Acciones Compensatorias, lo hizo en carácter de Comisión de Servicios con su actual situación de revista, es decir, como Director Interino y Profesor de las catorce (14) horas cátedras, explica con sustento legal en el Decreto Provincial N° 572/85¹⁴¹ las razones de porque considera que le corresponde el uso y goce de la Licencia Anual Ordinaria de los años 2004 y 2005, sustentando tal afirmación con los recibos de haberes que acompaña a su presentación inicial y que ésta circunstancia hace que le sea aplicable el texto legal citado y no como pretende la demandada, la aplicación del Decreto N° 2040/90 referido a cargos políticos.

La demandada en su escrito de responder, considera que no se trata de un derecho subjetivo vulnerado sino una decisión resultante del poder discrecional de la Administración y que además el cargo que detentaba el actor como Coordinador no está sometido al Estatuto del Personal Docente, sino que se trata de un cargo político al que le es aplicable el Decreto N° 2040/90.

Fundamentos del caso:

- “Que debe tenerse presente que el accionante durante el desempeño del cargo para el que fue designado mediante Resolución N° 1886/04 (fs. 19), lo hizo en comisión de servicio manteniendo su situación de revista como Director y Profesor de Nivel Secundario, dependiente del Ministerio de Educación”.

¹⁴¹ Reglamento de licencias, franquicias y justificaciones para el personal docente provincial.

- “Que el art. 2º de la Ley 931/90 – del Estatuto del Docente Provincial – dispone que :Se considera docente, a todos los efectos, a quien con sujeción a normas pedagógicas y reglamentarias del presente Estatuto, imparte, dirige, supervisa u orienta la educación general y la enseñanza sistematizada y el Planeamiento e Investigación, así como quien colabora directamente en estas funciones”.

- “Que su art. 3º dispone que: El personal docente adquiere los derechos y asume los deberes establecidos en este Estatuto desde el momento en que toma posesión del cargo, y puede encontrarse en las siguientes situaciones: Activa: Es la situación del personal docente comprendido en los siguientes ítems: a) Del que desempeña las funciones comprendidas en el cargo para el que fue designado. B) Del personal docente que desempeña otras funciones distintas del cargo para el que fue designado. Concordantemente el Decreto N° 572/85 – Reglamento de Licencias, Franquicias y Justificaciones para el Personal Docente – dispone en su art. 1: La Licencia Anual Ordinaria será acordada por el Consejo General de Educación Media y Superior, según corresponda, al personal docente titular, interino y suplente en forma automática, por año vencido con goce de haberes; siendo obligatoria su concesión y su utilización; asimismo el art. 17 de dicho texto legal hace extensivo dicho beneficio al personal docente que se encuentra en comisión de servicio”.

- “Que en este marco legal, no cabe dudas que el actor se halla comprendido en el Estatuto Docente, pese a que la demandada, afirmara que el cargo de Coordinador General – Resolución N° 1886/04 – es un cargo político, al que le es aplicable el Decreto N° 2040/90 (copia de fs. 145), pero nada acredita al respecto, limitándose solo a alegar en la contestación de demanda (fs. 182) como argumento, el poder discrecional de la Administración en la aplicación de la legislación de acuerdo a las necesidades del Estado”.

- “Toda la actividad del órgano ejecutivo en el ejercicio de su facultad discrecional deberá respetar los límites establecidos en la Constitución, debe respetar el ordenamiento jurídico. A lo que debe agregarse que el acto administrativo cuyo contenido sea discrecional debe necesariamente tener su elemento constitutivo que es la razonabilidad, o sea, con fundamento en el derecho que la sustenta”.

- “Que en atención a ello, las distintas decisiones administrativas que al decir de la demandada fueron con fundamento en ejercicio del poder discrecional, caen sin lugar a dudas en la arbitrariedad, pues, la Administración al desconocerle al actor un derecho subjetivo como son las vacaciones, cuyo reconocimiento y protección tiene jerarquía constitucional, ha excedido el límite que la propia Constitución le impone, siendo

necesario corregir tal conducta mediante el presente control judicial que se habilita ante el desconocimiento de una norma constitucional, cual es, el art. 14 bis donde expresamente se contempla el derecho que hoy se reclama”.

- “Adviértase que principios como el de discrecionalidad tiene eficacia cuando se pone en juego un interés general, pero ello no parece ser aceptable cuando estamos en el mero campo de las relaciones individuales o particulares de la relación de empleo, en la que el resto de la comunidad no ve perjudicado algún interés suyo y por ende genérico o comprensivo de alguna clase más o menos numerosa de ciudadanos”.

- “Un principio paradigmático como el de la buena fe, necesario para el funcionamiento de la sociedad, resulta aplicable tanto al cuerpo privado como al público (CS, Fallos, 330:1649; 331:1186), incluso con mayor fuerza en éste último caso, pues es precisamente el Estado el que debe fomentar con la ejemplaridad de su conducta la cohesión social, en la medida en que ella es uno de los fines estatales primordiales”.

- “La Administración no puede-no debe, so pretexto del ejercicio de un poder discrecional, desconocer un derecho fundamental como es el descanso anual obligatorio y más aún cuando el mismo tiene reconocimiento constitucional (art. 14 bis Constitución Nacional) y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc.22 Constitución Nacional) como derecho social de segunda generación consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 15; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 24; Pacto de San José de Costa Rica – Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7 inc. d)”.

- “Que además, los argumentos empleados por la demandada resultan insuficientes y vacíos de contenido por la entidad del derecho constitucional en juego, tornando la decisión en irrazonable por haberse excedido el límite que tiene el acto discrecional, cual es en este caso, el respeto a la Constitución Nacional. Por otra parte, tampoco la accionada demuestra – más allá del argumento del ejercicio del poder discrecional – por qué el cargo de Coordinador General del Programa de Acciones Compensatorias está excluido de la carrera y del Estatuto del Personal Docente y por qué es un cargo político al que le es aplicable el Decreto N° 2040/90, más cuando cumplió dicha función estando en comisión de servicio y sin perder su situación de revista como Director y Profesor en catorce (14) horas cátedra interinas en Escuela de Nivel Medio. Nada se explica al respecto, tornando arbitraria la decisión contenida en las distintas resoluciones administrativas en las que se le deniega el derecho reclamado”.

Análisis jurídico: se han subrayado en los argumentos del fallo, algunas interpretaciones jurídicas a observar:

a- Se menciona como límites de la discrecionalidad a la Constitución, al ordenamiento jurídico y como elemento constitutivo a la razonabilidad entendida como fundamento de derecho.

b- Se sostiene que la decisión resulta arbitraria toda vez que desconoce derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales a ella incorporados.

c- Se menciona el principio de “buena fe”.

d- Se alude a la discrecionalidad como un principio.

En los puntos a), b) y c), el Máximo Tribunal de la provincia utiliza el método de control a través de los elementos reglados y los principios jurídicos cuando denota la arbitrariedad de la decisión por desconocer el derecho aplicable tanto de la normativa provincial, constitucional y los tratados internacionales a ella incorporados (elemento causa y menciona el principio de juridicidad). También menciona el principio de buena fe como orientador de la actuación administrativa.

Sin perjuicio de lo antes dicho, se considera que la referencia del punto d) en cuanto a que el tribunal interpreta a la discrecionalidad como un principio, produce una confusión jurídica, ya que como se ha expuesto en el desarrollo del trabajo: la discrecionalidad es una potestad. Cabe aclarar la cuestión, debido a que una concepción equívoca de la misma generaría consecuencias que contrasten con la previsibilidad propia de la seguridad jurídica.

• **“Ozorio, Gerardo c/Provincia de Formosa s/Sumario” (2011):**

Hechos: el señor Gerardo Ozorio promueve demanda contencioso administrativa, plantea cuestión constitucional y formula reserva de recurrir en base a la doctrina de arbitrariedad contra la Provincia de Formosa, demandando la nulidad de los decretos N° 666/08 y N° 554/09 emanados del Poder Ejecutivo Provincial, mediante los cuales se deniega su pedido de pago de licencia extraordinaria no usufructuada y las licencias ordinarias también no usufructuadas correspondientes a los periodos 2.003 y 2.004, con más sus respectivos intereses y la pertinente depreciación monetaria, solicitando además el pago de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Se admitió solo parcialmente la acción contenciosa en lo que atañe al decreto N° 554/09.

Fundamentos del caso:

- “(...) si bien el Decreto N° 554/09 en sus considerandos manifiesta la circunstancia real de que a ese momento, es decir, a casi cinco años del pedido de pago (fs.71) no existen constancias probatorias que avalen con certeza su petición, concluye en su parte dispositiva no hacer lugar al mismo, pero tal resolución al ser atacada de nulidad por arbitrariedad, ello debe ser analizado y resuelta conforme a los principios del derecho administrativo y a la normativa legal vigente”.

- “El procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta un fin, siendo su finalidad esencial la emisión de un Acto Administrativo, configurando dicho procedimiento una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y meramente discrecional, sino siguiendo justamente pautas de garantía, tanto en el conocimiento del mismo como de que su realización no va a generar indefensión”.

- “La irrazonabilidad del proceso, trae aparejada la indefensión por violación a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa”.

- “El ordenamiento jurídico local trae reglas de aplicación general para un mejor y más eficaz funcionamiento de la Administración con sujeción al ordenamiento jurídico objetivo, exigiendo a tal respecto a través de sus distintos incisos el artículo 2° del Dto. Ley N° 971/80 como requisitos de cumplimiento esencial de que se debe tener en cuenta la vigencia permanente de los principios de equidad y buena fe como orientadores de toda la actividad procedimental, así como la búsqueda de la verdad material”.

- “Aquí se ha actuado con excesivo rigorismo formal, sin tenerse en cuenta las anteriores disposiciones y dictámenes que apoyaban las pretensiones de la actora con evidente respaldo probatorio de sus pretensiones, no se ha buscado en base a esos indicios y presunciones la verdad material, no se ha tenido en cuenta el principio “in dubio pro administrado”, máxime teniendo en cuenta que el mismo resulta ajeno a la pérdida o extravíos de documentaciones certificantes, resultando ser en definitiva el principal perjudicado en sus derechos por la irregularidad del trámite administrativo interno, al cual era totalmente ajeno y no estaba en posibilidades de controlar”.

Análisis jurídico: se han subrayado en los fundamentos del fallo algunas cuestiones jurídicas a observar:

- a- Se hace refiere al procedimiento como cauce formal para concretar un fin.
- b- Se menciona el excesivo rigor formal.

c- Se menciona el principio de equidad, el principio de buena fe, el principio de verdad material y el principio *in dubio pro administrado*.

d- Se refiere a la arbitrariedad como sinónimo de discrecionalidad.

En los puntos a), b) y c), el Superior Tribunal de la provincia utiliza los métodos de control mediante los elementos reglados, que en el caso se trata del procedimiento en forma genérica y el debido procedimiento adjetivo resaltando el derecho de defensa; y a través de los principios del derecho administrativo como el informalismo a favor del administrado, el principio de equidad, el principio de buena fe, el principio de verdad material y el principio *in dubio pro administrado*.

Sin perjuicio de lo destacado anteriormente, respecto al punto d) se considera desacertada la interpretación de equiparar a la arbitrariedad con la discrecionalidad, ya que una caracterización sustancial de ese tipo implicaría una confusión conceptual que repercute en la seguridad jurídica, máxime como se ha demostrado en uno de los títulos del presente trabajo, que se trata de conceptos totalmente diferentes tanto en su significado como en su efecto jurídico.

Hasta aquí, se ha realizado un análisis sustancial de la forma de examinar los casos en el fuero contencioso local y se han detectado dos cuestiones que no resultan uniformes en la jurisprudencia:

- 1- La significación del concepto de discrecionalidad.
- 2- La explicitación de los métodos utilizados para controlar la discrecionalidad.

7- Conclusión – Propuestas

Tanto la metodología como los temas propuestos han sido respetados. Se comenzó con la mención de diferentes nociones conceptuales de la discrecionalidad administrativa, tanto en el derecho español como en nuestro ordenamiento jurídico nacional, así también hemos resaltado la contextualización de aquella como contenido del acto administrativo.

Seguidamente, hemos resalado la importancia, relación e influencia de diversos institutos del derecho afines a la discrecionalidad de la administración, destacando la preminencia de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales a ella incorporados, con referencias a la normativa y jurisprudencia internacional sobre el tema, tanto del derecho español como de los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hemos mencionado las formas de contralor judicial de la discrecionalidad administrativa de acuerdo a la doctrina nacional y a la evolución de la jurisprudencia.

Finalmente analizamos la normativa y jurisprudencia del fuero contencioso administrativo de la Provincia de Formosa, en cuanto la utilización de los métodos de control judicial del acto administrativo emitido en uso de la potestad discrecional de la administración.

Por todo ello, estamos en condiciones de afirmar que si bien es inconcebible sostener que toda conducta o actuar de la administración se encuentre minuciosamente preestablecido por el ordenamiento jurídico por la dinámica de los acontecimientos naturales o de las relaciones humanas, lo cierto es que cuando nos referimos a ese margen de libertad para optar -denominado discrecionalidad- que el ordenamiento jurídico confiere a la administración, debemos en primer término delimitar su contenido y, consecuentemente, respetar los límites jurídicos para su ejercicio, como así también utilizar los métodos de contralor judicial que resguarden los intereses de los particulares en pos de la seguridad jurídica.

Entonces, de acuerdo a las normas aplicables en la Provincia de Formosa, hemos encontrado que la Constitución Provincial contempla principios jurídicos y el Código de Procedimiento Administrativo como la Ley de Procedimientos Administrativos local contempla principios jurídicos y elementos esenciales del acto administrativo.

Conceptos que al ser considerados como “métodos de control”, permiten sostener que la garantía de revisión de la discrecionalidad en el fuero local es posible.

Ahora bien, dicha garantía de control, la hemos considerado de susceptible optimización en la jurisprudencia local, por cuanto en la forma de analizar los casos, se observan dos cuestiones:

- a- En primer lugar, la significación de la discrecionalidad es dispar.

b- En segundo lugar, se ha podido apreciar la existencia de jurisprudencia en la que se utilizan métodos de control conforme a elementos reglados y a los principios jurídicos mencionándolos de manera específica.

Sin embargo, respecto al punto b), se considera que la enunciación de los principios no resulta esclarecedora como lo sería una explicitación en cuanto al modo de ponderarlos, máxime teniendo en cuenta que dada la falta de doctrina local, los fallos del Superior Tribunal de la Provincia son el único medio que poseen los particulares para arribar a la interpretación de institutos de derecho administrativo.

En conclusión, entendemos que el fuero contencioso administrativo de la Provincia de Formosa realiza un análisis al menos inacabado de control a la discrecionalidad en el acto administrativo, dada la falta de uniformidad en la significación de su concepto y su acotado tratamiento de control. Ello se podría profundizar a fin de mejorar las condiciones de previsibilidad propias de la seguridad jurídica.

Para finalizar y a fin de proponer un esquema de optimización para garantizar el resultado de la aplicación de los métodos de control judicial, se propone:

1- Incorporar a la normativa local una noción conceptual de la discrecionalidad administrativa, a fin de delimitar su contenido. Cuestión que se considera factible toda vez que la Ley de Procedimientos Provincial incorpora por ejemplo el concepto de acto administrativo¹⁴².

2- Un esquema de análisis de casos:

Detectar los derechos afectados y explicitar el contrástate con los elementos del acto administrativo y los principios aplicables, en orden de jerarquía normativa:

- Constitución Nacional y Tratados Internacionales incorporados.
- Constitución Provincial.
- Leyes Locales.

Con todo ello, se garantiza fundamentalmente la observación del principio de juridicidad.

Las ventajas de las propuestas son:

- La optimización de los métodos de control.
- Exhaustiva aplicación de la garantía del debido proceso adjetivo dado el análisis minucioso de la discrecionalidad.

¹⁴² Artículo 27 del Decreto Ley N°971/80.

- Mayor seguridad jurídica local en lo que respecta al concepto de discrecionalidad y a la explicitación de la metodología de su fiscalización.

La desventaja de las propuestas es que se debería modificar la ley de procedimiento local por un solo instituto, que a su vez podría implicar la modificación de otras leyes del ordenamiento local, como por ejemplo el Estatuto del Empleado Público y el Estatuto Docente, mencionados en la jurisprudencia de análisis.

Bibliografía

Doctrina

- BALBÍN, Carlos Francisco. *Curso de derecho administrativo Tomo I y II* - 1a ed. 1ra. reimp. - Buenos Aires: La Ley, 2008.
- CASSAGNE, Juan Carlos. (10/08/2008). “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial”. Recuperado de: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial..pdf.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo Tomo I y II*. Editorial Abeledo Perrot 9ª edición. Buenos Aires, 2008.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Montevideo- Buenos Aires: IB de F, 2016.
- CIANCIARDO, Juan. *PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO “Una aproximación desde las tesis del positivismo Jurídico”*. 1ª Edición- Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo. *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. 1ª ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. “jornadas organizadas por la universidad austral” R.A.P., año 2009, págs. 627-649.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”. Publicado en la Revista N°67/11 de la facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Perú, págs. 139 – 153.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª Edición. 2004. Actualizada.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1995.
- GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, Anotada y comentada*, 2º ed., La Ley, Buenos Aires, 2003.
- GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 3 ed., La Ley, Buenos Aires, 2006.

- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 1, Teoría general del derecho administrativo 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 5, Primeras Obras 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 9, Libro I Primeros manuales 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2014.
- HUTCHINSON, Tomás. *Derecho procesal administrativo*: Tomo I- 1ª ed. – Santa fe: Rubinzal Culzoni, 2009.
- LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*, 2º ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1970.
- LUQUI, Roberto Enrique. *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*, Tomo I, Buenos Aires; Astrea, año 2005.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. “El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional”. Recuperado de:
<http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I, 5ª edición actualizada, 2011.
- MERTEHIKIAN, Eduardo. “Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración”. Libro Cuestiones de Control de la Administración Pública, pág. 21 (2010), Ediciones Rap S.A. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/eduardo-mertehikian-breves-anotaciones-acerca-alcancecontrol-judicial-sobre-oportunidad-merito-conveniencia-conductas-administraciondacf130326-2010/123456789-0abc-defg6230-31fcanirtcod>.
- OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, 2005.
- PERRINO, Pablo E. “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia contencioso-administrativa”, *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 257-294.

- SACRISTÁN, Estela B. "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AAVV, Acto administrativo y reglamento, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2002, págs. 65-92. Recuperado de:

<http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/La%20motivacion%20como%20requisito%20esencial%20del%20acto%20administrativo.pdf>

- SAMMARTINO, Patricio Marcelo. "Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho. Apuntes iniciales". Libro Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa federal pág. 123-170. Marzo de 2015. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/patricio-marcelo-sammartino-proceso-administrativo-estado-constitucional-social-derecho-apuntes-iniciales-dacf150672-2015-03/123456789-0abc-defg2760-51fcanirtcod>.

- SAMPAY, Arturo Enrique. "La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional", Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975. Recuperado de:

<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2831/2635>.

- SESÍN, Domingo. "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica". Este trabajo corresponde al discurso de incorporación como miembro de número pronunciado el 26 de septiembre de 2006. Recuperado de:

<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artcontenidotutelajudicialectiva>

- SESÍN, Domingo. *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, 2ª ed., LexisNexis Desalma, Buenos Aires, 2004.

- TAWIL, Guido Santiago. *Procedimiento administrativo*, Abeledo Perrot, 1ra edición, Buenos Aires, 2009.

- LIFANTE VIDAL, Isabel. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica". Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 25 (2002), págs. 413-439. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Recuperado de:

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-conceptos-de-discrecionalidad-juridica-0/>.

• ZAMUDIO, Hector Fix, comentario sobre la obra de González Pérez Jesús. “El derecho a la tutela Jurisdiccional”, Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, 160 pp. Recuperado de:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2277/2534>

Sitios de internet consultados:

• Sitio en español del Tribunal Supremo de España, véase <http://www.poderjudicial.es>

• Sitio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, véase <http://www.csjn.gov.ar/>

• Sitio del Centro de Información Judicial, véase <http://www.cij.gov.ar/inicio.html>

• Sitio de Sistema Argentino de Información Jurídica, véase <http://www.saij.gob.ar>

• Sitio de información profesional online, véase <http://www.laleyonline.com.ar>

• Sitio de Información Legislativa del Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas, véase <http://www.infoleg.gob.ar/>

• Sitio web Real Academia Española, véase <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

• Sitio Diccionario Etimológico español en línea, véase <http://etimologias.dechile.net/>.

• Sitio Enciclopedia Jurídica, véase <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

• Sitio de Revistas Jurídicas IJJ, véase <https://revistas.juridicas.unam.mx>

• Sitio web Estela Sacristán, véase www.estelasacristan.com.ar/publicaciones

• Sitio web Cassagne Abogados, véase www.cassagne.com.ar/publicaciones

• Sitio web Patricio Maraniello, véase <http://patriciomaraniello.com.ar/home/>

• Sitio web Agustín Gordillo, véase <https://www.gordillo.com/>

• Sitio Universidad Nacional de Córdoba, véase <http://www.acader.unc.edu.ar/>

• Sitio de la Legislatura de la Provincia de Formosa: <http://www.legislaturaformosa.gob.ar/>

- Sitio del Poder Judicial de la Provincia de Formosa:

<http://www.jusformosa.gov.ar/>

Jurisprudencias

a- Superior Tribunal Constitucional Español

- STC 66/1995.

b- Corte Suprema de Justicia de la Nación

- CSJN, *Ramón Ríos, Francisco Gomes y Saturnino Ríos por salteamiento, robo y homicidio, perpetrado a bordo del pailebot nacional “Unión” en el Río Paraná*, Fallos: 1:32 (1863).

- CSJN, *Sojo Eduardo s/habeas corpus*, Fallos: 32:120 (1887).

- CSJN, *Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/ Baldomero LLerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, Fallos: 53:420 (1893).

- CSJN, *Ricardo Bonevo. Habeas Corpus. Recurso de Hecho*, Fallos: 155:248 (1929).

- CSJN, *Bergés, Pedro v. Nación*, Fallos: 166: 264 (1932).

- CSJN, *Pedro Inchauspe y Hnos. c/Junta Nacional de Carnes*, Fallos: 199:483 (1944).

- CSJN, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Storascenco, Carolina e hijos menores c/ Santa Rosa establecimiento metalúrgicos S.A*, Fallos: 236:27 (1956).

- CSJN, *Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Colalillo Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata*, Fallos: 238:550 (1957).

- CSJ, *Dri, Antonio c/ Nación*, Fallos: 264:94 (1966).

- CSJN, *Recurso de hábeas corpus interpuesto por el Dr. Losoviz, Mauricio Osvaldo en favor de Canovi*, Fallos: 278:337 (1970).

- CSJN, *Industria Maderera Lanin S.R.L. c/ Nación*, Fallos: 298:223 (1977).

- CSJN, *Recurso de hecho deducido por Adolfo Daniel Madala en la causa Madala, Adolfo Daniel s/ recurso de queja*, Fallos: 305:129 (1983).

- CSJN, *Arenzón, Gabriel c/ Estado Nacional*, Fallos: 306:400 (1983).

- CSJN, *Recurso de hecho deducido por la autora en la causa Byk, Marcos c/ Franco, Miguel Ángel*, Fallos: 306:843 (1984).
- CSJN, *Marra de Melincoff, Alicia Leonor c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos: 306:820(1984).
- CSJN, *Christou, Hugo y otros c/ Municipalidad de Tres de Febrero s/ amparo*, Fallos: 308:155 (1986).
- CSJN, *Almirón, Gregoria c/ Nación Argentina*, Fallos: 305:1.489 (1987).
- CSJN, *Ducilo S.A. s/ recurso de amparo*, Fallos: 313:153 (1990).
- CSJN, *Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo*, Fallos: 315: 1361 (1992).
- CSJN, *Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ empleo público*, Fallos: 320:2509 (1997).
- CSJN, *Cedale, Eduardo Antonio y otros c/ Estado Nacional s/ empleo público*, Fallos: 321:1970 (1998).
- CSJN, *Demchenko, Iván N. c/ Prefectura Naval Argentina -DPSJ 3/96- s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 321:3103 (1998).
- CSJN, *Goldemberg, Carlos Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos: 322:3066(1999).
- CSJN, *González, Alejandro Daniel y otros c/ Estado Nacional - M° de Cultura y Educación s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 325:3435 (2002).
- CSJN, *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales s/ accidentes ley 9688*, Fallos 327:3753 (2004).
- CSJN, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Travesti -Transexual c/ Inspección General de Justicia*, Fallos: 329:5266 (2006).
- CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo*, Fallos: 330: 3908 (2007).
- CSJN, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación*, Fallos: 331:735 (2008).
- CSJN, *Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN –Sindicatura General de la Nación – resol. 58/03 459/03 s/ empleo público*, Fallos: 334:1909 (2011).

- CSJN, *Rodríguez, Nelson Gustavo c/ EN Me Interior PFA dto. 2744/93 s/ Personal Militar Civil de las FFAA de Seg.*, Fallos: 335:2066 (2012).

- CSJN, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - ley 24.240 y otros s/ampo proc. Sumarísimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)*, Fallos: 337:196 (2014).

c- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

- CNFed. Cont. Adm., sala II, *Loiacono, Antonio v. Ente Nacional Regulador del Gas (Resolución Enargas 9/93)*, (1995).

- CNFed. Cont. Adm., sala II, *Ballatare Juan Alberto c/ E.N.-Mº de Justicias/empleo público*, (1996).

d- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa

- “Téllez, Walberto c/H.C.D. Municipalidad de S. Fco. de Laishí S/Acción Contencioso-Administrativa”. Tomo 2001- Fallo N° 5.566.

- “Cortez Néstor Marcos c/H.C.D de la Localidad de Ing. Juarez s/Acción Contenciosa Administrativa”. Tomo 2001- Fallo N°5.660.

- “Echazú, Silvia Del Valle c/Municipalidad de la Ciudad de Formosa S/Acción Contencioso Administrativa”. Tomo 2002- Fallo N° 6.188.

- “Espinoza de Quintana Esther c/Provincia de Formosa (Ministerio de Secretaria Gral. de la Gobernación) s/Acción Contencioso Administrativa”. Tomo 2004- Fallo N° 6.933.

- “Gómez, Pedro Fernando c/Provincia De Formosa S/Sumario”. Tomo 2006- Fallo N° 7.784.

- “Giménez, Fidel c/ Provincia de Formosa s/ Sumario”. Tomo 2010- Fallo N° 9.313.

- “Ozorio, Gerardo c/Provincia de Formosa s/Sumario”. Tomo 2011- Fallo N° 9.763.